

OFICIO 220-023015 DEL 16 DE FEBRERO DE 2018

Ref: RESTRICCIÓN A LA INFORMACIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE INSPECCIÓN.

Aviso recibo de los escritos radicados con los números 2018-03-000184, 2018-03-000186, 2018-03-000187, 2018-03-000188, 2018-03-000189, 2018-03-000190, 2018-03-000191, 2018-03-000192, 2018-01-000193, 2018-03-000194, 2018-03-000244, todos del 9 de enero de 2018, mediante los cuales formula una consulta relativa al derecho de inspección.

De manera puntual pregunta si es posible que un accionista de una sociedad anónima, solicite que se pongan a su disposición los documentos que al efecto describe, así:

-“Pólizas de seguros de responsabilidad de administradores que tenga la compañía vigente al 31 de diciembre del año objeto de revisión.

-“Movimientos contables de las cuentas mercado libre y compensación del ejercicio en revisión.

-“Saldo contables de almacenamiento de materias primas generados del software, con corte al 31 de diciembre del año objeto de revisión.

-“Detalle de los fletes de traslado de materias primas y producto terminado, durante el año objeto de revisión.

-“Informe comparativo de los precios de importación de materias primas versus otras compañías, durante el ejercicio en revisión.

“Soportes contables clasificados por edades de las Cuentas por Cobrar Comerciales.

-“Reporte mensuales consolidados de todas las cuentas de operaciones de futuros de materias primas, determinando todos los movimientos realizados, las “posiciones abiertas y los balances mensuales, de todas las operaciones realizadas durante el año objeto de revisión.

-“Reporte y/o informe mensual de las operaciones de futuros de materias primas realizadas por la Compañía durante el ejercicio en revisión.

-“Extractos mensuales de las operaciones de futuros de materias primas que expide cada uno de los Brokers con lo que la Compañía operó durante el año objeto de revisión.

*-“Carpetas de los embarques de materias primas importadas por la compañía durante el ejercicio en revisión, en las que se incluyan los siguientes documentos (por cada embarque)
a. confirmaciones negocios, b. declaraciones de importación, c. documentos de*

conocimiento de embarque marítimo (Bill of Lading- BL) y e. documentos de calidad de las materias primas.

-"Balance especial de demoras y premios por descargue de los embarques de materias primas importadas."

Al respecto es pertinente indicar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, absolver las consultas formuladas por los usuarios sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto, que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

Por lo tanto sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas de su competencia.

Bajo las premisas anteriores, procede abordar en conjunto las inquietudes bajo las consideraciones jurídicas que se imponen frente al tema:

Para ese fin lo primero es remitirse a la Circular Básica Jurídica externa Nro. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, emanada de este Despacho, la cual enuncia en el Num IV, literal C del Capítulo III y siguientes, los aspectos generales de orden normativo y doctrinal a tener en cuenta para el ejercicio del derecho de inspección, como los documentos sobre los cuales procede, según se puede advertir de su simple lectura:

*"El derecho de inspección es una prerrogativa individual inherente a la calidad de asociado y uno de los pilares fundamentales del gobierno corporativo. Consiste en la facultad que les asiste a los asociados de examinar, directamente o mediante persona delegada para el efecto, **los libros y papeles de la sociedad**, con el fin de enterarse de la situación administrativa, financiera, contable y jurídica de la sociedad en la cual realizaron sus aportes. Este derecho, de manera correlativa, implica la obligación de los administradores de entregar la referida información, en los términos y condiciones que exigen tanto las normas contables, como las normas propias del ordenamiento societario, y los estatutos sociales de cada sociedad."* (Negrilla fuera de texto).

Ciertamente desde su definición propia se busca garantizar el efectivo ejercicio del derecho que gozan los accionistas o socios de cualquier compañía a acceder a la información del ente societario, sobre los aspectos antes mencionados, atendiendo en todo caso que el acceso a dicha información se desarrolla sobre una materialidad que tiene unos parámetros cuantitativos y cualitativos, como sus limitaciones.

La materialidad sobre la que se ejerce el ejercicio del derecho de inspección, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, recae sobre “los libros y papeles de la sociedad”, aspecto sobre el cual, el Consejo de Estado, en Sección Cuarta, ha tenido la oportunidad de precisar así: *“Aunque el artículo 49 (C.co) establece que para todos los efectos legales, se entiende por libros de comercio los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el entendimiento de aquellos, es claro que el texto se está refiriendo a la especie de libros de comercio llamados de contabilidad (...).*

“En efecto, dentro de los libros de comercio se encuentran los libros de contabilidad, en el entendido de que son una especie de los primeros, pues si bien todos los libros de contabilidad son de comercio, no todos los libros de comercio son de contabilidad. Son libro de comercio, que no son de contabilidad, el de actas de asamblea o junta de socios, (C Co., arts. 189, 195 y 431 el de registro de acciones (C.Co. arts 195 y 406), el libro de registro de socios en la limitada (C.Co. art. 361, el libro de navegación o bitácora; el libro o de campana u órdenes a las máquinas (C.Co. art. 1501 num, 17), (...)

“Sólo lo que se traduce en cifras puede ser objeto de registro contable; ésta situación conduce a que la contabilidad sólo acredita parcialmente, la historia de la empresa; por ejemplo, no son cifrables su ambiente laboral, la eficiencia de sus trabajadores y muchos otros hechos no susceptibles de ser contenidos en guarimos monetarios.”¹

Aunado a lo anterior, el artículo 51 del Código de Comercio establece: “Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios”, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 52 y ss, 446 y 447 del estatuto mercantil.

Precisada la materialidad de los libro de comercio como de contabilidad, sobre los que se ejerce el derecho de inspección, basta reiterar lo que en innumerables pronunciamientos ha precisado este Despacho, en el sentido de que este derecho no es del todo absoluto, pues el mismo ordenamiento mercantil de manera expresa prevé la limitación que aplica a su ejercicio, al identificar los documentos que se encuentran vedados parte de los titulares, a tono con lo indicado en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, antes mencionado, así:

(...)

¹Sentencia, oct. 9/98 Exp. 9069. M.P. Daniel Manrique Guzmán.

“En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad”.

Ahora bien, amén de las disposiciones legales pertinentes, será responsabilidad del administrador en atención a las condiciones específicas y particulares del respectivo ente, determinar si se cumplen con los prepuestos de restricción correspondiente dada la previsión anterior, en concordancia con lo dispuesto en el numeral IV del literal C del Capítulo III de la referida Circular Básica Jurídica.

En este orden de ideas, a juicio de este Despacho sería dable inferir que los documentos relacionados en sus escritos, si bien en su gran mayoría son papeles de comercio algunos contables, pueden ser objeto del derecho de inspección; sin embargo también podrían resultar cobijados por la restricción legal anotada en todo o en parte, en la medida en que incorporen o respondan a un secreto industrial, comercial² o incluyan datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad, circunstancia esta que inexorablemente queda bajo la responsabilidad exclusiva de la administración, que cuenta con todos los elementos de juicio para definir si se debe permitir negar el acceso a la información, conforme a la previsiones anteriores, lo que pone por demás de presente sin ninguna otra consideración adicional, que no es esta modalidad de consulta, la instancia apropiada para establecerlo de modo particular.

Sobre el tema ilustran entre otros los oficios 220-36555 del 3 de septiembre de 2001, 220-019216 del 26 de marzo de 2012, 220-110045 del 30 de mayo de 2017, 220-110045 del 30 de mayo de 2017 y 220-123598 del 22 de junio de 2017.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título 2º Oficio 220-284971 del 15 de diciembre de 2017. (...) “Sobre el particular es del caso observar que el tema del **secreto empresarial o industrial** está definido en el artículo 260 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, según el cual: “Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes insistir en que debe consultar la referida circular, la que encuentra en la P. Web, igual que los conceptos señalados.