

OFICIO 220-129999 DEL 28 DE JUNIO DE 2016

ASUNTO: RADICADO 110016000049201507700 - SOCIEDAD BAVARIA S.A. – INFORMACIÓN - RESERVA DE LOS LIBROS Y PAPELES DEL COMERCIANTE.

Me refiero a su oficio No. 0714, suscrito conjuntamente con la señora Ana Elisa Pulido, Servidor de Policía Judicial Asignado a F-170, y radicado en esta entidad con el número 2016-01-350870, donde informa sobre un fideicomiso que la empresa Bavaria constituyó con la fiduciaria BBVA en el año de 2006, en “relación con los dineros de los accionistas que durante más de 15 o 20 años no habían ejercido sus derechos económicos o patrimoniales, consignando en cada caso el valor correspondiente a las acciones y los dividendos hasta esa fecha, a la espera que se hicieran las solicitudes de pago por parte de dichos accionistas o a su herederos, calidad que debe ser acreditada ante la empresa Bavaria, que emite la orden de pago una vez verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin”

Manifiesta que desde esa fecha se habla de un “Listado de accionistas vigentes y listado de accionistas readquiridos” relacionados estos con el dinero representativo de acciones y dividendos que se encuentran en el Fideicomiso del BBVA y agrega que dicha información (Listado de acciones vigentes y readquiridos) fue reportada a la Superintendencia de Sociedades.

Consecuente con anterior consultan lo siguiente:

“Qué personas naturales o jurídicas están facultadas legalmente para tener acceso a ella; conocerla y hacer uso de la misma.

- si esa información es pública o privada; si la información goza de alguna protección de privilegio; si cualquier persona puede tener acceso a ella y divulgarla y, si los accionistas de Bavaria pueden tener acceso a ella y divulgarla”.

Sobre el particular, en primer lugar, es preciso observar que la sociedad denominada BAVARIA S.A., con Nit Número 860005224, mediante Resolución 359 del 26 de marzo de 2015, ejecutoriada el 17 de abril del mismo año, canceló su inscripción en el Registro Nacional de Valores y Emisores, y solo a partir del año 2015, se encuentra sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

En segundo lugar, frente a los interrogantes planteados, los que hacen relación con los libros y documentos del comerciante, es pertinente de manera integral efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de carácter general:

1 RESERVA DE LIBROS Y PAPELES DEL COMERCIANTE.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 15 reconoce a todas las personas (naturales y jurídicas) el derecho a su intimidad, consagra la reserva sobre los libros y papeles privados y advierte que solamente para los casos de inspección, vigilancia e intervención del estado podrá exigirse “la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados” en los términos que señala la ley.

En tal dirección, el ordenamiento mercantil desarrolla y precisa que los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Política y mediante orden de autoridad competente. Lo anterior, sin perjuicio del derecho que asiste a los socios o accionistas derivados del derecho de inspección o de las atribuciones propias del órgano de fiscalización o de auditoría (artículo 61 C.co).

Ahora bien, el contexto de las normas indicadas conduce al comúnmente referenciado, en la doctrina y jurisprudencia, concepto de “libros y papeles del comerciante”, con el propósito de determinar el contenido y alcance de la garantía constitucional y legal de la reserva que les asiste.

Para tal cometido, es preciso remitirse al artículo 49 del Código de Comercio, el cual establece que cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos.

El Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, abril 30 de 1998, C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán, sobre el concepto de libros de comercio enseña:

“..A propósito de lo anterior, la Sala también considera útil precisar lo que ha de entenderse por libro de comercio en general y por libro de contabilidad en particular.

“Al efecto no resulta ocioso traer a colación la definición que de libro trae el Diccionario de la Lengua Española, esto es, el “conjunto de muchas hojas de papel, vitela, etc., ordinariamente impresas, que se han cosido o encuadernado juntas con cubierta de papel, cartón, pergamino u otra piel, etc., y que forman un volumen”. Tal concepto había sido recogido por nuestra legislación, con el aditamento de que debían mantenerse “forrados y foliados”. En buena hora el anterior criterio ha sido revaluado para ser ampliado y comprender en él todos los

progresos que la tecnología ha puesto al servicio de los actores u operadores de los procesos económicos (Cfr. D. 2649/93, art. 128)

“De lo anterior se deduce, de suyo y necesariamente, que el concepto de libro de comercio en general y de libro de contabilidad en particular, ostenta un carácter bastante amplio y comprende, tanto el concepto tradicional de haz de hojas como también los citados cintas magnetofónicas, video tapes, microfichas, disquetes y demás documentos que, como ya se dijo, los adelantos tecnológicos han puesto al servicio de los procesos económicos y que pueden ser autorizados por vía de reglamento (art. 2035 C. Co.). Este concepto amplio de libro ha de tenerse en cuenta cuando quiera que deba calificarse el cumplimiento de la obligación legal de llevar la contabilidad.”

Así mismo, visto a la luz de los nuevos desarrollos normativos, el profesor Narváez García ha señalado:

“La añeja expresión libros de comercio (art. 49 C. de Co.) comprende no sólo los de contabilidad sino también otros que la ley determina como obligatorios, verbigracia, los de registro de acciones (arts. 195, 209 y 406 del Código), de actas de asambleas generales de accionistas o juntas de socios, de juntas directivas de sociedades y de registro de socios de las compañías de responsabilidad limitada. (...)”¹ (s.f.t.)

En esta misma línea debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 51 del ordenamiento mercantil, hacen parte integral 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.

1 NÁRVAEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al derecho mercantil. Décima Ed. Pág 190.

Para resumir, se tiene que los libros de comercio incluyen tanto los libros corporativos como los libros de contabilidad, comprendiendo estos últimos tanto los libros en los que se asientan en forma cronológica las operaciones económicas, como los documentos soportes de cada uno de los registros, relacionados con la actividad económica de la empresa. Todos ellos, por virtud del artículo 61 del C. Co., se encuentran cobijados por la reserva de carácter general, que se desplaza únicamente por mandato de la ley.

2 EXCEPCIÓN A LA RESERVA QUE COBIJA LOS LIBROS Y PAPELES DEL COMERCIANTE.

Los artículos 61 y siguientes del Código de Comercio, al contemplar la reserva de los libros y papeles de comercio, advierten que no pueden examinarse por personas diferentes de sus propietarios o personas autorizadas para ello. Para

estos efectos, debe entenderse que esta previsión está dirigida no solo a los libros en sí mismo considerados (sean físicos o digitales), sino a la información que en ellos reposa.

Sin embargo, la regla general conforme con la cual los libros y papeles del comerciante gozan del privilegio de la reserva, encuentra una clara excepción prevista en el artículo 63 del C.Co., dada por la posibilidad que tienen las autoridades administrativas que ejercen funciones de supervisión, para exigir la exhibición y revelación de los libros de comercio y su contenido.

Pero este levantamiento de la reserva, regulado y autorizado por el artículo 63 del Código de Comercio, que se dirige a obtener que los administrados no puedan oponerse a suministrar y revelar dicha información a las entidades para que puedan cumplir con sus funciones de supervisión, no significa que dicha información, por el hecho de haber sido conocida por la administración, pierda su naturaleza reservada y se convierta de público conocimiento.

En consecuencia, cuando por causa de una visita, un requerimiento o una investigación o cualquier otro motivo, la Superintendencia de Sociedades tiene acceso a documentos sometidos a reserva, debe entenderse que la información así recogida por esta oficina de gobierno conserva el carácter de reservada.

De otra parte, y al margen de la reservada, existe cierta información del comerciante respecto de la cual es la misma ley la que habilita su publicidad y en consecuencia, permite que cualquier persona pueda consultarla y obtener la información que allí reposa. Un ejemplo de esta publicidad, que para efectos de oponibilidad es exigida por ley, es la regulada en el artículo 28 del Código de Comercio que exige inscribir en el registro mercantil ciertos actos, hechos y documentos allí determinados, y los demás respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.

Ahora bien, frente a una sociedad anónima, como es el caso de BAVARIA S.A., los accionistas pueden ejercer su derecho de inspección en los términos consagrados en el numeral 4 del artículo 379 de la Legislación Mercantil, que a la letra dice:

“Art. 379- Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

[.....]

4. El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio.

[.....]”.

En los anteriores términos se ha dado contestación a la consulta, no sin antes advertir que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.