

“MECANISMOS PARA LA ELECCION DE JUNTAS DIRECTIVAS EN LA SAS”



**RAUL EDUARDO NIÑO
MARTIN GOMEZ GUTIERREZ**

**Presentado para optar por el título de
ABOGADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C
2012**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Índice.

1. Introducción.....	pg. 4
2. Marco Conceptual.....	pg. 7
2.1.Razones para la existencia de la Junta Directiva.....	pg. 7
2.2.Origen de la figura de Junta Directiva.....	pg.8
2.3.Evolución del funcionamiento de la Junta Directiva.....	pg. 9
2.4.Estructura de la Junta Directiva.....	pg. 13
2.5.Concepto de Junta Directiva.....	pg. 14
3. Mecanismos en los diferentes países.....	pg. 16
3.1.Colombia.....	pg. 16
3.1.1 Código de Comercio.....	pg. 16
3.1.2 Ley 964 de 2005.....	pg.17
3.1.3 Decreto 3923 de 2006.....	pg. 19
3.1.4Ley 1258 de 2008.....	pg. 21
3.2.Uruguay.....	pg. 24
3.3.Panamá.....	pg. 25
3.4.Perú.....	pg. 26
3.5.Argentina.....	pg. 27
3.6. Modelos Anglosajones.....	pg. 28
4. Sistemas para la elección de miembros de las Juntas Directivas	
3.1 Votación Mayoritaria.....	pg. 34

3.2	Votación Escalonada.....	pg. 36
3.3	Elección por terceros.....	pg. 38
3.4.	Elección por cooptación.....	pg. 40
3.5	Votación por cociente electoral.....	pg. 41
3.6	Votación por diferentes clases de acciones.....	pg. 43
3.7	Votación Unánime.....	pg. 44
3.8	Voto Acumulativo.....	pg. 46
4.	Conclusiones.....	pg. 48
5.	Bibliografía.....	pg. 52

ABSTRACT

Las estructuras del gobierno corporativo representan uno de los temas mas complejos en lo que atañe al derecho societario en la actualidad.

Dentro del gobierno corporativo la junta directiva es el órgano por excelencia encargado de la dirección y supervisión de las operaciones o negocios de la sociedad, de allí que los miembros de este cuerpo colegiado sean de gran importancia para el buen funcionamiento de las compañías.

Es por esto que el objetivo de este documento es mostrar al publico algunas de las alternativas que se pueden implementar en cuanto a la elección de directores en las sociedades por acciones simplificadas.

1. Introducción

El gobierno corporativo de una empresa es el conjunto de normas y conductas por el cual la misma es dirigida y controlada; incluye la manera por la cual se rigen las relaciones entre los accionistas, la junta directiva y la gerencia de las empresas.

La importancia de un buen gobierno corporativo radica en lograr alinear las decisiones tomadas dentro de la empresa con los objetivos de ésta y sus propietarios; lleva a la empresa hacia la supervivencia de largo plazo y a la creación de valor para los propietarios y para otras partes interesadas.

La junta directiva es el elemento central y fundamental del buen gobierno corporativo, y representa su esencia. En ella deben centrarse todos los esfuerzos de transparencia, ecuanimidad, eficiencia y profesionalismo, para ejemplo de todos los funcionarios de la sociedad. El desempeño de estos se constituye en un reflejo del órgano que dirige la sociedad.

Independientemente del tipo de sociedad, bien sea sociedades abiertas o cerradas, las empresas en la mayoría de los casos optan por tener una junta directiva cuyos miembros sean elegidos por los accionista. En efecto, la junta directiva constituye un órgano de decisión muy importante dentro de la empresa, es la responsable de la conducción de todos los asuntos y actividades de la empresa.

Ahora bien, la estructura de la Junta Directiva comprende varios tópicos, este ensayo pretende centrar la discusión en los métodos de elección de los directores de las sociedades por acciones simplificadas en Colombia.

Con la introducción de ley 1258 de 2008, nace en nuestro derecho la posibilidad que los socios escojan a su arbitrio el mecanismo de elección más idóneo para seleccionar a los miembros de las Juntas Directivas. Este es un tema que cobra importancia en nuestro derecho a pesar de la escasa doctrina y jurisprudencia que se posee al respecto, en efecto, antes de la expedición de esta ley, el ordenamiento jurídico imponía un solo método de elección para los miembros de la junta directiva, siendo este el cociente electoral.

Este escrito tiene como misión divulgar diferentes métodos de elección que existen en la actualidad para la elección de miembros de juntas directivas, nuestra firme intención es aportar al derecho societario una serie de mecanismo que son utilizados en Europa, Estados Unidos y algunos países Suramericanos, los cuales pueden resultar muy importantes para los accionistas que quieran apartarse del método de elección del cociente electoral y quieran explorar otros métodos que les puedan resultar más benéficos. Pretendemos ilustrar las diferentes alternativas que se pueden escoger para realizar dicha elección, haciendo referencia en las repercusiones que puede tener el optar por un método u otro. Enunciaremos cuales son las razones para la existencia de una Junta Directiva, cual es la historia de estas y jurídicamente cual es el concepto que se tiene de Junta Directiva. Expondremos la regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano en lo referente a la elección de los directores de las sociedades. A su vez, le mostraremos al lector que alternativas ofrecen los sistemas jurídicos de otros países para seleccionar a los

miembros de las Juntas Directivas, analizando un poco cada una de las legislaciones foráneas a las que hacemos mención.

Por último, siendo este el objeto principal de este ensayo, trataremos de ofrecer al lector un recuento de los mecanismos para la elección de miembros de Juntas Directivas, resaltando las ventajas y desventajas de cada uno de ellos en las diferentes situaciones que se pueden presentar al interior de una sociedad.

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1 Razones para la existencia de una Junta Directiva.

Acercas de las razones para la existencia de Juntas Directivas existen varias explicaciones, dentro de ellas se encuentra el problema de agencia, encontramos su justificación como un instrumento de legitimación política¹.

Nos centraremos en el problema de agencia, el cual se presenta al mezclar la propiedad accionaria de la compañía con el control de las decisiones en cuanto a la administración de la misma, y que tiene como una de sus manifestaciones los abusos que se pueden llegar a presentar por parte de los socios mayoritarios sobre los minoritarios que es una consecuencia de dicha mezcla de la propiedad accionaria con la dirección y supervisión de la compañía, es allí donde la junta directiva entra a ser un órgano encargado de equilibrar

¹ MOLANO, Ricardo. *The Roles of the Board of Directors: Essay, the unsolved riddle*, pag.8

La Junta Directiva como un instrumento de legitimación política: La primera explicación está basada en una perspectiva histórica por Franklin Gervutz. Franklin Gervutz busco los orígenes históricos de la Junta Directiva alrededor del mundo, empezando con los Estados Unidos de América, continuando con el Reino Unido, y después Europa continental. Su análisis lo empezó en el tiempo moderno, terminando con la época medieval, utilizando un método que el llamo "archeological dig approach". La principal conclusión de su investigación es que la razón y justificación de la existencia de la Junta Directiva es la legitimación política. Gervutz ha explicado esto en los siguientes términos: Mientras que los orígenes históricos y políticos de la Junta Directiva generan opiniones encontradas teniendo en cuenta las muchas propuestas de los autores modernos acerca de este tema, dichos orígenes sugieren una función muy importante que los autores modernos parecen no haber analizado. Esta función consiste en brindar legitimación política. La unificada estructura parlamentaria medieval compuesta por: dos consejos, consejos de los gremios, consejos de la iglesia, y las Juntas de las compañías comerciales, tenían como fin lograr una armonía con la máxima del gobierno corporativo que dice "what touches all shall be consented to by all". Incluso en algunas circunstancias cuando lograr el consenso en una asamblea compuesta por todo este grupo que es la junta, no resulta practico, la misma subsiste porque los seres humanos incluso en el contexto de los negocios, no se divorcian de sus nociones acerca de cómo manejar un negocio a través de sus ideales políticos y culturales, y la idea de lograr un consenso a través de la elección de representantes esta tan arraigada en nuestra cultura que los accionistas lo esperan, así no saquen provecho de esto".

los intereses de los socios mayoritarios con los de los minoritarios a través de una toma de decisiones, buscando el beneficio de la sociedad que finalmente representara algo positivo para todos los socios de la misma, sea cual sea su participación en la propiedad accionaria. De esta manera podemos concluir que la junta directiva es un órgano que finalmente sirve como mediador entre los socios y surge como solución a uno de los problemas de agencia.²

1.2 Origen de las Juntas Directivas.

Para iniciar el estudio del tema del origen de las Juntas Directivas debemos remontarnos al siglo XVI, específicamente al proceso de colonización que llevaron a cabo los ingleses y los holandeses.³ Los primeros vestigios de la figura de la Junta Directiva los podemos encontrar al final del siglo en mención, cuando la corona inglesa concedió permisos a las compañías de su estado para que establecieran colonias en los territorios orientales.⁴

Cada una de estas compañías estaba compuesta por “*caballeros, soldados, comerciantes y aventureros*”. El permiso que otorgaba el rey tenía implícita una obligación muy particular, la de establecer un consejo (Junta Directiva) para cada una de las compañías que se aventuraran a la conquista, las cuales debían estar compuesta por trece miembros que el mismo rey designaba a su total discreción.⁵

² REINEIR Kraakman. *The Anatomy of corporate law, a comparative and functional approach*; edited by Oxford University Press, first edition. 2009. page 21,22.

³ GEVURTZ Franklin A. *The historical and political origins of the corporate law*. Edited Hardcover. Second edition 1999. Page. 114.

⁴ Op. cit. page 116..

⁵ Op. Cit. pagina 110. Each company consisted of certain knights, gentlemen, merchants and other adventurers” named in the Charter, plus any other persons whom the original members of the company allowed to join the company. The charter provided for governance through two types of councils. Each colony would have a local resident council of thirteen members appointed by the king. At the same time, the

Este es el inicio, el primer antecedente de un sistema de gobierno corporativo centralizado en un cuerpo colegiado, Gevurtz concluye que dicho “*consejo no era elegido por los miembros de la compañía, sino por un ente externo, que en este caso era el rey*”⁶.

En los años posteriores no dejó de tener importancia este esquema, bajo el proceso de colonización inglesa en territorio norteamericano, específicamente en lo que hoy es Estados Unidos se siguió aplicando la misma lógica consistente en conceder permisos a compañías para la colonización de los territorios, utilizando la misma figura del consejo de la compañía, siguiendo así con el sistema de elección bajo el mando del rey supremo.⁷

Afortunada o desafortunadamente, las primeras misiones que se emprendieron bajo este tipo de gobierno corporativo fracasaron, por lo que decidieron que el destino de estas compañías debía estar supeditado a las decisiones del mismo órgano, excluyendo al monarca de ese poder exorbitante, punto de quiebre importantísimo para el desarrollo de la institución de las juntas directivas ya que a partir de ese momento los dueños de las compañías adquirieron el derecho de nombrar a su libre albedrío los integrantes del consejo de las compañías.⁸

king would appoint a “Council of Virginia” of thirteen members in England for “superior managing and direction.

⁶ Op cit. pagina 111.

⁷ Op. Cit. página 111..

⁸ Op. Cit. página 112.

“El intento de James de privar a los miembros de “The London Company” del poder para elegir el consejo, sin embargo, no fue satisfactorio al traer resultados decepcionantes para la colonia Jamestown. Como resultado, en 1609, un Nuevo cargo fue creado en the London Company, ahora llamado “Treasurer and Company of Adventurers and Planters of the City of London for the First Colony of Virginia.” Este Nuevo cargo ponía el poder ejecutivo sobre la compañía en cabeza del tesorero y del tesorero diputado, además de establecer un nuevo consejo de gobierno en Inglaterra. Principalmente, el consejo de la compañía era elegido por los miembros de la compañía, en vez de ser designado por el Rey.”

Ese es el comienzo de un modelo que hoy en día se sigue aplicándose en materia societaria, se asemeja al modelo que se utiliza actualmente en la mayoría de las sociedades del mundo, donde los dueños o socios son los que tienen la facultad para elegir los miembros de la Junta Directiva. Es así como este modelo se ha consolidado en el tiempo, estando vigente por más de 200 años.

No obstante, en las últimas décadas se han presentado alternativas novedosas y diferentes al modelo Inglés, particularmente Alemania ha abierto la puerta para que nuevos agentes como los trabajadores y acreedores de la compañía participen en la elección de los miembros de la Junta, denotando la variedad y sofisticación de los actuales sistemas de elección.

1.3 Evolución del funcionamiento de la Junta Directiva.

Desde el año 1602, a propósito de los problemas que surgieron en las compañías holandesas dispuestas para la colonización, el tema de la estructura y funciones de la Junta se ha visto sometida a constantes tensiones y divergencias, como es natural en el desarrollo de las instituciones del derecho. Fruto de esto se han planteado discusiones reiteradas y rebatidas acerca de cuál es la forma más acertada para la consolidación de un gobierno corporativo, todo esto en aras del perfeccionamiento del órgano que no debe tener otra vocación distinta a la eficiencia del gobierno corporativo.⁹

⁹ HOPT. Klaus J. and LEYENS Patrick. *Board Models in Europe. Recent developments of internal corporate governance structures in Germany, The United Kingdom, France and Italy*, Oxford. First Edition, 1998. pagina 2.

En su punto de partida (año 1602), el órgano de la Junta Directiva tenía como función la de supervisar los negocios sociales de la compañía, simplemente fungía las veces de un órgano interventor, la función de administración a cargo de la junta directiva se empieza a consolidar en años posteriores; este cambio resulto ser de la mayor trascendencia para lo que conocemos hoy en día como empresa, sin duda el cambio de pasar a tener un cuerpo colegiado sin mayor incidencia en las actividades económicas de la sociedad, a tener una Junta que tenía como principal función la administración y realización de todos los negocios de la sociedad fue un cambio revolucionario.¹⁰

A raíz de lo anterior se empezaron a suscitar los primeros conflictos, los intereses de los dueños de la compañía comenzaron a ir en contravía con los intereses de los miembros de la Junta Directiva, esta consecuencia fue determinada por el control que los segundos tenían sobre la administración de la sociedad, la falta de definición de las funciones, al igual que la omisión de un estatuto donde se delinearan los límites a la capacidad de los directores, fue en ultimas lo que genero dichos conflictos. Simplemente los directores de la sociedad ostentaban una posición más ventajoso frente a los propietarios de las compañías.¹¹ Indagándonos sobre los surgimientos de esos conflictos, se evidencia rápidamente que estas sociedades carecían de elementos que hoy en día nos parecen fundamentales, fruto de una evolución legislativa en materia de órganos corporativos; el problema fundamental radicaba en la carencia de una regulación o normatividad que referenciara una lista de deberes de sometimiento por parte de los administradores, de igual forma, la falta de un órgano de supervisión para la vigilancia de las funciones de los

¹⁰ Op. Cit. página 5.

¹¹ Op. Cit. página 16.

administradores generó que estos asumieran un rol dominante, no tenían un límite al cual se tuvieran que atener, simple y llanamente desbordaban sus funciones sin tener un contrapeso que pudiera controlarlos; desde luego esto permitió que abusaran de su posición dominante.

En efecto, la falta de un órgano de supervisión encargado de vigilar el trabajo de los directores es algo que se ha mantenido hasta nuestros días, la falta de ese órgano ha sido un caldo de cultivo de conflictos dentro de las compañías, en especial las más grandes, donde el andamiaje administrativo por lo general es más sofisticado. Al carecer de órganos especializados tanto en la administración como en la supervisión, las compañías dejan de tener una estructura gubernativa adecuada; lo curioso del asunto es que grandes compañías se han declarado en banca rota por no tener un ente regulador sobre las conductas de los directores y por el contrario se ha permitido que estos se autorregulen.¹²

Acerca del problema mencionado en el párrafo anterior, los alemanes han evolucionado en su derecho encontrando una solución al problema estableciendo como consecuencia una junta directiva de dos niveles en la que un órgano supervisa y el otro se encarga de la dirección de los negocios de la sociedad como lo mencionaremos a continuación en el capítulo que trata sobre las estructuras de la junta directiva.

1.4 Estructura de la Junta Directiva.

Aproximándonos a las diferentes soluciones que se han adoptado en las legislaciones societarias europeas, se evidencia una solución al problema de la estructuración del

¹² Op. Cit. página 1.

gobierno corporativo. Para esto nos basamos en dos modelos que son antónimos entre sí, tratándose de la estructuración de la junta directiva, ya que los fines si los podríamos catalogar como similares. Estamos hablando de los modelos alemán y anglosajón, que constituyen la base de los diversos sistemas jurídicos existentes en nuestro mundo.¹³

Básicamente existen dos modelos de Junta Directiva, una Junta de un solo nivel como la que propone el derecho Anglosajón y una Junta Directiva de dos niveles que es la utilizada en el modelo Germano.

Para no adentrarnos más en el tema de las juntas directivas que merece un estudio mucho más profundo, nos enfocaremos en lo que tiene que ver con la elección de los miembros de Juntas Directivas en cada uno de los modelos.

En el modelo anglosajón los directores son elegidos por los socios, mientras que en el modelo alemán si bien algunos directores son elegidos por los socios, también los trabajadores y los acreedores de la sociedad tienen la facultad de elegir una parte de los miembros de la junta directiva. Esto último resulta muy interesante para efectos de este documento ya que presenta una alternativa en cuanto a la elección de los miembros de Junta Directiva.¹⁴

Sin embargo creemos que es menester explicar brevemente que significa la junta directiva de dos niveles que es la estructura de junta que se sigue en Alemania y varios países de

¹³ Op. Cit. página 1,3.

¹⁴ Op. Cit. página 1.

Europa central y la península escandinava. En este modelo de junta directiva no es un solo órgano que cumple las veces de cuerpo colegiado encargado de la dirección y supervisión de la empresa, sino que existen dos órganos distintos, dejando así a uno la función de direccionar las actividades de la compañía y al otro de supervisar las mismas.

En resumen existen dos modelos predominantes que buscan organizar las funciones de la junta directiva de acuerdo con una realidad económica y social particular. Esto nos muestra que las funciones y conformaciones pueden variar, por lo que en esta distribución el ,querer de los socios o interesados en la sociedad es relevante .

1.5 Concepto de Junta Directiva.

Antes de esbozar una aproximación al concepto de junta directiva queremos anticipar que ello no resulta una tarea nada fácil debido a la complejidad de este fascinante órgano. Ahora bien, para efectos de este documento entenderemos a la Junta directiva como el órgano encargado de la dirección y supervisión de los negocios de la empresa. De manera que es este órgano el que conduce los negocios de la compañía en el día a día, de ahí su importancia para el buen funcionamiento de una sociedad.¹⁵

¹⁵ MOLANO, Ricardo. *The Roles of the Board of Directors: Essay, the unsolved riddle*, pag.5.

2. Mecanismos en los diferentes países.

2.1 Colombia.

2.1.1 Código de Comercio.

El Código de Comercio colombiano regula los aspectos referentes a las juntas directivas en su Capítulo VII, Sección II, Administradores. “La Junta directiva es el órgano encargado de la supervisión y administración de la sociedad en el caso de las sociedades anónimas, y se establece que de no existir estipulación en contrario se entenderá que los directores podrán realizar cualquier tipo de actos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”.

Adentrándonos en el tema objeto de estudio, la elección de los miembros de la Junta Directiva que el actual Código de Comercio estipula es bastante estricto en relación a la elección de los miembros de la Junta Directiva, plasmando una norma imperativa en referencia al método que se debe emplear para la elección de los administradores, el cual es el cociente electoral. La lectura del artículo a continuación da fe de ello.

***Artículo 197:** Siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema de cociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se*

declararán elegidos tanto nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaren puestos por proveer, éstos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate de los residuos decidirá la suerte.

Los votos en blanco sólo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista.

Las personas elegidas no podrán ser reemplazadas en elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema del cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad.

Así las cosas, corresponden entonces al máximo órgano social, que en este caso es la asamblea general de accionistas elegir a los miembros de la Junta Directiva, utilizando el método de cuociente electoral.

2.1.2 Ley 964 de 2005.

Con la ley 964 de 2005 se inicia a nuestro juicio un proceso de flexibilización en cuanto a mecanismos de elección de miembros de juntas directivas, en el entendido que con esta regulación si bien no se da una libertad total, se le permite a los socios adoptar un sistema para escoger sus administradores distinto al cuociente electoral, siempre y cuando con esta

nueva forma de elección se incremente la participación de los socios minoritarios a través de los directores en el órgano de administración.

En el siguiente artículo se plasma lo antes anotado, concediendo esta libertad a los socios.

ARTÍCULO 39. MECANISMOS DE ELECCIÓN DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA DIFERENTES AL CUOCIENTE ELECTORAL. *Las sociedades inscritas podrán adoptar en sus estatutos alguno de los sistemas de votación diferentes del cuociente electoral que determine el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad prevista en el inciso 3o del presente artículo, para la elección de uno, algunos o todos los miembros de la junta directiva.*

Los mecanismos a que se refiere el presente artículo serán válidos siempre que con su aplicación los accionistas minoritarios aumenten el número de miembros de junta directiva que podrían elegir si se aplicara el sistema previsto en el artículo 197 del Código de Comercio.

El Gobierno Nacional establecerá y regulará los sistemas de votación que podrán ser adoptados por las sociedades inscritas conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.*

Resulta interesante mirar en el artículo 39 de la ley 964 de 2005, en efecto se amplía la potestad que tienen los socios de algunas sociedades para elegir a los miembros de sus juntas directivas utilizando el medio que a su juicio resulte más idóneo, sin perjuicio que

se garantice que los accionistas minoritarios verán incrementada su participación en la junta a través de la posibilidad de elegir un mayor número de administradores. Pese que en la exposición de motivos de esta ley nada se dice al respecto, podemos deducir que tanto el artículo del Código de Comercio citado como el de la ley 964 de 2005, tienen como preocupación proteger los intereses de los socios minoritarios contra eventuales abusos por parte de los mayoritarios.

2.1.3 Decreto 3923 de 2006.

Artículo 1. Elección de las juntas directivas de los emisores de valores. Para la elección de los miembros de las juntas directivas de los emisores de valores, en la respectiva asamblea de accionistas u órgano que haga sus veces, se deberán llevar a cabo dos votaciones, una de ellas para elegir a los miembros independientes exigidos legal o estatutariamente, y otra para la elección de los miembros restantes.

Para el efecto, las listas correspondientes a la elección de los miembros independientes sólo podrán incluir personas que reúnan las calidades previstas en el párrafo segundo del artículo 44 de la Ley 964 de 2005, sin perjuicio- que en las listas correspondientes a la elección de los miembros restantes se incluyan personas que reúnan tales calidades.

Parágrafo primero.- De conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 964 de 2005, los emisores de valores, incluyendo aquellos que sean entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, podrán disponer en sus estatutos que no existirán suplencias en las juntas directivas u órgano que haga sus veces.

Cuando los estatutos del correspondiente emisor de valores no hayan previsto la eliminación de las suplencias en la junta directiva u órgano que haga sus veces, los suplentes de los miembros principales también serán elegidos en las votaciones correspondientes.

Parágrafo segundo.- *Las elecciones se llevarán a cabo mediante el sistema del cuociente electoral, el cual se determinará dividiendo el número total de los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse en cada una de las votaciones.*

Lo anterior sin perjuicio de que los estatutos de las sociedades inscritas puedan establecer otro sistema de votación, una vez el Gobierno Nacional establezca y regule los sistemas de votación diferentes del cuociente electoral que podrán ser adoptados por dichas sociedades, conforme a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 964 de 2005.

Parágrafo tercero.- *La elección de todos los miembros de la junta directiva se llevará a cabo en una sola votación cuando quiera que se asegure que se logrará el número mínimo de miembros independientes exigido legal o estatutariamente, como cuando los estatutos del respectivo emisor hayan previsto que todos los miembros de la junta directiva deberán tener la calidad de independientes, de conformidad con los criterios establecidos en el parágrafo segundo del artículo 44 de la Ley 964 de 2005, o cuando sólo se presente una lista, que incluya el número mínimo de miembros independientes exigidos legal o estatutariamente.*

Artículo 2. *Presentación de listas. Las listas deberán presentarse por escrito al secretario de la asamblea y acompañarse de los siguientes documentos:*

1) La comunicación escrita de cada candidato en la cual manifieste su aceptación para ser incluido en la correspondiente lista.

2) En el caso de las listas de miembros independientes, la comunicación escrita de cada candidato en la cual manifieste que cumple con los requisitos de independencia previstos en el párrafo segundo del artículo 44 de la Ley 964 de 2005.

Parágrafo.- Los emisores de valores deberán verificar en todo momento el cumplimiento de los requisitos de independencia previstos en el párrafo segundo del artículo 44 de la Ley 964 de 2005 por parte de los miembros independientes de la junta directiva u órgano que haga sus veces, principales y suplentes. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de cada uno de los miembros de la junta directiva u órgano que haga sus veces de verificar el cumplimiento de tales requisitos y manifestar al emisor cualquier circunstancia sobreviniente que pudiera afectar su cumplimiento.

En todo caso, los emisores de valores deberán cumplir con el número mínimo de miembros independientes exigidos legal o estatutariamente

Pensamos que el decreto 3923 de 2006 si bien fue el primer intento de regular las opciones distintas al cociente electoral establecidas en la ley 964 de 2005, a la postre resulto ser un primer paso desafortunado, esta no hizo más que establecer unas votaciones independientes por listas que terminaron en un intento infructuoso ya que el mecanismo no fue sustituido, por lo que el cociente electoral siguió siendo el pregonero de nuestro ordenamiento jurídico, hasta años recientes en que se expidió la ley 1258 de 2008.

2.1.4 Ley 1258 de 2008.

Recientemente con la expedición de la ley 1258 del 5 de Diciembre de 2008, también conocida como la ley “S.A.S”, nos encontramos ante una regulación societaria

completamente flexible en cuanto a los estatutos que los socios podrán pactar para el funcionamiento de su sociedad.

Dentro de esta “flexibilización” cabe anotar que pese a que su capital este dividido en acciones al igual que la sociedad anónima, está a diferencia de la última no requiere para su funcionamiento una junta directiva a menos de que los socios así lo consideren, tal como lo establece el artículo 25 de dicha ley.¹⁶

Ahora bien para efectos de este ensayo nuestro interés está centrado en la previsión que hace el párrafo del mismo artículo “*PARÁGRAFO. En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes.*”

Es claro que la norma anterior da total libertad a los accionistas para elegir el método de elección que a ellos mejor venga, en otras palabras, la ley le confirió autonomía y discrecionalidad a los socios para escoger los miembros de la junta directiva teniendo en

¹⁶ Ley 1258 de 2008, ARTÍCULO 25. *JUNTA DIRECTIVA*. La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

cuenta las particularidades y las circunstancias especiales de cada sociedad, por lo que quien mejor que sus asociados para conocerlas y regularlas.

En el artículo referente a las juntas en las sociedades por acciones simplificadas, solo se mencionan dos métodos de elección que son el cociente electoral y la votación mayoritaria, sin embargo se les da la posibilidad a los socios de escoger mecanismos diferentes a los mencionados.

El tema de métodos de elección de cuerpos colegiados al igual que el método de elección de cualquier cargo en general, ya sea en el ámbito electoral, de empresa o administrativo no ha tenido mayor desarrollo en nuestro país, a través de los años hemos hecho uso de dos sistemas de elección los cuales son el cociente electoral y la votación mayoritaria, desconociendo diversos sistemas de elección que están en boga en el mundo actual.

Así las cosas, los accionistas de sociedades por acciones simplificadas se encuentran ante una legislación que les permite elegir como ellos quieran a los miembros de sus juntas, Sin embargo se encuentran ante el escollo de no conocer otros métodos para la consecución de este fin.

Por tal motivo, lo que busca este escrito es mostrar y divulgar una serie de mecanismos que son utilizados en diferentes países para la elección de miembros de juntas directivas. Lo que se pretende es ampliar el abanico de opciones que tienen los socios para elegir a los administradores de sus sociedades, esto repercute de manera positiva en el

ámbito societario colombiano debido a la flexibilización que exige un mundo tan dinámico y globalizado como el actual.

Siguiendo con el estudio de derecho comparado, nos pareció importante citar algunos artículos de leyes que tratan el tema de elección de miembros juntas directivas en diferentes estados, especialmente en sur América. El objetivo es que el lector se pueda ilustrar de diferentes legislaciones, que a la postre, y en virtud de nuestra flexibilización societaria, cualquier instrumento utilizado en las diferentes latitudes es perfectamente aplicable a nuestro sistema, sin duda alguna el derecho comparado nos abre un espectro de mecanismos, siendo estos muy útiles para los operadores jurídicos ya que ellos podrán escoger cuál de estos se amolda y se adapta mejor a sus necesidades.

2.2 Uruguay. Código de Comercio

***Artículo 377.** (Designación).- El administrador o los directores serán designados en la asamblea de accionistas.*

Cuando existan series de acciones, el estatuto podrá prever que cada una de ellas elija uno o más directores, reglamentando su elección.

La elección por los tenedores de acciones preferidas con derecho a elegir uno o más directores, también será reglamentada en el estatuto.

Resulta interesante este mecanismo fijado en la ley uruguaya, ya que establece pautas tales como las de series de acciones, en la que cada serie de acciones podrá elegir a un miembro o varios de la junta directiva por separado.

Así mismo también se presenta la posibilidad de la existencia de acciones preferidas cuya prerrogativa consiste en que los tenedores de dichas acciones podrán elegir a uno o más directores de acuerdo con lo que se estipule en los estatutos de la sociedad.

Es importante anotar, que pese a la recomendación de la norma, esta no es imperativa y por tanto se entiende que los socios en sus estatutos podrán reglamentar el método de elección de sus administradores como ellos consideren más apto.

2.3 Panamá ley 32 de 1927. Sociedades Anónimas

Artículo 57: Elección de directores

Los Directores de la compañía serán elegidos en la forma, fecha y lugar que determinen el pacto social o los estatutos.

Artículo 58: *vacantes que ocurran en la Junta Directiva se llenarán en la forma que prescriban el pacto o los estatutos.*

Artículo 59: *Con sujeción a lo dispuesto en los dos artículos anteriores las vacantes que ocurrieren en la Junta Directiva, ya sea por razón de que se aumente el número de Directores o por cualquiera otra causa, serán llenadas por los votos de la mayoría de los miembros de la Junta Directiva.*

En Panamá se sigue la misma lógica que en Ecuador, se deja en libertad el mecanismo que los socios pacten, sin embargo según lo que se puede seguir de la lectura de los artículos anteriores es que es una elección por cooptación, en la cual serán los mismos miembros de la junta directiva quienes a través de una votación por mayoría elegirán la junta.

2.4 Perú. Código de Comercio

Artículo 164.- Elección por voto acumulativo

Las sociedades están obligadas a constituir su directorio con representación de la minoría. A ese efecto, cada acción da derecho a tantos votos como directores deban elegirse y cada votante puede acumular sus votos a favor de una sola persona o distribuirlos entre varias. Serán proclamados directores quienes obtengan el mayor número de votos, siguiendo el orden de éstos.

Si dos o más personas obtienen igual número de votos y no pueden todas formar parte del directorio por no permitirlo el número de directores fijado en el estatuto, se decide por sorteo cuál o cuáles de ellas deben ser los directores.

Cuando existan diversas clases de acciones con derecho a elegir un número determinado de directores se efectúan votaciones separadas en juntas especiales de los accionistas que representen a cada una de esas clases de acciones pero cada votación se hará con el sistema de participación de la minoría.

El estatuto puede establecer un sistema distinto de elección, siempre que la representación de la minoría no resulte inferior.

No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando los directores son elegidos por unanimidad.

Al igual que como sucede en otros países como Guatemala, se propone como mecanismo el sistema de voto acumulativo que consiste en que cada socio tendrá los votos que sus acciones representen multiplicado por el número de cargos a elegir, en Perú al igual que en Uruguay pueden existir series de acciones que tengan como prerrogativa especial la de

escoger un director en una votación que se hace por separado. En la legislación peruana esta votación de las series de acciones se debe llevar a cabo de manera separada, y siempre garantizando la participación de la minoría, que es el voto acumulativo.

A nuestro modo de ver, en Perú consideran que el voto acumulativo es el mecanismo de elección que le permite a la minoría tener mayor incidencia en la Junta Directiva, y de esta manera proteger a los socios minoritarios.

De lo anterior podemos concluir que es una gran preocupación del ordenamiento legislativo peruano la protección de los socios minoritarios, y es por esto que solo se permite la utilización de métodos diferentes de elección siempre y cuando la participación de la minoría sea mayor.

2.5 En Argentina

Ley 19.550, de sociedades comerciales

Capítulo II, Sección V

Directorio. Composición: elección.

ARTICULO 262. — Cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección

ARTICULO 263.- Los accionistas tienen derecho a elegir hasta un tercio (1/3) de las vacantes a llenar en el directorio por el sistema de voto acumulativo.

El estatuto no puede derogar este derecho, si reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio; pero se excluye en el supuesto previsto en el artículo 262.

El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo.

En Argentina también se utiliza el mecanismo de voto acumulativo asegurando con esto que hasta un tercio de los puestos de junta a proveer se elijan mediante ese mecanismo que a nuestro juicio es el que ellos creen que garantiza de mejor manera la participación de la minoría, al igual que en Perú y Guatemala, de la misma manera que también se contempla en la ley la posibilidad de la existencia de series de acciones, de manera que podemos concluir que en estos tres países mencionados sus leyes contemplan un sistema de elección mixto, en el que en principio 1/3 de la junta será elegido por voto acumulativo y el resto podrá ser escogido de la manera que los socios lo pacten en sus estatutos.

Es interesante observar que en un país como la Argentina una sociedad puede tener un directorio o juntas compuesta únicamente por un director, y solo se establece la necesidad de la existencia de un directorio compuesto por tres miembros para las sociedades del artículo 299 del Código de Comercio Argentino, que son en este caso las que están sujetas a fiscalización estatal.

2.6 Estados Unidos.

2.6.1 Delaware, Capítulo I, Ley General de Corporaciones.

§ 216. Quorum y mayorías para las sociedades por acciones.

(Es tema de este capítulo las mayorías requeridas para realizar acciones específicas, el acta de constitución o los estatutos de cualquier sociedad autorizan que los accionistas determinen el número de acciones y/o la cantidad de otros títulos valores que tengan la facultad de emitir un voto y la manera en que pueden ser representados o presentados por un apoderado en cualquier reunión con el fin de constituir el quórum. También se determinará la mayoría necesaria para cualquier transacción económica, pero en ningún caso el quórum podrá ser menor a $1/3$ de las acciones con derecho de voto, con excepción en los eventos en que se realice una votación separada para clases o series especiales de acciones y en este caso el quórum tampoco podrá ser inferior a $1/3$ de esas acciones. Para los casos en que no se indique nada en el acta de constitución de la sociedad o los estatutos se regirá este tema según lo siguiente:

- (1) La mayoría de acciones con derecho a voto, representadas en persona o a través de apoderado constituirá el quórum para la asamblea general de accionistas;
- (2) Para cualquier caso de elección de miembros de la junta directiva, será requerida la votación favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto representadas por su titular o un representante;
- (3) Los directores deberán ser elegidos por una pluralidad de votos de las acciones con derecho a voto representadas por su titular o a través de apoderado.
- (4) Cuando es necesario realizar una votación separada de una serie o clase de acciones especial, la mitad más uno de estas clases o series de acciones especiales representadas por su titular o un apoderado, será el quórum necesario para la elección de miembros de la junta

directiva, y será necesaria la votación positiva de la mayoría para la efectiva designación de miembro de la junta directiva.

Una reforma estatutaria realizada por los accionistas que determine la cantidad de votos necesaria para la elección de miembros de junta directiva no podrá ser cambiada o revertida por los miembros de la junta directiva)¹⁷.

¹⁷ Texto traducido por los Autores del texto original de ley de Delaware. **Delaware, Chapter I, General Corporation Law. Subchapter IV, Directors and officers.**

§ 216. *Quorum and required vote for stock corporations.*

Subject to this chapter in respect of the vote that shall be required for a specified action, the certificate of incorporation or bylaws of any corporation authorized to issue stock may specify the number of shares and/or the amount of other securities having voting power the holders of which shall be present or represented by proxy at any meeting in order to constitute a quorum for, and the votes that shall be necessary for, the transaction of any business, but in no event shall a quorum consist of less than 1/3 of the shares entitled to vote at the meeting, except that, where a separate vote by a class or series or classes or series is required, a quorum shall consist of no less than 1/3 of the shares of such class or series or classes or series. In the absence of such specification in the certificate of incorporation or bylaws of the corporation:

(1) A majority of the shares entitled to vote, present in person or represented by proxy, shall constitute a quorum at a meeting of stockholders;

(2) In all matters other than the election of directors, the affirmative vote of the majority of shares present in person or represented by proxy at the meeting and entitled to vote on the subject matter shall be the act of the stockholders;

(3) Directors shall be elected by a plurality of the votes of the shares present in person or represented by proxy at the meeting and entitled to vote on the election of directors; and

(4) Where a separate vote by a class or series or classes or series is required, a majority of the outstanding shares of such class or series or classes or series, present in person or represented by proxy, shall constitute a quorum entitled to take action with respect to that vote on that matter and, in all matters other than the election of directors, the affirmative vote of the majority of shares of such class or series or classes or series present in person or represented by proxy at the meeting shall be the act of such class or series or classes or series.

A bylaw amendment adopted by stockholders which specifies the votes that shall be necessary for the election of directors shall not be further amended or repealed by the board of directors.

La legislación de Delaware en este caso propone un mecanismo de votación mayoritario sin perjuicio de que en los estatutos los socios dispongan otro sistema de elección. Al igual que en varios países de América Latina, se menciona la posibilidad de que existan series de acciones que de manera separada puedan elegir uno o más directores.

Nuevamente estamos ante una propuesta de un sistema mixto, en este caso eligiendo una parte del directorio por mayoría y la otra por series especiales de acciones.

2.6.2 Model Business Corporation Act.

7.28 VOTACION POR DIRECTORES; VOTO ACUMULATIVO.

((a) A menos de que se estipule algo al respecto en el acta de constitución, los miembros de la junta directiva deberán ser elegidos por una pluralidad de votos de las acciones con derecho a voto en una asamblea general de accionistas donde haya quórum.

(b) Los accionistas no tendrán derecho a acumular sus votos para la elección de miembros de junta directiva a menos de que los estatutos así lo determinen; con

(c) Una cláusula incluida en el acta de constitución que diga “ Los accionistas tienen el derecho de acumular sus votos para la elección de directores” esto significa que los accionistas tienen derecho a multiplicar el número de votos que normalmente tendrían de acuerdo a sus acciones por el número de directores a elegir.

(d) Las acciones con derecho a voto acumulativo no tendrán la facultad de acumular sus votos en asambleas de reuniones extraordinarias a menos que:

1. La convocatoria de la reunión este acompañada de una clausula autorizado el voto acumulativo, o

2. El accionista que tiene el derecho de acumular sus votos notifique a la sociedad con no menos de 48 horas, antes de la hora fijada para la reunión que tiene la intención de hacer efectivo en dicha reunión su derecho para acumular sus votos, y también será valida la acumulación de votos cuando uno de los accionistas notifica a otro accionista que pertenezca a su mismo bloque que tiene derecho a acumular sus votos sin tener que notificarlo.)¹⁸

El Model Business Corporation Act propone el mecanismo de voto acumulativo para escoger los miembros de la junta directiva, sin embargo creemos que es claro que los socios tienen la posibilidad de elegir otro método para escoger a los miembros de la junta directiva.

¹⁸ Texto traducido por los Autores del texto original del Model Business Corporation Act. 7.28 **VOTING FOR DIRECTORS; CUMULATIVE VOTING**

(a) Unless otherwise provided in the article of incorporation, directors are elected by a plurality of the votes cast by a plurality of votes cast by the shares entitled to vote in the election at a meeting at which a quorum is present.

(b) Shareholders do not have a right to cumulate their votes for directors unless the article of incorporation so provide.

(c) A statement included in the article of incorporation that "(all) (a designated voting group of) shareholders are entitled to cumulate their votes for directors" (or words of similar import) means that the shareholders designated are entitled to multiply the number of votes they are entitled to cast by the number of directors for whom they are entitled

(d) Shares otherwise entitled to vote cumulatively may not be voted cumulatively at a particular meeting unless:

1. The meeting notice or proxy statement accompanying the notice states conspicuously that cumulative voting is authorize; or

2. a shareholder who has the right to cumulate his votes gives notice to the corporation not less than 48 hours before the time set for the meeting of his intent to cumulate his votes during the meeting, and if one shareholder gives this notice all other shareholder in the same voting group participating in the election are entitled to cumulate their votes without giving further notice.

Es claro que en Estados Unidos se propende por el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para que ellos sean quienes definan cual será el mecanismo de elección idóneo para su compañía, y simplemente la ley lo que hace es establecer unas pautas mínimas para el funcionamiento de las juntas directivas.

3. Sistemas para la elección de miembros de Juntas Directivas.

Para desarrollar este punto del escrito, vamos a situarnos en una hipótesis en la que nos encontramos ante una sociedad por acciones simplificada “col” que tiene una Junta Directiva de tres miembros, compuesta por tres socios que llamaremos X, Z y A; Siendo X dueño del 10% de las acciones de la compañía, Z del 39% y A socio mayoritario con el 51%.

A partir de este supuesto desarrollaremos una serie de escenarios que se pueden presentar en los diferentes sistemas de elección, los cuales no tienen otro fin que darle al lector un manual de ventajas y desventajas que cada uno de los sistemas presenta.

3.1 Votación Mayoritaria.

Este es un sistema en el que se pueden presentar dos variantes, ya que se podría votar por mayoría, por personas, o por listas. Bajo este método de elección, el socio que detente el $(50) + 1$ de la propiedad accionaria obtiene el control de la sociedad. En ese orden, la sociedad denominada “col”, de la cual son accionistas A, con un porcentaje sobre la misma del 51% de las acciones, X con un 10% y Z con un 39%. En la eventual toma de decisiones A ostentaría un poder discrecional para elegir por el mismo el rumbo y direccionamiento de la compañía, simplemente por tener la mayor propiedad accionaria.

En este punto es importante señalar que si los miembros de la junta son elegidos por plantillas con unas listas predeterminadas, o por el contrario si son electos en persona singular, no incidirían de ninguna manera para que el control absoluto lo siga teniendo el accionista mayoritario. La razón es muy sencilla, en ambos casos el accionista mayoritario podrá escoger a los directores bajo su libre albedrío, asegurando su poder de decisión.

Ventajas

Es un método que permite una toma de decisiones rápida y eficaz ya que normalmente la mayoría de las acciones estará en cabeza de unas pocas personas o incluso de un solo socio.

Debido a que es un solo socio o un grupo de socios el que elige a los miembros de la junta directiva, se podría asegurar que ésta funcionaría de una manera más armoniosa ya que todos los directores serían elegidos según el criterio de una persona o grupo y obedecerían a unos parámetros e intereses determinados.

Desventajas

En este sistema los accionistas minoritarios carecerían de la posibilidad de elegir a los miembros de la Junta Directiva, o al menos, diferentes a los que los socios mayoritarios elijan, esto debido a que en ambos casos será elegida la lista presentada por los accionistas mayoritarios o las personas que ellos designen para tales fines.

Además de la desventaja anterior se puede presentar un riesgo muy grande y es que los directores al ser todos elegidos por una misma persona o grupo de socios, actúen a favor de intereses personales y no en pro del bienestar de la sociedad.

3.2 Votación Escalonada.

La existencia de este mecanismo de elección es básicamente una respuesta o solución a las tomas hostiles de control, proviene del derecho anglosajón, y consiste en que solo se podrá cambiar o remover un miembro de la Junta Directiva anualmente de manera que en una junta compuesta por tres miembros la persona o el grupo de individuos que adquieran una sociedad, solo tendrían el control de la misma dos años después.

El sistema consiste principalmente en que solo se podrán elegir un número determinado de miembros de la Junta Directiva anualmente, y en ningún caso se podrá reemplazar en su totalidad dicho cuerpo colegiado en una sola elección.

Suponiendo que hay un cambio de control en la sociedad “Col”, entendiéndose por ello la venta del total de las acciones del accionista A al señor Y , sociedad en la que existe una Junta Directiva de 3 miembros, el mecanismo de votación escalonada solo permite elegir o cambiar un director por año, de manera que pese a que alguien tome el control de dicha sociedad le tomara al menos 2 años tener el control en la Junta Directiva.

Ventajas

Este sistema proporciona una protección a los accionistas en los casos en que se presente un cambio de control en su compañía, ya que se impide que el nuevo accionista mayoritario pueda tener el control total de la Junta Directiva.¹⁹

También es un sistema que permite que exista una estabilidad en la junta directiva, lo que puede representar una ventaja ya que los miembros de la junta directiva van a tener una vocación de permanencia, y la compañía estará dirigida por personas que por su tiempo acumulado en el cargo conocerán mejor la sociedad para la cual trabajan.²⁰

Desventaja

Para los compradores de una sociedad encontrarse con este tipo de votación les resultara en la mayoría de los casos poco atractivo, si bien ostentaran la mayoría de la propiedad accionaria tardaran un tiempo determinado en poder controlar la toma de decisiones de la compañía que adquirieron.

Incluso en un caso en donde no haya un cambio de control o adquisición hostil para los mismos socios, podría resultar desventajosa este tipo de elección en el evento en que por

¹⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos Introducción Comparada*; Legis, tercera edición, 2006. Pagina 137.

²⁰ REINEIR Kraakman. *The Anatomy of corporate law, a comparative and functional approach*; edited by Oxford University Press, first edition. 2009. page 25.

bajo rendimiento sea necesario remover a miembros de la junta directiva, siendo esto imposible en virtud de la prohibición de la votación escalonada.

3.3 Elección por terceros.

Este mecanismo lo encontramos en el derecho alemán, básicamente consiste en la elección de los miembros de la junta directiva por parte de los socios, permitiéndoles a su vez a los acreedores y trabajadores elegir los miembros de esta.²¹

En este método, nos encontráramos ante una Junta Directiva compuesta por tres miembros, (trabajadores, acreedores y socios,) en el que cada uno tiene una representación en dicho cuerpo colegiado, este sistema participativo propende por la intervención de todos los agentes para el desarrollo de la compañía, siendo entonces un sistema democrático donde los agentes verdaderamente importantes; entiéndase, Trabajadores , Acreedores y Socios deciden sobre el futuro de la sociedad de una forma en la que todos resultan partícipes directos.²²

Ventajas

Pensamos que es el mecanismo en el que mejor se ven representados los intereses de todas las partes que se ven directamente relacionadas con el futuro de la sociedad, lo que a la

²¹ HOPT. Klaus J. and LEYENS Patrick. *Board Models in Europe. Recent developments of internal corporate governance structures in Germany, The United Kingdom, France and Italy*, Oxford. First Edition, 1998. página 4,5.

²² REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos Introducción Comparada*; Legis, tercera edición, 2006. Página 141.

postre les resulta imperativo el derecho a elegir un director que vele por sus intereses dentro de la dirección y supervisión de la sociedad.

Es un método que sirve para equilibrar los distintos intereses de acreedores, trabajadores y accionistas, con esto se evitarían eventuales abusos por parte de los socios a los demás grupos, en este caso acreedores y trabajadores.

Desventajas

Se podrían presentar temas de conflictos de interés en el seno de la Junta Directiva, es decir, en los casos en que los acreedores tengan negocios con la sociedad que se estén debatiendo en la junta, sin perjuicio además, que al contraponer los intereses de varios grupos a la hora de tomar una decisión se derive en una situación inmanejable que traiga como consecuencia un proceso decisorio bastante lento y poco efectivo.

Se podría decir que es un método de elección que puede resultar riesgoso, es lógico pensar que si unos simples terceros entran a decir sobre una decisión tan trascendental como lo es la elección de los miembros de las juntas, puede presentarse el caso que los terceros no sean las personas idóneas para la toma de la decisión, esto en el mejor de los casos, ya que puede suceder que simplemente no tengan ese sentido de pertenencia como si lo tiene en la gran mayoría de los casos, los propios accionistas, desencadenado en una serie de decisiones que resultarían nefastas para la sociedad.

3.4 Elección por cooptación.

La elección por cooptación radica en que son los mismos directores o miembros de la Junta Directiva quienes se eligen, de manera que cuando se escoge este mecanismo de elección se traslada la facultad de elegir la Junta de los socios a los mismos directores, de manera que nuestro ejemplo inicial de la sociedad “col” no tendría incidencia acá porque los socios no elegirían a la junta y no importarían los porcentajes en que este dividida la propiedad accionaria.

Ventajas

En principio podríamos asegurar que este método propende por una separación real entre la propiedad accionaria y la administración de la sociedad, ya que finalmente los socios no tendrían ninguna incidencia en el cuerpo colegiado encargado de la administración.

Al ser la junta misma quien se elige, podrían actuar ellos de manera más autónoma y rápida sin que puedan existir presiones por parte de los socios para que se tome una decisión u otra utilizando el poder que tienen en los otros métodos para remover y elegir miembros de la junta directiva.

Desventajas

Este sistema se presta para que haya abusos por parte de los miembros de la Junta en sus actuaciones como directores, esto debido a que se encuentran en una posición sumamente ventajosa frente al accionista.

Se pone en riesgo el incentivo que representa el hecho de que los socios elijan a los miembros de la junta y que dichas personas que componen la junta sientan que deben hacer un muy buen trabajo para que sean elegidos nuevamente por los socios que de lo contrario buscaran a la persona que mejor pueda desempeñarse en ese cargo.

4.5 Votación por Cuociente Electoral.

Francisco Reyes da una definición muy acertada y fácil para la comprensión de este mecanismo. “Para este efecto, debe dividirse el número total de votos válidamente emitidos, entre el número de puestos por proveer. Determinado así el cuociente, se hará un escrutinio descendente, de modo que, en primer lugar, se le asignaran las curules a aquellas listas que hubieren obtenido un número de votos igual o superior al cuociente. Agotados los cuociente, se procederá a asignar los puestos remanentes a los mayores residuos.”²³

El profesor Stephen Bainbridge en su escrito *Corporation Law and Economics*, nos enseña que “El sistema de cuociente electoral estuvo en boga en las últimas décadas del siglo XIX, de modo que, en varias legislaciones mundiales, se adoptó este régimen por medio de normas constitucionales de carácter imperativo. Durante las últimas décadas, sin embargo, el cuociente electoral ha caído en desuso, particularmente en sociedades anónimas abiertas.

²³ Op. Cit pg. 567

Ventajas

Este es un sistema bastante proteccionista en el cual protege a los socios minoritarios, en efecto esto les permitiría la elección de la mayor cantidad de miembros bajo el estatus de socios minoritarios.

Desventajas

Los detractores del sistema de cociente electoral han sostenido que este conduce a antagonismos en el seno de la junta directiva y tiene por efecto que ciertas determinaciones cruciales se adopten de modo anticipado en sesiones privadas que ocurren al margen de las reuniones de la junta directiva, además de que es un sistema en el que no necesariamente se le otorga protección a los socios minoritarios ya que bien podrían quedarse sin representación en la junta aplicando este sistema.

Es un sistema que a nuestro juicio hace que la junta esté representada en la mayoría de los casos por los intereses de todos los socios, lo que conlleva a que se vuelva un cuerpo colegiado muy lento en el momento de tomar una decisión, es decir se puede presentar el caso en el que los representantes de ciertos socios mayoritarios o minoritarios sigan lineamientos diferentes y esto haga muy difícil tomar una determinación sobre los negocios de la sociedad en general.

4.6 Elección por clases especiales de acciones.

Este es un ejemplo de un sistema que podría adoptarse dada la flexibilidad que otorgada la sociedad por acciones simplificada en cuanto a la posibilidad que tienen los accionistas de pactar como estimen conveniente un determinado modo de elegir a sus directores.

Supongamos la existencia de la sociedad “Col” que tiene una Junta compuesta por tres directores, y que existen los accionistas X, Z y A; Siendo X dueño del 10% de las acciones de la compañía, Z del 39% y A socio mayoritario con el 51%. Si utilizáramos cualquiera de los mecanismos mencionados anteriormente difícilmente X podría elegir un miembro de la Junta, pero si se llegase a pactar que sus acciones de manera especial le dan derecho a escoger siempre un director, de esta forma cada uno de los socios se vería representado en la Junta Directiva al poder elegir un miembro de la misma.²⁴

Ventajas

Dentro de las ventajas nos parece importante resaltar que es un mecanismo que bien representa la libre autonomía de la voluntad que tienen los socios al establecer una forma alternativa, distinta para elegir a los miembros de las juntas de una forma independiente como se propone en este tipo de votación.

²⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad Por Acciones Simplificada. Editorial Legis. Primera edición 2009.

Es un sistema que también con las series especiales de acciones puede que asegure la participación de la minoría al permitir que la serie de acciones de la que ella sea dueña tenga la facultad de elegir un miembro de la junta.

Desventajas

Este mecanismo como el voto acumulativo y el cuociente electoral puede llevar a que existan antagonismos dentro de las juntas directivas, algo que dificulta la toma de decisiones.

Es un sistema que exige una cuidadosa regulación en los estatutos y dada esa dificultad puede generar controversias a futuro en una sociedad, ello si partimos de la base de un escenario en el que no exista una regulación adecuada de este método.

4.7 Votación Unánime.

En este sistema se requeriría que todos los socios de la compañía estuvieran conformes con el nombramiento de cada uno de los directores de la misma.

En el caso de nuestra sociedad Col, sería necesario para la elección de cada miembro de la Junta que los accionistas A, X y Z dieran su voto favorable.

Ventaja

Ahora bien, situándonos en un escenario bastante hipotético, al existir la unanimidad se estaría garantizando que las personas que conformen la Junta Directiva fueran las más adecuadas para ello, resultaría ideal este tipo de elección ya que los intereses de todos los socios se verían representados en la misma.

Los socios de la compañía estarían obligados a actuar como un verdadero equipo que solo quiere lo mejor para la empresa y de esta manera se conseguiría la unanimidad de votos en la elección de puestos de la junta directiva.

Desventaja

Este mecanismo es muy poco probable, en nuestro criterio no es muy práctico ya que si bien se protege a todos los socios al poner como condición para la elección de un miembro de Junta su voto favorable, resulta bastante dispendioso y difícil poner de acuerdo a todos los socios de una compañía, sobre todo tratándose de empresas con muchos accionistas.

Se podría en este caso llegar a un punto en el que la sociedad quede totalmente paralizada por no llegar a conseguir la unanimidad en las decisiones, de manera que no podría seguir funcionando, siendo la junta directiva la que se encarga de dirigir los negocios de la sociedad cada día.

4.8 Voto Acumulativo.

En este sistema acontece que el número de votos que los socios tendrían normalmente, de acuerdo con el número de acciones que tengan, es multiplicado por el número de cargos a proveer, de manera que cada socio tendrá más votos para repartirlos de la manera que el considere más benéfica para sus intereses.

En la sociedad “col” entendiendo que son 100 acciones, X tendría 10 votos multiplicado por 3 que es el número de vacantes, de manera que serían 30 votos en total y respectivamente Z tendría 117 votos y A 153.

Ventajas

Es un método que al proporcionar un número de votos superior a los socios hace que el porcentaje en que los puedan distribuir varié dándole así a los socios minoritarios una probabilidad mayor de elegir a miembros de junta si concentran todos sus votos en un solo cargo.

Al propender porque se vea representada la minoría en la junta directiva, se evitan probables abusos de los socios mayoritarios contra los minoritarios en las decisiones que tome la junta sobre la dirección y supervisión de la sociedad.

Desventajas

Al igual que sucede con el método del cociente electoral, en este mecanismo también se pueden presentar eventos en el que varias decisiones muy importantes se tomen al margen de la junta directiva en sesiones privadas para evitar el dispendioso proceso que representa tomar una decisión en una junta que probablemente estará llena de intereses contrapuestos.

Un directorio compuesto por representantes de tantos grupos de socios se vuelve muy lento e ineficaz en la toma de decisiones y creemos que es indispensable dado el dinamismo de la economía actual que la junta sea un cuerpo colegiado ágil y eficaz.

4. Conclusiones.

Para dar inicio a este aparte del escrito, donde expresaremos nuestra opinión personal sobre los métodos de elección de miembros de las juntas directivas en las sociedades por acciones simplificadas, es menester dejar claro que no es nuestro propósito establecer cuál de todos los mecanismos mencionados es el más apto, ya que no es loable juzgar a uno u otro mecanismo como más efectivo o beneficioso, cada tipo de mecanismo está diseñado para situaciones particulares, en ese sentido es el órgano máximo el que toma esa decisión según el fin persigue. De esta forma queremos manifestar que nuestra posición sobre el método de elección de una junta directiva es que no hay uno mejor que otro y que las legislaciones deben permitir que prime el principio de la autonomía de la voluntad para permitirle a los socios elegir según sus necesidades el sistema de elección que ellos consideren mejor para su compañía.

En primer lugar, es interesante ver como en el derecho societario anglosajón que por muchos es considerado como la referencia a seguir en este tema en particular, el método de elección recomendado o señalado en las leyes modelo es el de la votación mayoritaria, que como ya lo habíamos mencionado, es el que por regla general se acoge para tomar cualquier decisión por parte de los órganos sociales, dicho sea de paso, de cierta forma resulta razonable que la elección de los administradores se rija por este sistema ya que finalmente la determinación que toma el máximo órgano social en cuanto al método de elección de los miembros de la junta no es más que una de dichas decisiones sociales, sin

embargo como ya lo hemos mencionado varias veces en este documento, tiene desventajas como cualquier otro método de elección.

Ahora bien, actualmente los socios tienen plenas facultades de cambiar cuantas veces quieran el método de elección, no es un asunto imperativo que determina la ley. Este punto ha sido decantado por el derecho societario en general, incluso en las diversas legislaciones, se ha superado el tema draconiano de imponer por parte del estado determinada forma de actuar. Ninguna legislación foránea objeto de estudio presenta una norma imperativa que imponga a los socios la escogencia de los miembros de su junta directiva en observancia a un método establecido en la ley. Si bien cada legislación tiene modelos, lo cual significa que no son otra cosa que simples sugerencias sobre el mecanismo a emplear. En síntesis, todas las legislaciones permiten que los socios se aparten de lo predispuesto en la norma, esto demuestra una aceptación imperante del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes, que en nuestro criterio, es un síntoma de la evolución acertada que ha tenido el derecho societario en general.

Nos da la impresión que para las sociedades por acciones simplificadas y en general para las sociedades cerradas, entendiendo por esto las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado de valores, la ausencia de normas imperativas resulta beneficiosa para los socios en particular; al verse restringida la libertad contractual de los socios para la estipulación de los estatutos del órgano corporativo, probablemente daría pie para que la sociedad funcionara de manera defectuosa, desnaturalizándose el fin de las sociedades, que simplemente es un instrumento expedito para el desarrollo de las actividades económicas.

Tratándose de las sociedades abiertas el tema adquiere otro matiz; en este caso si nos parece que sea justificable este tipo de imposiciones, como bien lo preceptúa la norma del Código de Comercio, artículo 197. Este tipo de regulación está bien encaminada, ya que están en juego muchos valores y principios del funcionamiento general del mercado de valores, que a nuestro parecer, ostentan una jerarquía preeminente, a los que deben quedar supeditados los intereses de los accionistas.

Ahora bien, esto no es aplicable a las sociedades por acciones simplificadas ya que es bien sabido, que en este tipo de sociedad, no es permitido vender las acciones en bolsa. *(Artículo 4 de la ley 1258 de 2008, “IMPOSIBILIDAD DE NEGOCIAR VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO). Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.”*

De manera que siendo la sociedad anónima la única con la posibilidad de negociar sus acciones y demás valores en el mercado público, debería ser también la única sujeta a la prohibición establecida en el artículo 197 del código de comercio, norma que posteriormente fue atenuada en el artículo 39 de la ley 964 de 2005. Sin embargo, resulta claro que las normas que rigen a la sociedad por acciones simplificadas solo le son aplicables a la misma, y no podrán por tanto ser aplicadas de manera extensiva a otros tipos sociales, por lo que las demás clases de sociedades quedaran sujetas a lo dispuesto en el Código de Comercio para efectos de la elección de Juntas Directivas.

Por ultimo queremos plasmar lo que nosotros consideramos es la conclusión final a la que podemos llegar, después de analizar las diferentes legislaciones y opiniones doctrinarias frente a este órgano complejo, puntualmente en referencia a la Junta Directiva, y específicamente su método de elección. Consideramos que las sociedades son un instrumento para la economía, y por lo tanto, esta deberá tener una regulación que les permita a los socios establecer la manera más adecuada para su funcionamiento en general.

Es por todo lo anterior que para efectos del tema que tratamos en este documento, la mejor forma de elección será la que los accionistas o socios escojan teniendo en cuenta todos los aspectos que envuelven su contrato social, que solo ellos los conocen y por eso son los únicos que tienen la capacidad de hacer una elección del método que más convenga para el adecuado funcionamiento de su sociedad y la consecución de sus fines. Toma mucha importancia el tema de la elección de los miembros de las juntas para así desarrollar de una manera óptima los fines antes mencionados.

5. Bibliografía

1. GEVURTZ Franklin A. *The historical and political origins of the corporate law*. Edited Hardcover, Second edition .1999.
2. HOPT. Klaus J. and LEYENS Patrick. *Board Models in Europe. Recent developments of internal corporate governance structures in Germany, The United Kingdom, France and Italy*, Oxford. First Edition, 1998.
3. MOLANO, Ricardo. *The Roles of the Board of Directors: Essay, the Unsolved*
4. REINEIR Kraakman. *The Anatomy of corporate law, a comparative and functional approach*; edited by Oxford University Press, first edition. 2009.
5. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos Introducción Comparada*; Legis, tercera edición, 2006.
6. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos Introducción Comparada*; Legis, tercera edición, 2006.
7. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada* ; Legis, primera edición, 2009.
8. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario* ; Legis, primera edición, 2002.