

Oficio 220-065681 Abril 16 de 2009

Asunto: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (Ley 1258 de 2008) Constitución por suscripción sucesiva y autenticación por apoderado del documento de constitución

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2009-01-058436, por medio del cual plantea dos inquietudes relacionadas con la sociedad por acciones simplificada.

Sobre el particular a continuación se pasa a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que fueron formulados.

Primera Pregunta

-*¿Puede una Sociedad Anónima Simplificada (SAS), de conformidad con la Ley 1258 de 2008, constituirse mediante el mecanismo de suscripción sucesiva, previsto en los artículos 49 y siguientes de la Ley 222 de 1995?*

Para dar respuesta a este interrogante, resulta pertinente hacer algunas consideraciones de orden legal.

CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS SOBRE CONSTITUCIÓN POR SUSCRIPCIÓN SUCESIVA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (LEY 222 DE 1995)

Los artículos 50 y siguientes de la Ley 222 de 1995, regulan el mecanismo de constitución por suscripción sucesiva de sociedades anónimas, normatividad que se caracteriza por ser de naturaleza imperativa y por ende de obligatoria observancia, lo cual brinda una escasa posibilidad de estipulación a la autonomía de la voluntad de quienes con posterioridad han de convertirse en accionistas de la sociedad.

Tal carácter imperativo se refleja entre otros aspectos en los siguientes:

En la necesidad de contar con un monto mínimo de capital suscrito para iniciar la sociedad (artículo 51 numeral 4º Ley 222 de 1995).

En la obligación de quienes están interesados en suscribir acciones de pagar y entregar una determinada cantidad de dinero para poder suscribir las mismas.(artículo 51 numeral 4º Ley 222 de 1995).

En el caso de pago del capital por instalamentos, en la obligación de los suscriptores de pagar por lo menos una tercera parte del valor de cada acción suscrita al tiempo de la suscripción (artículo 53 Ley 222 de 1995).

En el mismo supuesto del punto anterior, en la obligación de los suscriptores de pagar el saldo pendiente dentro del año siguiente a la fecha de la suscripción (artículo 53 Ley 222 de 1995).

En la exigencia de constituir la sociedad por escritura pública (artículo 55 Ley 222 de 1995).

En el hecho de que en la asamblea constituyente cada suscriptor solo tiene un voto por cada acción suscrita (artículo 57 Ley 222 de 1995).

En la obligatoriedad de que la sociedad cuente con junta directiva y con revisor fiscal (artículo 58 numeral 4º Ley 222 de 1995).

II. LA FLEXIBILIDAD Y LA PREVALENCIA DE LA AMPLIA LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (LEY 1258 DE 2008)

Una de las características predominantes además de la flexibilidad normativa en la regulación de las sociedades por acciones simplificadas (Ley 1258 de 2008), es la amplia libertad de estipulación con que cuentan quienes son o van a ser accionistas de tales compañías, los que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada (artículos 4º C.Co y 1602 C.C.) son los llamados a fijar las reglas que van a regir la organización y el funcionamiento de dichas sociedades.

La flexibilidad normativa y la libertad de estipulación se concreta entre otros asuntos en los siguientes:

En la posibilidad de determinar que parte del capital autorizado se suscribe y que parte del capital suscrito se paga tanto al tiempo de la constitución como durante el funcionamiento de la sociedad (artículos 5º numeral 6º y 9º Ley 1258 de 2008).

En la viabilidad de establecer en qué condiciones y plazos se pagan las acciones, siempre y cuando el término para el pago no exceda de dos años (artículo 9º Ley 1258 de 2008).

En la posibilidad de crear diversas clases y series de acciones (artículo 10 Ley 1258 de 2008).

En la factibilidad de conferir voto múltiple a cierta categoría de acciones, de tal suerte que por cada acción se pueda tener derecho a más de un voto (artículo 11 Ley 1258 de 2008).

En la opción de establecer libremente la estructura orgánica de la sociedad (artículo 17 Ley 1258 de 2008).

En la alternativa más no en la obligación de contemplar en los estatutos sociales junta directiva (artículo 25 Ley 1258 de 2008).

En la no obligatoriedad de contar con revisor fiscal a menos que se obtengan los montos de activos o ingresos señalados en el párrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 (Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-039060 del 11 de febrero de 2009).

En la posibilidad de crear la sociedad por acciones simplificada por documento privado (artículo 5º Ley 1258 de 2008).

Realizadas las consideraciones legales que anteceden, se ha de señalar que de una simple comparación de las mismas, se observa que el constituir una sociedad por acciones simplificada mediante la utilización del mecanismo de suscripción sucesiva, es algo que no resulta compatible con la filosofía propia de dicha clase de sociedad, pues tal como se advirtió, en la sociedad por acciones simplificada prevalece la flexibilidad normativa y la amplia libertad de estipulación de los accionistas.

En efecto, no sería lógico exigir un monto mínimo de capital a la sociedad por acciones simplificada, así como tampoco demandar el cumplimiento de reglas imperativas en cuanto a condiciones, proporciones y plazos para la suscripción y pago del capital, ni requerir de forma obligatoria dentro de su estructura interna órganos sociales tales como la junta directiva y el revisor fiscal, ni restringir en cuanto al ejercicio de derechos políticos a un único voto por acción, cuando precisamente es la Ley 1258 de 2008, la que confiere libertad a los asociados para que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada regulen estas materias.

En este orden de ideas, se ha de concluir en punto de su primera inquietud, que en opinión de este Despacho no resulta jurídicamente viable la constitución de una sociedad por acciones simplificada a través del mecanismo de suscripción sucesiva previsto en la Ley 222 de 1995 para las sociedades anónimas.

Segunda pregunta

¿En qué consiste la autenticación por apoderado, prevista en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008?

Antes de absolver el presente cuestionamiento, es preciso traer a colación la normatividad que se relaciona con el tema objeto de consulta.

Dispone el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008 El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.

A su turno señala el artículo 28 del Código Civil: Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Por su parte consagra el artículo 73 del Decreto 960 de 1970 (Estatuto Notarial): El notario podrá dar testimonio escrito de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que la haya registrado ante él, previa confrontación de las dos. También podrá dar testimonio de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes.

Por su lado prevé el artículo 2142 del Código Civil: El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.

Realizando una interpretación armónica del párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008 y del artículo 73 del Decreto 960 de 1970, se ha de señalar que cuando la primera de las disposiciones citadas determina que el documento de constitución será objeto de autenticación, la misma en sí está significando es que las firmas impuestas en el documento privado por quienes lo suscriben son las que deben ser autenticadas, en los términos previstos en la segunda de las normas mencionadas.

Sentado lo anterior, es de anotar que la autenticación de las firmas ha de cumplirse entonces utilizando alguna de las modalidades previstas en el ya citado artículo 73 del Decreto 960 de 1970, esto es, mediante el testimonio escrito de un notario de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que previamente la haya registrado ante él, o de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo en este caso la identidad de las partes.

En esta parte vale la pena recordar que de conformidad con lo previsto en el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008, la autenticación puede hacerse de manera directa o mediante apoderado. En el primero de tales eventos no se presenta inconveniente alguno desde el punto de vista de la aplicación del ya comentado artículo 73 del Estatuto Notarial, mientras que en el segundo de los mismos surge la pregunta de si resulta posible acudir a las dos modalidades de autenticación cuando se obra por conducto de apoderado.

Previo a dar respuesta al interrogante planteado, viene al caso poner de presente que la figura del apoderado surge por virtud de la celebración de un contrato de mandato, mediante el cual a una persona llamada apoderado o mandatario se le encomienda por parte de otra denominada mandante, la gestión de uno o varios negocios, sin que aquella, se advierte, necesariamente deba ostentar la calidad de abogado.

Establecido lo anterior, se ha de manifestar que la modalidad de autenticación según la cual el notario previa identificación de las partes dá testimonio de que las firmas de un documento, en este caso el documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada, fueron impuestas en su presencia, no resulta posible cuando los constituyentes de la compañía pretenden actuar mediante apoderado, por la sencilla y obvia razón de que son aquellos quienes deben acudir personalmente a la notaría a plasmar sus firmas en el referido documento, pues no de otra manera se cumpliría con el requisito de firmar en presencia del notario.

De esta suerte, se ha de concluir que la posibilidad de autenticar las firmas por intermedio de apoderado, consagrada en el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008, solo es factible cuando los suscriptores del documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada ya tengan registradas sus firmas previamente ante el notario, pues bajo este supuesto si es viable que aquellos confieran poder a una persona para que en su nombre acuda con dicho documento a la notaría y de esta forma el notario pueda confrontar las firmas del documento con las registradas para poder dar testimonio de su correspondencia.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, manifestándole que el alcance del concepto expresado es el previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.