

220-18562, 22 de abril de 2005

Ref.: Las autorizaciones para celebrar ciertos actos o contratos deben constar en el acta respectiva. La reformas corresponden al máximo órgano social.

Me refiero a sus escritos radicados con los números 2005- 01- 054435 y 2005-01-054770, por medio de los cuales pone de presente su inconformidad respecto al cumplimiento de una de las formalidades exigidas en el pliego de condiciones, dentro de la licitación que adelanta la Beneficencia de Cundinamarca S.A., con el fin de contratar servicios de protección social y salud mental.

Precisa en el escrito que el mencionado pliego contempla, tratándose de personas jurídicas, cuando exista limitación para contratar en razón a la cuantía, el envío de copia del acta en la que el órgano social competente autorice la negociación correspondiente, formalidad que una de las sociedades proponentes pretendió acreditar allegando copia de la reunión de la junta directiva en la que textualmente consta que dicho órgano social "*faculta a la representante legal para que ejecute o realice contratos por cuantía ilimitada, con cualquier entidad pública o privada*", lo que a su juicio evidencia que el representante legal de la compañía no estaba autorizado para realizar la negociación, razón por la que pide que la mencionada propuesta no sea tenida en cuenta por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos dentro del pliego y la normatividad legal Colombiana vigente. Adicionalmente solicita respuesta a varios interrogantes relacionados con el tema, a los cuales se hará referencia más adelante.

En primer lugar, es del caso aclararle que éste no es el escenario ni la Superintendencia de Sociedades el organismo competente para pronunciarse acerca de la solicitud orientada a que la mencionada propuesta no sea tenida en cuenta dentro del citado proceso de licitación, circunstancia que habrá de invocarse y sustentarse en la etapa correspondiente, frente a la entidad estatal que pretende contratar, única facultada para aplicar e interpretar las condiciones para participar en el proceso de selección.

Sin embargo, pese a que la competencia de la Superintendencia debe circunscribirse a las atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales, en los términos de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, por ende no está facultada para participar o intervenir en modo alguno en asuntos del resorte exclusivo de otras entidades del Estado, como es el caso de los contratos que celebren en desarrollo de la Ley 80 de 1993, a continuación procedo a dar respuesta a los interrogantes en el orden planteado desde el punto de vista del derecho societario, lo que no conlleva un pronunciamiento de carácter particular y concreto:

1. Puede la junta directiva de una sociedad anónima ampliar la facultad de negociación del representante legal. En que casos?.

Para resolver el interrogante expuesto, es pertinente traer a colación la doctrina que sobre la materia mantiene la Entidad, publicada en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995, pagina 85 y ss (Oficio OA- 14642 de 11 de septiembre de 1979), que expresa:

"El gerente de una sociedad se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social y cualquier limitación debe estar consagrada en los estatutos de la compañía. Así mismo la modificación de sus atribuciones es una reforma estatutaria.

El contrato de sociedad contiene estipulaciones de muy diversa índole.

Así, mientras muchas de sus cláusulas son de interés exclusivo de los asociados, como ocurre con las que reglamentan la forma de repartir las utilidades sociales o el ejercicio de los derechos de preferencia, de voto y de inspección, otras trascienden al orden externo y afectan en mayor o menor grado los intereses de terceros, por cuya razón merecen, con mayor justificación que las primeras, una adecuada publicidad.

Tal ocurre con la cláusula del objeto social, que fija los límites de la capacidad legal de la persona jurídica, y con las que regulan lo relacionado con la representación legal de la compañía. Dentro de estas últimas, revisten particular importancia para los terceros aquellas estipulaciones que establecen limitaciones a las facultades de los representantes legales.

En materia de atribuciones, el principio general es que el gerente se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social, la excepción es que su capacidad normal de contratación se encuentre restringida y por lo mismo, es obvio que cualquier limitación de tal naturaleza no solo debe encontrarse consignada en los estatutos sociales y estar concebidos sus alcances en términos claros y precisos, sino que la estipulación no puede estar afectada de una inestabilidad que pueda desvirtuar la seguridad y certeza que reclaman los intereses de terceros.

Es por eso que el artículo 196 del Código de Comercio establece: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

*A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.
Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros" (se destaca).*

Otras disposiciones del estatuto mercantil reiteran esa misma exigencia. Así, el artículo 110, ordinal 6 del Código de Comercio, prescribe que los estatutos sociales deben contener "la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores..."

Por su parte, el artículo 117, inciso segundo, del mismo Código, expresa que "para probar la representación de la sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso" (destaca el Despacho).

Por consiguiente, cualquier limitación a las facultades del representante legal debe estar consagrada expresamente en los estatutos de la compañía, de tal suerte que "haga parte" del contrato bajo la categoría de "estipulación contractual". La modificación es reforma estatutaria, que requiere la aprobación de la asamblea general de accionistas, de donde resulta que asignarle a la junta directiva la atribución de modificar los límites originalmente estipulados es tanto como facultarla para reformar los estatutos sociales.

Por lo demás se logra en esa forma que tales modificaciones sean dotadas de la publicidad que es propia de toda reforma estatutaria y se garantiza a los terceros la posibilidad de lograr una información adecuada y oportuna sobre la introducción de dichos cambios".

Con la normativa y argumentos expuestos puede colegirse claramente que la facultad para modificar los estatutos sociales corresponde de manera privativa e indelegable a los socios o accionistas reunidos en asamblea general o junta de socios, con sujeción a lo previsto en los estatutos o en la ley en cuanto a convocatoria y quórum se refiere (Art. 187, Num. 1º del Código de Comercio, concordante con el artículo 68 de la Ley 222/95), diferente a la facultad otorgada a la junta directa o que conserva el máximo órgano social para autorizar al representante legal llevar a cabo ciertos actos o contratos, en razón a la cuantía o a la naturaleza del mismo, por ejemplo, atribución que debe constar de manera expresa en el contrato de sociedad (Arts. 110, Num. 6, 116 y 117 del C. de Co.), decisión que debe consignarse en el acta del órgano social que corresponda.

2. Ampliar las facultades del representante legal de una sociedad es una reforma social?.

Conforme lo señalado en el ordenamiento mercantil, expresado en el punto anterior, cualquier cambio que implique modificación de las cláusulas del contrato de sociedad es reforma estatutaria, que requiere de la aprobación del máximo órgano social, teniendo en cuenta lo estipulado en los estatutos o en la ley en cuanto a mayorías decisorias se refiere (Art. 68 Cit.).

3. Cuál es el procedimiento para que las reformas del contrato social sean oponibles a terceros?.

Al respecto, señala el artículo 158 del Estatuto Mercantil que las reformas estatutarias sólo producirán efecto frente a terceros, cuando la escritura pública respectiva sea registrada en la Cámara de Comercio correspondiente.

4. A que órgano de una sociedad anónima le corresponde ampliar las facultades del representante legal?.

Tal como ha sido expresado, la facultad para introducir modificaciones al contrato de sociedad, radica en el máximo órgano social sin que sea legalmente posible su delegación aún por vía estatutaria.

5. Que requisitos debe contener un acta de junta directiva. Que ocurre si no se llenan los requisitos?.

Para dar respuesta al interrogante, basta con transcribir la doctrina que sobre la materia fue publicada por esta Superintendencia en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos -1995, Pág. 78, la cual no obstante que difiere del concepto proferido por la Cámara de Comercio, según copia adjunta con su escrito, es la posición que viene retirándose de tiempo atrás:

"3. LA LEY MERCANTIL SOLO EXIGE LA APROBACION DE LAS ACTAS DE JUNTA DIRECTIVA PARA LOS EVENTOS DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS DESIGNACIONES DE REPRESENTANTES LEGALES.

El mecanismo jurídico de aplicación analógica de los preceptos de la ley comercial que prevé el artículo 1o. del Código de Comercio, se circunscribe a las normas de carácter dispositivo o simplemente supletivo; vale decir que es excluyente de las imperativas y de las procedimentales. Con este entendimiento, debe quedar perfectamente claro que la hermenéutica del artículo referido, no permite darle perfiles de generalidad, atendidos a su tenor literal y a una exégesis cuyo empleo no es pertinente para el caso.

Tratándose de las actas de junta directiva, en cuanto alude a su elaboración y requisitos, la ley comercial guardó silencio. Pero es indiscutible que un documento de tal naturaleza, no debe ser cosa distinta al recuento fiel de lo acaecido en la reunión a la cual se refiere, si no se pierde de vista su finalidad y proyecciones prácticas (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, respecto al punto específico de la aprobación de dichas actas, debe anotarse que se trata de un requisito procedimental ordenado expresamente para las de asambleas y juntas de socios (artículo 189 del C. de Co.) mas no para las de junta directiva en todos los casos. En efecto, rigurosamente solo se encuentra consagrada esa exigencia para los eventos de inscripción en el registro mercantil de las designaciones de representantes legales en el artículo 441 del Código de Comercio en donde se lee: "En el Registro Mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante copia de la parte pertinente del acta de la junta directiva o de la asamblea, en su caso, una vez aprobada y firmada por el presidente y el secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal." (las subrayas son nuestras). La apreciación anterior permite afirmar que no es aplicable la analogía consagrada en el artículo 1 del Código de Comercio frente a la aprobación de las actas de junta directiva (Oficio DAL-12479, mayo 25 1990)".

De la doctrina transcrita puede observarse que frente a las actas de junta directiva, salvo lo estipulado en el mencionado artículo 441 del C. de Co., no existe regulación legal alguna, por lo que deberá darse aplicación a lo previsto en el contrato social al respecto, lo que no obsta para que estatutariamente se remita a las formalidades previstas en el Código de Comercio para las actas de asamblea o junta de socios.

6. Previa información de que en los estatutos sociales de una sociedad anónima, a la junta directiva le corresponde "autorizar previamente las operaciones que tengan por objeto celebrar contratos de suministros en que la compañía actúe como proveedora o beneficiaria u otro (sic) clase de contratos que impliquen prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios, con el carácter de exclusividad", pregunta si la junta directiva puede por acta ampliar la facultad de negociación del representante legal, a pesar de contemplarse en el contrato social que la aprobación de las reformas corresponden a la asamblea general de accionistas?.

La respuesta al presente interrogante está expresada en los puntos 1º, 2º y 4º del presente escrito. Ahora bien, si hace relación a la facultad para autorizar la ejecución de un determinado acto o contrato, conforme a las limitaciones o restricciones conferidas al representante legal, siempre que conste en el contrato social inscrito en el registro mercantil, no habrá lugar al cumplimiento de ninguna otra formalidad que la de expresarlo en el acta respectiva.

7. Que otras consecuencias jurídicas se derivan del acta antes mencionada y que concepto le merece a esta Entidad el contenido de la misma.

Sobre el particular, tal como esta expresado al inicio de la presente comunicación, la Superintendencia carece de atribuciones para pronunciarse sobre asuntos que no son de su resorte, como tampoco lo es el de emitir concepto sobre las decisiones adoptadas, en este caso, por la junta directiva de una sociedad.

En los anteriores términos queda absuelta su consulta, anotando que el concepto expresado está sujeto a lo dispuesto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.