

OFICIO 220-157611 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta una consulta relativa a las sociedades por acciones simplificadas.

Antes de resolver lo propio, debe señalarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

El caso al que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

Con el alcance indicado, este Despacho se pronunciará respecto de sus inquietudes en el mismo orden en que fueron planteadas:

“1. Que se comprende jurídicamente (sic) a la actuación separada del representante legal suplente.”

Para responder su pregunta, esta Oficina se permite citar algunos apartes del Oficio 220-118207 del 13 de junio de 2017, en el que tuvo la oportunidad de ahondar sobre el ejercicio de las funciones del representante legal principal como del suplente en una sociedad por acciones simplificada:

“(…) En primer lugar se tiene que, para el caso de la sociedad por acciones simplificada, el numeral 7 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, establece que en el documento de constitución se deberá estipular entre otros, la forma de administración de la compañía y las facultades de sus administradores advertencia expresa de que en todo caso es preciso que (sic) nombrar un representante legal.

A su vez, el artículo 26 de la citada ley, dispone: “REPRESENTACIÓN LEGAL. La representación legal de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de una persona natural o jurídica, designada en la forma prevista en los estatutos. A falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección le corresponderá a la asamblea o accionista único”.

Por tanto, es claro que, en la SAS, se debe nombrar cuando menos un representante legal, que bien puede ser una persona natural o jurídica, pero no se exige que el mismo tenga un suplente, lo que no impide que los asociados si lo consideran necesario creen el cargo de suplente, fijándole sus facultades e imponiéndole los límites a que haya lugar.

En este orden de ideas, es claro que, si el máximo órgano social va a imponer limitaciones a la actuación del representante legal suplente, ello debe constar de manera expresa en los estatutos, sea cuando la sociedad crea, o si ya existe, mediante una reforma adoptada con sujeción a las disposiciones legales y estatutarias pertinentes (artículo 22 y 29 de la Ley 1258 de 2008)

Lo anterior atendiendo a la regla general aplicable a todos los tipos prevista en el artículo 196 del Código de Comercio, según la cual a falta de estipulación se entenderá que las personas que representan a 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 funcionamiento de la sociedad.

A ese propósito la misma norma advierte que las restricciones al ejercicio de la representación legal que no consten en el contrato o en su caso en el documento de constitución, inscrito en el registro mercantil, no serán oponible a terceros.

De conformidad con lo expuesto, para determinar en cada caso si el suplente del representante legal está facultado para suscribir contratos u obligaciones en nombre de la sociedad, se debe verificar en primer lugar lo que estipulen los estatutos y adicionalmente, las condiciones a que se sujeta su ejercicio, amén de la finalidad de la “suplencia, que no es otra diferente que la vocación de reemplazar a la persona que ejerce la representación legal, tal como la doctrina de ésta Entidad, lo ha reiterado entre otros en Oficio 220-142234 del 26 de noviembre de 2010.

“(…) La importancia de la representación legal frente a los asociados como a los terceros en general, es de tanta trascendencia que la ley ha dispuesto los mecanismos necesarios para evitar que una sociedad quede sin una persona que la represente en un momento determinado, como cuando se da el caso de la falta absoluta del mismo, pues es ahí cuando es indispensable la existencia de la figura de la SUPLENCIA. Es preciso tener en cuenta que el objetivo de la suplencia no es otro que el de reemplazar a la persona que ejerce la titularidad de la representación legal de una compañía en sus faltas temporales y absolutas.

Es así que de acuerdo con el diccionario de la Academia de la Lengua, vigésima edición, Tomo II, 'suplencia', en su primera acepción significa "acción y efecto de suplir una persona a otra"; 'suplir' por su parte, de acuerdo con el mismo diccionario quiere decir "Cumplir o integrar lo que falta en una cosa, o remediar la carencia de ella....", de donde se corrobora lo anteriormente expuesto, esto es, que el suplente del representante legal es la persona que suple el lugar del titular en su ausencia temporal o definitiva. (...) Para que el representante suplente pueda desempeñar el cargo, se requiere, no la ausencia material del titular, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones que le han sido asignadas, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento del máximo órgano social, se le hayan asignado al representante legal suplente, facultades especiales para representar a la sociedad sin necesidad de que se dé la circunstancia anterior". En resumen, se tiene que la actuación del suplente está circunscrita exclusivamente a la imposibilidad temporal o definitiva del principal para actuar. Mientras el principal se encuentre en uso de sus funciones, no hay lugar a que el representante legal lo supla, por lo tanto, mientras no actué como suplente del principal, el suplente no será considerado administrador de la compañía, por lo tanto, no le asisten los derechos ni las obligaciones que la ley y los estatutos confieren al representante legal principal. (El resaltado de este párrafo no es del oficio). "(.....)".

No obstante lo expuesto cabe señalar que el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, establece que las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores, por lo cual, colegido de lo anteriormente señalado y para el caso singular de las Sociedades por Acciones Simplificadas, es claro que el actuar del suplente del Representante Legal sin tener poder para ello, por la posibilidad clara de desempeñar sus funciones por parte del titular de la administración de la empresa, se vería involucrado en una situación de responsabilidad como administrador de hecho de la sociedad, de conformidad con el postulado antes determinado.

Ahora bien, pese a que el suplente del representante legal, tiene una obligación de permanente disponibilidad, no ostenta así la capacidad para contratar en nombre de la compañía, pues ésta facultad como se ha indicado, solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo; así las cosas, si no se presenta esta condición, el suplente actuaría sin poder para ello, situación que lo ubicaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar.

Sin embargo, debe hacerse la aplicación de manera extensiva y conjunta a las disposiciones descritas en el artículo 841 y 842 del Código de Comercio, pues si bien el primero establece la responsabilidad de la persona que representa sin poder o excediendo el límite del mismo ante terceros de buena fe exenta de culpa, no es menos cierto que puede suceder que la sociedad dé motivos para que se crea que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico y quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa (artículo 842 del C. Co), de conformidad con el postulado del artículo 843 del Código de Comercio, por lo cual, si no

hay conocimiento de terceros por medios idóneos sobre los poderes otorgados a una persona particular que actúe en representación de una empresa, los efectos correspondientes les serán inoponibles a menos que se pruebe que los terceros conocían la modificación o la revocación en el momento de perfeccionarse el negocio.

Siendo así es pertinente remitirse al artículo 1266 y ss del Código de Comercio, en el entendido que si el mandatario excede los límites de su encargo estos solo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique o que en caso de urgencia o que el estado del negocio no permita demora alguna, actúe el mandatario según su prudencia y en armonía con las costumbres de los comerciantes diligentes.

En ese sentido se pronunció esta Superintendencia:

“En el mandato, el consentimiento del mandante se expresa a través del mandatario, de suerte que en esta forma los derechos y las obligaciones que nacen de las convenciones celebradas por éste los adquiere directamente aquél y lo ligan personalmente con los terceros con quienes ha contratado el mandatario, porque el mandatario obra para tales efectos reemplazando y sirviéndole de instrumento al mandante...”

De lo dicho se desprende la respuesta al interrogante planteado, en el sentido de afirmar que los actos o contratos celebrados por el suplente del representante legal estando el representante legal principal en el ejercicio de su cargo, son válidos por producir todos sus efectos entre quienes lo celebraron, no así respecto de la sociedad, por cuanto en este caso quien en su nombre se obligó no tenían capacidad para hacerlo.

Ahora bien, como la ausencia temporal es necesaria ser acreditada y se presume por la actuación del suplente, se requerirá un análisis probatorio para establecer que el suplente actuó sin capacidad.”

A la luz de las razones anteriores se deberá examinar en cada caso la validez de los contratos suscritos por el suplente del representante legal no obstante que frente al cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de los negocios jurídicos acordados, se habrá de evaluar la conducta de la sociedad y del suplente, para estimar quien debe responder por el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

De esta forma, se puede distinguir jurídicamente cuales son los alcances de las facultades del representante legal principal como del suplente, a la luz de la normatividad y de los límites acordados en los estatutos sociales, en el contexto de las sociedades por acciones simplificada.

2. “¿Puede un representante legal suplente actuar de manera concomitante o a la par del representante legal principal aun cuando este no se encuentra en situación de imposibilidad o incapacidad temporal/definitiva para actuar, alegando actuación separada de este último?”

La respuesta a esta pregunta se encuentra subsumida en la respuesta dada a la anterior inquietud.

“3. En cuando a las limitaciones a nivel contractual existentes en la sociedad hipotética, ¿puede el representante legal principal actuar en materia laboral en lo que corresponde a realizar despidos con justa o sin justa causa (art 64 del Código Sustantivo de Trabajo), así como el contratar laboralmente o por prestación de servicios el personal requerido para el funcionamiento de la sociedad?”

El artículo 26 de la Ley 1258 de 2008, dispone:

“ARTÍCULO 26. REPRESENTACIÓN LEGAL. La representación legal de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de una persona natural o jurídica, designada en la forma prevista en los estatutos. A falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección le corresponderá a la asamblea o accionista único.”

De la norma citada se concluye que, a falta de estipulaciones estatutarias que limiten sus actuaciones, el representante legal de una sociedad por acciones simplificada esta investido de facultades para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

“4 ¿Es procedente (sic) la Asamblea General de Accionistas decida sobre el aumento del capital suscrito sin que existe reglamento previo que lo regule?”

El artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 45. REMISIÓN. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.”

Bajo los parámetros de remisión legal establecidos en la referida disposición, el aumento del capital suscrito se registrará por lo previsto en la Ley 1258 de 2008, en el contrato social y, en su defecto, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima.

“5. ¿Es procedente que el derecho de inspección se puede (sic) ejercer durante todo el año?”

Dada la libertad de configuración organizacional que permite la Ley 1258 de 2008, es posible que dentro de los estatutos sociales se haya estipulado el derecho de inspección permanente.

“6. ¿Pueden aplicarse limitaciones temporales a pesar de que los estatutos indiquen que el derecho de inspección se puede desarrollar durante todo el año?”

Tal y como se ha señalado, es preciso verificar las estipulaciones estatutarias y en subsidio las normas que rigen las sociedades anónimas, para determinar la aplicación del derecho de inspección.

“7. ¿Es procedente que el derecho de inspección pueda darse respecto de la totalidad de documentos de la sociedad, en lo correspondiente a la totalidad de la información de naturaleza financiera, contable, legal y comercial relacionada el funcionamiento de la sociedad?”

8. ¿Pueden aplicarse limitaciones en cuanto a la información y/o documentos que pueden ser objeto de inspección por parte de los socios a pesar de que los estatutos de la sociedad indiquen que este derecho versará sobre la totalidad de la información de naturaleza financiera, contable, legal y comercial relacionada el funcionamiento de la sociedad?”

La respuesta a estos interrogantes se encuentra en el literal C del Capítulo III de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, documento que se le sugiere consultar y que se encuentra disponible en la Página WEB de la entidad.

9) ¿Puede un socio, sin decisión del órgano social, disponer de manera libre y unilateral la aplicación de una auditoria en torno a la totalidad de la información de naturaleza financiera, contable, legal y comercial relacionada el funcionamiento de la sociedad?

Mediante Oficio 220-123598 del 22 de junio de 2017, esta Oficina trató el tema referente al derecho de inspección y la auditoría externa, en los siguientes términos:

“Lo primero que resulta conveniente es precisar que el derecho de inspección es un concepto eminentemente jurídico societario, mientras que la auditoría externa es un concepto contable. En ese sentido, si bien eventualmente guardan alguna relación de complementación en cuanto a su ejercicio, difieren sustancialmente respecto de su previsión legal. En efecto, ha manifestado esta entidad que derecho de inspección es un derecho inherente a la calidad de socio, el cual se encuentra consagrado de manera expresa en los artículos 369 y 447 de la legislación mercantil y el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en la facultad de que disponen todos los asociados de una compañía de examinar, directamente o mediante persona delegada para tal fin, los libros y los comprobantes de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes”

En las sociedades comerciales, el derecho de inspección o de fiscalización individual, pertenece a la categoría de los inderogables; se trata de un derecho esencial del asociado, pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a la

compañía, pues los artículos 369, 379 numeral 4°, 422 y 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995 le señalan limitaciones temporales y de contenido.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 222 de 1995, el ejercicio del derecho de inspección fue objeto de controversia doctrinal y de interpretación legal, en cuanto a sus alcances y limitaciones, pero el artículo 48 de la citada Ley determinó sus límites respecto a la materia misma sobre la cual se ejerce dicha facultad, restringiendo el acceso de los asociados en general a los documentos que contengan información sobre secretos industriales (empresariales), así como aquellos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.”

(“...”) “Como se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas, los socios no están facultados para hacer anotaciones de ninguna clase sobre los documentos facilitados, ni para conocer y mucho menos difundir la información amparada con reserva documental, como los secretos técnicos, industriales o de política comercial ni entorpecer la marcha administrativa de la gerencia.

Ahora bien, en lo que respecta a las normas de auditoría generalmente aceptadas, la Ley 43 de 1990, si bien no trae una definición del concepto “auditoría externa”, su artículo 7° dispone que aquellas son las que se relacionan con las cualidades profesionales del contador público, con el empleo de su buen juicio en la ejecución de su examen y en su informe referente al mismo.

En conclusión, se trata de un trabajo técnicamente elaborado por personas que tengan entrenamiento adecuado y estén habilitadas legalmente para ejercer la Contaduría Pública en Colombia, con base en evidencia válida y suficiente, por medio de análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoría, con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de una opinión sobre los estados financieros sujetos a revisión.

En ese orden de ideas resulta desacertado pretender realizar una comparación o asimilación conceptual entre ambas figuras, como quiera que la primera de ellas tiene la connotación de DERECHO, mientras la segunda es una herramienta para establecer, conforme a las previsiones legales, la realidad financiera, administrativa y contable de la sociedad.

Si bien desprevénidamente podría pensarse que en ejercicio del derecho de inspección cualquier socio estaría facultado para contratar la ejecución de una auditoría externa para “enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes”, para este despacho resulta absolutamente claro que ello es improcedente, como quiera que la finalidad y los escenarios en que pueden y deben darse difieren sustancialmente.

En efecto, el derecho de inspección o de fiscalización individual tiene una finalidad esencialmente informativa para el socio, mientras que por medio de una auditoría interna se persigue la obtención de una opinión calificada por parte de un especialista, atendiendo a sus calidades profesionales y a criterios y procedimientos señalados en la ley, cuya

práctica compete directamente al máximo órgano social ordenarla, ya sea por su propia iniciativa o en atención a la solicitud motivada de algún o algunos socios, pues, la eventual contratación y ejecución de una auditoría externa por parte de un socio, justificada en el derecho de inspección que le asiste, desborda los límites y alcances previstos en la ley para su ejercicio. Mientras el derecho de inspección apunta a satisfacer un interés individual de información, la auditoría externa se dirige al cumplimiento de un interés colectivo por contar con una opinión técnica sobre los estados financieros.”

Según lo expuesto, no es dable realizar comparación alguna entre dos conceptos evidentemente distintos de materias reguladas por diferentes áreas de estudio, a lo que se suma que no procede so pretexto del derecho de inspección, realizar una auditoría externa, dada la finalidad específica de cada actividad y la oportunidad de su ejercicio, pues la primera como se ha visto, comporta el ejercicio de un derecho del socio con fines informativos, y la segunda busca una opinión experta sobre la verificación de unos estados financieros, que debe ordenarse por el máximo órgano social...”

“10. Si en los estatutos de la sociedad hipotética se dispuso que cualquier reforma de los estatutos requerirá una votación del 100% de las acciones suscritas y en este se encuentra lo relativo a las personas que ejercen la representación legal de la sociedad a nivel principal como suplente, ¿para la remoción y cambio del representante legal principal o suplente se requiera el 100% de los votos de las acciones suscritas?”

La pregunta es particular, concreta y está relacionada con la interpretación de cláusulas estatutarias, asuntos frente a los cuales le está vedado pronunciarse a esta entidad en función consultiva.

“11. En caso de que un socio haya participado en la Asamblea General de Accionistas y haya aceptado o participado de manera favorable en una decisión que es contraria a la Ley, ¿puede este impugnar la decisión de la sociedad a través de los procedimientos judicialmente previstos?”

El artículo 191 del Código de Comercio, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 191. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.”

De conformidad con lo previsto por el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, la legitimación para la impugnación de las decisiones sociales está dada por lo previsto en el artículo 191 del Código de Comercio.

“12. ¿Cuáles mecanismos y/o actuaciones procesales tiene la sociedad o los demás socios para impedir el ejercicio arbitrario y abusivo del derecho de los socios de esta? ¿Cuáles son los procedimientos que se pueden impetrar y quién es la autoridad competente?”

Las acciones de que disponen los accionistas dentro de una sociedad por acciones simplificada para dirimir los conflictos societarios, están dadas por lo dispuesto en los artículos 40, 42, 43 y 44 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.