

OFICIO 220-233328 DEL 08 DE DICIEMBRE DE 2020

ASUNTO: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - REUNIÓN DE SEGUNDA CONVOCATORIA Y OTROS TEMAS.

Me refiero a su comunicación de la referencia mediante la cual presenta la siguiente consulta:

“I. CONSIDERACIONES

- 1. Una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) (la “Sociedad”) tiene dos accionistas (“Accionista A” y “Accionista B”), cada uno con el 50% de participación. Ambos accionistas son a su vez representantes legales de la sociedad: el Accionista A figura en el registro mercantil como el representante legal principal y el Accionista B como representante legal suplente de la Sociedad.*
- 2. El Accionista A se encuentra en estado de coma desde agosto de 2019, por lo que el Accionista B asumió el cargo de representante legal principal ante dicha falta.*
- 3. Hoy en día no existe un poder válido otorgado por el Accionista A, así como tampoco ha sido designado judicialmente un apoyo para que lo pueda representar de manera válida, a pesar de que el proceso ya se inició, pero se encuentra paralizado.*
- 4. El Accionista A, al ser representante legal principal y conocer el negocio en su totalidad, era quien se encargaba de tomar las decisiones correspondientes y quien aportaba todo el conocimiento para el desarrollo del negocio, razón por la cual, era la persona idónea para estar asociada, no siendo así su familia ni sus allegados.*
- 5. Teniendo en cuenta que el Accionista A no se encuentra en capacidad de decidir, y que el Accionista B no tiene interés en estar asociado con una persona distinta a su socio original, esto que ha conllevado a que el objeto social de la Sociedad no se haya podido desarrollar desde entonces, pues no existe quórum para deliberar ni decidir en las reuniones de asamblea, no se han podido aprobar estados financieros, ni distribuir utilidades derechos inherentes a la calidad de accionista.*

6. El Accionista B tiene una necesidad urgente de dinamizar la Sociedad y de tomar decisiones, por lo que ha citado a la reunión ordinaria en múltiples ocasiones, pero nadie se ha presentado hasta la fecha.

7. Por todo lo anterior, el Accionista B no sabe si puede o no puede tomar las decisiones sin su socio, a través de otro tipo de reunión que le permita deliberar y decidir válidamente.

8. Con la finalidad de conocer la viabilidad de las alternativas que existen, se han planteado las siguientes preguntas que se elevan a consulta:

II. SOLICITUD

En virtud de lo dispuesto anteriormente, respetuosamente solicito respuesta a cada una de las siguientes consultas:

1. ¿Es jurídicamente viable que el Accionista B, en su calidad de representante legal suplente de la Sociedad, convoque una reunión de Asamblea, en la cual se incluya como orden del día la disolución de la Sociedad y la fecha para la reunión de segunda convocatoria, de manera que, una vez llegado el día de la reunión, y ante la falta de quórum deliberatorio, este tenga el derecho de realizar una reunión de segunda convocatoria en donde, éste, representando el 50% del capital social, tome válidamente la decisión de disolver y liquidar la Sociedad?

2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea negativa, ¿qué alternativas tiene el Accionista B para disolver y liquidar la Sociedad válidamente y **de manera pronta**, teniendo en cuenta que (i) el proceso de apoyos está paralizado hace varios meses, (ii) existe una pugna al interior de la familia no permite llegar a un acuerdo sobre quién va a ejercer ese rol, y (iii) la Sociedad se encuentra paralizada y no pueden aprobar Estados Financieros ni distribuir utilidades - teniendo en cuenta que esto es un derecho inherente a la calidad de accionista-?

Además, por favor tener en cuenta que el Accionista A, al ser representante legal principal y conocer el negocio en su totalidad, era quien se encargaba de tomar las decisiones correspondientes y quien aportaba todo el conocimiento para el desarrollo del negocio, razón por la cual, era la persona idónea para estar asociada, no siendo así su familia ni sus allegados.

3. ¿Es jurídicamente viable que, en una reunión de segunda convocatoria, se remueva al Accionista A como representante legal principal de la Sociedad pues, según la sentencia C-623 de 2003, la sociedad debe nombrar y registrar un reemplazo de dicho cargo, dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a

partir del momento de la incapacidad, o la circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo?

4. En todo caso, ¿qué alternativas tiene el Accionista B para distribuir válidamente las utilidades y -en caso de liquidarse- el remanente de la Sociedad al Accionista A? ¿Puede entenderse que una consignación a la cuenta bancaria del Accionista A es un pago, y, por lo tanto, extingue efectivamente la obligación que la Sociedad tiene para con el Accionista A, teniendo en cuenta que el Accionista A está en coma?”

Al respecto, se advierte que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales.

El caso a 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.

Efectuada la precisión que antecede, en primer lugar debe recordarse lo establecido en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, el cual acota lo siguiente: *“En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá 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”.*

A su vez, el artículo 26 de la ley 1258 de 2008, señala que 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 y, dicho sea de paso, para el caso de la S.A.S., es el único órgano de administración cuya creación es estrictamente obligatoria, de acuerdo con lo manifestado por esta Superintendencia en Oficio 220-119006 del 30 de septiembre de 2009.

En el caso que una sociedad tenga un suplente del representante legal, deben tenerse en cuenta los parámetros legales dentro de los cuales este puede ejercer sus funciones a la luz de las normas del Código de Comercio, aplicables a la S.A.S, de acuerdo con el citado artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, para cuyo propósito se procede a citar algunos apartes de lo manifestado por este Despacho en el Oficio 220-41754 del 25 de junio de 2003, que a su vez remite a la doctrina publicada en el documento *“Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995”* de la Superintendencia de Sociedades, páginas 375 y 376:

“.....estando instituida la suplencia con la única finalidad de reemplazar al titular en sus ausencias, es del caso tener en cuenta, que de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, suplencia es “acción y efecto de suplir una persona a otra y también el tiempo que dure esta acción”, lo que permite aseverar que en ningún caso es factible que actúen de manera conjunta o concomitantemente el titular y el suplente, puesto que para que éste pueda desempeñar el cargo es requisito indispensable la ausencia de aquel.

*Al aceptar una persona el nombramiento como representante legal, esta condición le persigue sin importar el lugar físico donde se encuentre y por consiguiente no es su ausencia material lo que faculta al suplente para asumir el cargo, **sino la imposibilidad de desempeñar las funciones correspondientes**. Por tanto, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento de la junta de socios emitido con base en las disposiciones contractuales, se hayan otorgado al suplente como tales facultades especiales para representar a la sociedad, el mismo deberá abstenerse de celebrar cualquier acto en el que se pretenda involucrar a la compañía, ya que él carece de capacidad para ello. (sft)*

*En este orden de ideas, es dable afirmar que el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, **pero la capacidad para contratar en nombre de la compañía solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo** y por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello, lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante los terceros de buena fe con los cuales pretenda contratar, acuerdo con lo establecido*

en el artículo 841 del Código de Comercio, excepción hecha, claro está, que él titular ratifique las actuaciones del mencionado administrador.”.

*Así se tiene entonces que el suplente del representante legal, bien que sea uno o varios, en principio está llamado a actuar ante la ausencia del principal y que establecer cuando se presenta la imposibilidad para que el representante legal principal actúe y por ende, deba actuar el suplente, es un asunto del resorte exclusivo de cada sociedad, atendiendo las circunstancias del caso, lo que explica porque no le asiste obligación al suplente de demostrar ante los terceros el motivo de la ausencia del principal; basta que se encuentre inscrito en el registro mercantil.
.....”*

De la doctrina transcrita se infiere que, frente a una falta temporal o absoluta del representante legal principal, quien debe actuar en su lugar es el suplente y en tal virtud, le corresponde en ejercicio de las facultades legales, convocar el máximo órgano social, en los términos previstos en los estatutos o en su defecto, conforme a lo previsto por artículo 20 de la Ley 1258 de 2008: “(...) mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles. En el aviso de convocatoria se insertará el orden del día correspondiente a la reunión (...)”, en la que podrá incluirse de acuerdo con el parágrafo de la misma disposición “(...) la fecha en que habrá de realizarse una reunión de segunda convocatoria en caso de no poderse llevar a cabo la primera reunión por falta de quórum (...)”, teniendo en cuenta que la “(...) segunda reunión no podrá ser fijada para una fecha anterior a los diez (10) días hábiles siguientes a la primera reunión, ni posterior a los treinta (30) días hábiles contados desde ese mismo momento”.

Para las reuniones de segunda convocatoria es preciso tener en cuenta la doctrina vigente de este Despacho, contenida en el oficio 220-007091 del 28 de enero de 2015, por la cual se recogió parcialmente el Oficio 220-015290 del 11 de marzo de 2012, en la que, de acuerdo con el análisis efectuado con ocasión de un pronunciamiento preferido por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de su función jurisdiccional, mediante Auto No. 801-016006 del 25 de septiembre de 2013, se consideró necesario cambiar la doctrina en torno al régimen legal previsto para la configuración del quórum y las mayorías decisorias en las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio que se celebren en una sociedad por acciones simplificada, en los siguientes términos:

“Para tales efectos, lo primero que debe estudiarse es el alcance de las disposiciones contenidas en los artículos 429 del Código de Comercio y 22 de la Ley 1258 de 2008. “La primera de las normas citadas establece que, en las reuniones por derecho propio, se ‘sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada’

(negritas fuera de texto). Por su parte, en el artículo 22 de la Ley 1258 se dispone, para el caso específico de la sociedad por acciones simplificada, que **‘la asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas**. Las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes’ (se resalta).

“Es necesario, pues, aludir a la aparente contradicción entre la regla que exige pluralidad para la conformación del quórum y las mayorías en las reuniones por derecho propio y la norma que establece la posibilidad de que el máximo órgano de una sociedad por acciones simplificada pueda deliberar y decidir con la concurrencia de apenas un solo accionista.

“Una simple lectura del texto de la Ley 1258 de 2008 es suficiente para detectar la intención del legislador colombiano de suprimir el requisito de pluralidad como un elemento indispensable para la constitución y el funcionamiento interno de las sociedades por acciones simplificadas. Así, por ejemplo, entre las diferentes modificaciones normativas introducidas por la Ley 1258, se encuentra la posibilidad de que una sociedad por acciones simplificada sea constituida por una sola persona. “El régimen especial de quórum y mayorías de la SAS, contenido en el citado artículo 22 de la Ley 1258, también da cuenta de un cambio por la abolición de todo requisito de pluralidad para el cómputo de quórum y mayorías decisorias’.

“A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, es cierto que la Ley 1258 no modificó en forma explícita la regla prevista en el artículo 429 del Código de Comercio, respecto del funcionamiento de las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio. Con todo, el Despacho difícilmente podría aceptar la idea de que el legislador colombiano decidió conservar el requisito de pluralidad exclusivamente para las reuniones de la referida naturaleza. Esta interpretación no solo carecería de una justificación discernible, sino que se apartaría de la voluntad explícita del legislador de restarle toda relevancia al elemento de la pluralidad en el régimen previsto para la SAS.

En este orden de ideas es indispensable poner de presente que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 39 de 2007, el cual le dio origen a la Ley 1258 de 2008, se expresó lo siguiente: ‘Dentro de las innovaciones más relevantes que se proponen en el proyecto debe resaltarse la [...] abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias —incluidas las reuniones de segunda convocatoria [...]’ (negritas fuera de texto).

Una interpretación más congruente con el régimen de la SAS apuntaría a que las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio pueden celebrarse con la presencia de un solo accionista.

En palabras de Reyes Villamizar, ‘es forzoso colegir que, a diferencia de como ocurre bajo el precepto contenido en el artículo 429 del Código de Comercio, en estas deliberaciones de segunda convocatoria no se requiere pluralidad, de modo que, si solo asiste un accionista, deberá entenderse facultado para adoptar todas las decisiones que correspondan [...]. Esta conclusión surge inequívocamente del régimen general de la SAS y de las reglas especiales sobre quórum y mayorías decisorias que [...] suprimen por completo cualquier requisito de pluralidad para la adopción de determinaciones sociales’...”

Conforme a las directrices legales y doctrinales expuestas, es preciso señalar que es jurídicamente viable que el representante legal suplente, ante las faltas temporales o absolutas del principal, convoque al máximo órgano social a una reunión, fije dentro del orden del día el punto correspondiente a la disolución de la sociedad, el nombramiento de administradores y demás asuntos de interés de la compañía, e incluya la fecha en que deberá realizarse una reunión de segunda convocatoria en caso de no poderse llevar a cabo la primera reunión por falta de quórum.

En lo que se refiere a la liquidación privada de la sociedad conforme a los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio, y en el evento de que después de haber pagado el pasivo externo, quedare un remanente para distribuir entre los accionistas, debe darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 247 ibídem, conforme a lo estipulado en el contrato social o a lo que ellos acuerden y se hará constar en acta en la que se exprese el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o de los bienes que reciba cada uno de título de liquidación. Aprobada la cuenta final conforme a lo dispuesto por el artículo 248 del Código de Comercio, se entregará a los asociados lo que les corresponda, para cuyo propósito deberá proceder en los términos del artículo 249 del Código de Comercio.

Del mismo modo, el artículo 26 de la Ley 1429 de 2010 establece que: *“Cuando el acreedor no se acerque a recibir el pago de su acreencia, el liquidador estará facultado para hacer un depósito judicial a nombre del acreedor respectivo por el monto de la obligación reflejada en el inventario del patrimonio social.”* en este caso, la obligación deberá reflejarse en la cuenta final de liquidación.

Para finalizar, es preciso mencionar el Oficio 220-272732 del 27 de mayo de 2005, en el que éste Despacho, en torno a la responsabilidad del liquidador, expresó:

“De otra parte, en cuanto a los administradores de una sociedad, entre los cuales están el representante legal, los miembros de la junta directiva y los liquidadores - Art. 22 de la Ley 222 de 1995-, el legislador expresamente determinó que a ellos corresponde “Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias” (Numeral 2, Art. 23 ibídem), observando en su conducta los principios de lealtad, obrar de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios, so pena de responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, a los asociados o a terceros; señalando además que “En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador...” (Art. 24 Ib., modificatorio del Art. 200 del Código de Comercio).”.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes advertirle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.