

OFICIO 220-241807 DEL 08 DE NOVIEMBRE DE 2017

ASUNTO: POSIBLES IRREGULARIDADES EN LA ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA- PRESUNTA INCAPACIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2017-01-498399, mediante la cual describe la situación que se presenta al interior de una sociedad del tipo de las SAS en la que figura como representante legal suplente y propietario del 48,5% de las acciones; entre otros manifiesta que asumió la administración de la sociedad ante la enfermedad y supuesta pérdida de capacidades cognitivas del representante legal principal, quien tiene 94 años de edad y “está vigilado y custodiado por su cónyuge (...) que no es accionista ni empleada de la empresa, pero influye determinadamente en las decisiones del señor (...)”; además, que ha recibido convocatoria a asamblea extraordinaria a través de apoderado constituido por el representante legal principal, en la que se pretende aprobar la “repartición de utilidades”,

Frente a esas circunstancias formula una serie de interrogantes que se relacionan así:

- 1.- ¿Se encuentran facultados los apoderados del representante legal que se presume incapaz para rendir informe de gestión del año 2016?
- 2.- ¿En caso tal de celebrarse la reunión y tomarse decisiones (con o sin mi presencia) por los apoderados del accionista (...) que se presume incapaz se entenderán válidas?
- 3.- ¿Enterados los abogados que representan al representante legal y al accionista que se presume incapaz sobre los antecedentes anteriormente descritos, pueden fungir como tales desconociéndose las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron otorgados los poderes?
- 4.- ¿A qué persona o personas diferentes a los otros accionistas debe el suscrito entregar informes de gestión y rendir cuentas, en tanto la justicia se pronuncie sobre la incapacidad del accionista referido?
- 5.- ¿Qué trámite debe adelantarse para desvincular al señor (...) como trabajador de la empresa si los estatutos mencionan que los accionistas fundadores no podrán ser removidos libremente de la representación legal de la compañía?

Sobre el particular, es preciso advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Superintendencia con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite los conceptos de carácter general a que haya lugar sobre las materias de su competencia, mas no se pronuncia en esta instancia sobre situaciones de orden particular, ni sobre la legalidad de actos, contratos o decisiones adoptadas al interior de sociedades cuyos antecedentes se desconocen, lo que igualmente se predica tratándose irregularidades que comprometan a los administradores, los socios o cualquiera otro órgano.

Para ese propósito y siempre que se trate de sociedades no sometidas a la vigilancia de otros organismos que cumplan los presupuesto para ese fin establecidos, uno o más de los asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, podrán por sí o por medio de apoderado, solicitar la adopción de cualquiera de las medidas administrativas contempladas en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley No. 19 de 2012, entre ellas la práctica de investigaciones administrativas, a las que habrá lugar cuando quiera que pretenda verificarse la ocurrencia de hechos lesivos de los estatutos o de la ley, en cuyo caso esta Entidad decretará las medidas pertinentes, según las facultades asignadas en la misma ley.

Ahora, si el propósito es verificar legalidad de las decisiones emanadas de los órganos sociales, se tendrá en cuenta que al tenor del artículo 191 del Código de Comercio, los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar sus decisiones cuando exista mérito para considerar que no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos , en cuyo caso la acción correspondiente se habrá de intentar ante los jueces, en los términos del artículo 421 del C.P.C..

Lo anterior sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales de naturaleza societaria atribuidas a esta Superintendencia en los términos del artículo 24, numeral 5º, literales a), b), c), d) y e) del Código General del Proceso, en virtud de las cuales la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Superintendencia, está facultada para conocer entre otros, de la acción encaminada a resolución de Conflictos Societarios o la Impugnación de decisiones de los órganos sociales, respectivamente.

Bajo las premisas enunciadas, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de carácter general.

Al efecto, se observa que la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 prevé que “en los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas para su funcionamiento. A

falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal¹, y que la representación legal en este tipo societario “estará a cargo de una persona natural o jurídica, designada

1 Artículo 17.

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 sociedad².

Además, la referida ley dispone que las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores contenidas en la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995 son aplicables a los representantes legales, a la junta directiva y a los demás órganos de administración de la SAS, y “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 administradores³”.

De otra parte, hay que tener en cuenta el principio que consagra la ley colombiana según el cual “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces⁴ y son absolutamente incapaces “las personas con discapacidad mental, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución⁵; por lo tanto, siguiendo la regla general, se presume la capacidad del representante legal de una sociedad mientras no haya pronunciamiento judicial sobre el particular, conforme a lo previsto en la Ley 1306 del 5 de junio de 2009.

Se infiere de tales disposiciones que cualquier situación relacionada con la designación, remoción y ejercicio de sus funciones por parte del administrador de la sociedad por acciones simplificada, incluyendo lo concerniente al administrador vitalicio⁶, debe ser dilucidada a partir de los estatutos sociales y en su defecto por las previsiones legales para la sociedad anónima; además, todas las actuaciones y decisiones del

2 Artículo 26.

3 Artículo 27.

4 Artículo 1503 del Código Civil.

5 Artículo 1504 del Código Civil.

6 Oficio 220-052766 del 1 de mayo de 2011: "3. **Administrador vitalicio.** En el entendido que la hipótesis a partir de la cual se analiza la posibilidad de estipular en los estatutos de una SAS la figura de un administrador vitalicio, excluye la aplicación del artículo 198 del Código de Comercio, que consagra el conocido principio de la libre remoción de los administradores o, postulado de la no inamovilidad de los administradores, la Entidad ha manifestado que en el marco de la Ley 1258, efectivamente es permitida esa figura, amén de las consideraciones que se exponen en el Oficio 220-170711 del 28 de Noviembre de 2009 y que entre otras, suponen que la permanencia en el cargo del administrador vitalicio, se sujeta a la aceptación del mismo de continuar ejerciendo tal calidad en la compañía.

En esa oportunidad fueron consultados entre otros los alcances de las Sentencias C-434 de 1996, T-632 de 2007 y, C-384 del 23 de 2008, todas de la H. Corte Constitucional, para explicar bajo qué condiciones es viable contemplar en los estatutos sociales la figura de un administrador vitalicio, desde dos puntos de vista diferentes. El primero de ellos, atinente a la posibilidad de establecer la comentada cláusula al momento de constituirse la sociedad, y el segundo, relativo a la estipulación de la cláusula durante el funcionamiento de la sociedad a través de una reforma estatutaria".

representante legal adoptadas conforme a los estatutos y la ley, se presumen válidas mientras no sea declarada su nulidad o reconocida su ineficacia por parte de la autoridad competente.

Sobre el particular, en el Oficio 220-001192 del 17 de enero de 2002 esta Oficina precisó:

"La Superintendencia de Sociedades en torno al tema de la actuación de los suplentes en los oficios SL 7717 del 22 de marzo de 1991 y 220-40508 del 22 de julio de 1998, señaló lo siguiente:

'Para que el representante legal 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.

Esto es que el suplente está obligado a una permanente disponibilidad, tal y como lo ha sostenido este despacho al expresar 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 terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 841 del Código de Comercio, excepción hecha claro está que el titular ratifique las actuaciones del mencionado administrador'.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto de 1938, afirmó lo siguiente:

(...)

De lo dicho se desprende la respuesta a los dos primeros interrogantes 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 tenía capacidad para hacerlo.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de noviembre de 1994 consideró atendible sostener que los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento con una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio jurídico frente al representado; sanción que no conduce a la desaparición del negocio jurídico sino que neutraliza la producción de sus efectos del mismo en frente de alguien, bajo el entendido que su validez entre las partes es incontrovertible.

El punto relativo a la suplantación, debe resolverse a la luz de la legislación penal y tanto habrá de acudir a esa jurisdicción en orden a establecer un pronunciamiento al respecto”.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros. A su vez, en el link de la Delegatura de Procedimientos mercantiles, podrá documentarse sobre las acciones que proceden y conocer la jurisprudencia emitida en el trámite de los procesos verbal y verbal sumario, propios de esta jurisdicción, sobre incumplimiento de los deberes del representante legal.