

OFICIO 284958 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2017

REF: JUNTA DIRECTIVA VARIABLE EN LAS SAS - RADICACIÓN 2017-01-550694 30/10/2017

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el No. citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la configuración de la Junta Directiva en la sociedad por acciones simplificada, particularmente sobre la posibilidad de que el número de directivos pueda variar de acuerdo a una condición prevista en los estatutos.

Después de exponer una serie de consideraciones legales, formula los siguientes interrogantes:

1 ¿Resultaría jurídicamente viable que una S.A.S., tenga una Junta Directiva con una integración "variable"? entendiéndose por esta, como aquella que puede estar integrada "hasta" por un número de miembros, sin perjuicio que dicho órgano se encuentre conformada por un número inferior a dicho tope. En caso afirmativo ¿qué requisitos se requieren? ¿Cómo funcionaría el quórum deliberatorio y decisorio para este tipo de Junta Directiva?

.2 ¿Puede pactarse en los estatutos de una S.A.S que: "la Junta Directiva se integrará por el número de miembros principales y suplentes que determine la Asamblea General de Accionistas libremente, de tiempo en tiempo, previa aceptación de los mismos e inscripción del nombramiento en el registro mercantil de la Sociedad"? En este caso, ¿cómo podría garantizársele a terceros que el número de miembros de la Junta Directiva correcto ha votado favorablemente una decisión, si los estatutos mismos hacen variable tal composición?"

Para absolver las cuestiones planteadas deben tenerse en cuenta las disposiciones de orden legal que resultan aplicables, en primera instancia la norma de la Ley 1258 de 2008 que establece de manera expresa las condiciones relativas a ese órgano social, así:

“ARTÍCULO 25. JUNTA DIRECTIVA. La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

PARÁGRAFO. En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, ésta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en

los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes.”

El estudio de la disposición transcrita, permite inferir con toda claridad la vigencia de las siguientes premisas:

1. La SAS no está obligada a tener junta directiva.
2. La SAS puede pactar en los estatutos la creación de junta directiva.
3. Si la SAS crea junta directiva, su integración debe hacerse con uno o varios miembros.
4. Si la SAS crea junta directiva, pueden pactarse o no suplencias a los miembros principales.
5. Si la SAS crea junta directiva, los directores pueden ser elegidos por cociente electoral, votación mayoritaria u otro método definido en los estatutos.
6. Si la SAS crea junta directiva, su funcionamiento se debe definir en los estatutos.
7. Si la SAS crea junta directiva, las cuestiones no previstas en los estatutos se rigen por las normas legales pertinentes.

Para contrastar las proposiciones anotadas frente a las cuestiones que se plantean, se estima necesario precisar el concepto de “junta directiva”, en el especial contexto de las normas que rigen la SAS.

Sobre el particular, el profesor Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades, se ocupa en su obra *La Sociedad por Acciones Simplificada*,¹ de analizar la naturaleza y esencia de la Junta Directiva en la SAS, en los siguientes términos:

“Uno de los aspectos en que mayor énfasis se puso en el diseño y concepción de la sociedad por acciones simplificada consistió en la reducción de formalidades y requisitos costosos para la operación de las sociedades de carácter cerrado. Al facilitar la organización interna de la sociedad bajo la más amplia libertad de disposición, se pretende suministrarles a los accionistas la posibilidad de definir a voluntad los órganos de dirección, administración y representación legal que convengan a las particulares necesidades de la empresa que pretendan acometer.

Aunque se reconoce la importancia de la junta directiva como órgano muy útil; especialmente en la administración de las sociedades de gran dimensión, su regulación deviene menos rigurosa...”

En los apartes transcritos, se intuye con facilidad que la junta directiva en la SAS, mantiene la naturaleza y esencia de órgano de administración que tradicionalmente le fue atribuida a este órgano social en la sociedad anónima, con la diferencia de que en la SAS, su rol goza de libertad total de configuración, en materia de elección de sus miembros y determinación de sus funciones.

Su esencia como órgano de administración, se evidencia claramente en las previsiones expresas del Artículo 27 ibidem:

“ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.”

En consecuencia, a los miembros de la junta directiva de la SAS independientemente de lo que estipulen sus estatutos, le es exigible el régimen consagrado en los Artículos 22, 23, 24 y 25 de la Ley 222 de 1995, según los cuales:

1 Reyes Villamizar Francisco, SAS La Sociedad por Acciones Simplificada, Tercera Edición, Editorial Legis, Bogotá Colombia, 2013, Pag.

“ARTICULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.”

ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*

4. *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
5. *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
7. *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

ARTICULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. *El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:*

ARTICULO 200. *Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.*

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

ARTICULO 25. ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.”

Así, establecida legalmente la naturaleza de la junta directiva como un órgano de administración y entendido que en la SAS no es obligatoria, es dable concluir a juicio de este Despacho, que si los estatutos prescriben su creación, deben observarse las previsiones del Parágrafo del Artículo 25 de la Ley 1258 de 2008: con un miembro, o con un número plural de miembros.

Pero, dada la circunstancia del carácter y la responsabilidad administrativa y extracontractual de los miembros de junta directiva, frente a la sociedad, frente a los socios y frente a terceros, debe colegirse, que bien sea que se opte por un miembro único, o por un número plural de miembros, es necesario definir previamente en los estatutos el número cierto.

La libertad de configuración estatutaria de la S.A.S., no puede convertirse en un principio de confusión en materia de integración de la junta directiva, en contravención a las normas de orden público que regulan la materia, sencillamente porque se diluiría así la responsabilidad que a sus miembros les asiste como administradores..

Entonces, si la S.A.S., quiere crear dicho órgano, ha de hacerlo con un número determinado de miembros; un miembro único, o un número plural de miembros, pues dejar la cantidad de integrantes sujeta a futuros cambios, de tiempo en

tiempo según las variaciones de opinión de la asamblea de accionistas, equivale a la indeterminación del número de directivos, frente a los socios, frente a la sociedad y frente a terceros.

Si los estatutos disponen que sea un miembro, esta será la regla hasta cuando se adopte la reforma estatutaria que modifique las condiciones sobre integración del órgano, con un número plural cierto diferente.

Así las cosas, no resultaría ajustado a derecho utilizar la expresión “uno o varios miembros”, para posibilitar la integración con un número indeterminado de miembros, pues esto atentaría contra el ejercicio de la competencia de la junta directiva como órgano de administración social y con la determinación de la responsabilidad que la ley le asigna.

En consecuencia, los interrogantes motivo de solicitud se han de absolver a la luz de los planteamientos esbozados, en el mismo orden:

1. En concepto de este Despacho no es viable la creación de junta directiva en la S.A.S., con un número variable de miembros, “...entendiéndose por esta, como aquella que puede estar integrada "hasta" por un número de miembros, sin perjuicio que dicho órgano se encuentre conformada por un número inferior a dicho tope...”, porque en esas condiciones el número de los directivos que llegaren a integrar el órgano se hace indeterminado, generando así incertidumbre e inseguridad, inclusive para los mismos directivos, en contravención al precepto que exige el artículo 25, Parágrafo de la Ley 1258 de 2008.

Sin perjuicio de las funciones que los estatutos le asignen y las reglas sobre funcionamiento, la competencia de administración que la ley asigna a la Junta Directiva, implica una asignación de responsabilidad de gestión, que no puede quedar en cabeza de un número indeterminado de directivos que resultaría indefinido, lo que entre otros no permitiría asegurar la legitimidad de las atribuciones y las decisiones a su cargo, ni establecer su responsabilidad.

2. Por las razones expuestas, tampoco sería viable que la integración del aludido órgano se defina estatutariamente de forma indeterminada, ni siquiera cuando se faculte a la Asamblea de Accionistas para elegir “de tiempo en tiempo”, el número de directivos que desee, toda vez que así, se insiste, se desconoce la regla imperativa que prevé el parágrafo del Artículo 25 de la Ley 1258 de 2008, en tanto que el estatuto solo puede definir que la junta se integre con un miembro o con varios miembros ciertos y determinados.

En los anteriores términos su solicitud se ha atendido, con los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.