

OFICIO 220-127256 DEL 13 DE AGOSTO DE 2018

Ref: Radicación 2018-01-302748 28/06/2018 – REQUISITOS FORMALES DE CONSTITUCION DE LAS SAS- EL MANDATO Y SUS ALCANCES.

Aviso recibo de su escrito radicado con el número de la referencia, mediante el cual formula una consulta en los siguientes términos:

“Es posible constituir una sociedad por acciones simplificada SAS, a través de un contrato de mandato sin representación, en el que se especifique: que el mandante le encarga al mandatario la constitución de las SAS, de tal forma que, en el acto constitutivo se diga que el mandatario es el constituyente, pero no el propietario de las acciones, y en el libro de registro de acciones se indique al mandante como propietario ?”

Al respecto se debe advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Entidad conforme a los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, emite un concepto u opinión de carácter general sobre las materias a su cargo, que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa, es procedente efectuar las siguientes consideraciones jurídicas, en torno a los requisitos para la constitución de la sociedad por acciones simplificada, a la luz de la Ley 1258 de 2008, como la posibilidad de hacer uso de la figura del mandato.

Requisitos formales de constitución de una sociedad por acciones simplificada.

Al respecto, es pertinente efectuar las siguientes consideraciones a la luz de la Ley 1258 de 2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada SAS:

i).- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º ibídem:

“ La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

1o. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas. 2o. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “ sociedad por acciones simplificada” ; o de las letras S.A.S.

(...)

6o. *El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse.*

(...)

PARÁGRAFO 1o. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.

PARÁGRAFO 2o. *Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.*

ii).- A su turno, el artículo 6º ejusdem, prevé que las Cámaras de Comercio verificarán la conformidad de las estipulaciones del acto constitutivo, de los actos de nombramiento y de cada una de sus reformas con lo previsto en la ley. Por lo tanto, se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituya, se haga un nombramiento o se reformen los estatutos de la sociedad, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior o en la ley.

Como se advierte, la Ley 1258 de 2008, brinda un amplio margen de configuración con fundamento en el principio de la autonomía privada de la voluntad, al permitirle los constituyentes determinar con plena libertad la estructura orgánica de este tipo societario, a la vez que establece unos mínimos requisitos formales de constitución en los términos y condiciones previstos por los artículos 2º y 5º de la referida ley, que entre otros permiten que el otorgamiento del documento de constitución se haga por medio de apoderado.

A ese propósito ilustra el Oficio 220-065681 del 16 de abril de 2009 ¹.

Realizando una interpretación armónica del párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008 y del artículo 73 del Decreto 960 de 1970, se ha de señalar que cuando la primera de las disposiciones citadas determina que el documento de constitución será objeto de autenticación, la misma en sí está significando es que las firmas impuestas en el documento privado por quienes lo suscriben son las que deben ser autenticadas, en los términos previstos en la segunda de las normas mencionadas.

“Sentado lo anterior, es de anotar que la autenticación de las firmas ha de cumplirse entonces utilizando alguna de las modalidades previstas en el ya citado

artículo 73 del Decreto 960 de 1970, esto es, mediante el testimonio escrito de un notario de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que previamente la haya registrado ante él, o de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo en este caso la identidad de las partes.

“En esta parte vale la pena recordar que de conformidad con lo previsto en el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008, la autenticación puede hacerse de manera directa o mediante apoderado. En el primero de tales eventos no se presenta inconveniente alguno desde el punto de vista de la aplicación del ya comentado artículo 73 del Estatuto Notarial, mientras que en el segundo de los mismos surge la pregunta de si resulta posible acudir a las dos modalidades de autenticación cuando se obra por conducto de apoderado.

“Previo a dar respuesta al interrogante planteado, viene al caso poner de presente que la figura del apoderado surge por virtud de la celebración de un contrato de mandato, mediante el cual a una persona llamada apoderado o mandatario se le encomienda por parte de otra denominada mandante, la gestión de uno o varios negocios, sin que aquella, se advierte, necesariamente deba ostentar la calidad de abogado.

“Establecido lo anterior, se ha de manifestar que la modalidad de autenticación según la cual el notario previa identificación de las partes dá testimonio de que las firmas de un documento, en este caso el documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada, fueron impuestas en su presencia, no resulta posible cuando los constituyentes de la compañía pretenden actuar mediante apoderado, por la sencilla y obvia razón de que son aquellos quienes deben acudir personalmente a la notaría a plasmar sus firmas en el referido documento, pues no de otra manera se cumpliría con el requisito de firmar en presencia del notario.

“De esta suerte, se ha de concluir que la posibilidad de autenticar las firmas por intermedio de apoderado, consagrada en el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1258 de 2008, solo es factible cuando los suscriptores del documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada ya tengan registradas sus firmas previamente ante el notario, pues bajo este supuesto si es viable que aquellos confieran poder a una persona

De tal suerte, que los requisitos formales enunciados, no pueden ser omitidos, no lo solo por los accionistas constituyentes, sino por quien a través de la figura del mandato pretenda constituir la sociedad, so pena de no poderse efectuar su registro, lo que daría lugar a que la sociedad para todos los efectos legales se reputa de hecho, en los términos del artículo 7º de la ley cit.

El mandato en la constitución de una sociedad por acciones simplificada.

El artículo 1505 del Código Civil, prescribe lo siguiente:

“Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que sin hubiese contratado él mismo.”

En cuanto hace a los alcances del mandato, resulta oportuna la doctrina del doctor JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ, expuesta en su libro “LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES y su paralelo con los comerciales”², en el que aborda la definición del contrato de mandato y sus elementos centrales, así:

“El mandato es un contrato en virtud del cual una parte llamada mandante, encarga a otra llamada mandataria, la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera”

“Es importante saber que los negocios de que trata la definición son eminentemente Jurídicos que sirven para crear, modificar o extinguir obligaciones; en manera alguna recae sobre actos materiales, los cuales se rigen por normas especiales, como el contrato de trabajo, el contrato de obra etc., los actos Jurídicos determinan el objeto del mandato”. (Subraya fuera de texto).

(...)

“Gómez Estrada (Conferencia de Contratos – Universidad de Caldas, pág. 167), por su parte dice: técnicamente considerada, no es muy exacta la terminología de la Corte al hablar de mandato representativo y mandato no representativo, porque en el mandato haya siempre una representación, Por eso hay que entender que lo que la corte quiere decir es que se puede ser mandatario sin obrar

para que en su nombre acuda con dicho documento a la notaría y de esta forma el notario pueda confrontar las firmas del documento con las registradas para poder dar testimonio de su correspondencia.”

2 Decima Cuarta Edición, EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL pág 497 y ss

para el mandante, lo que sería absurdo y antinómico, sino simplemente que se puede ser mandatario y obrar como tal sin descubrir ante aquel con quien se contrata, esa calidad; en este caso hay una verdadera representación, pero con la

novedad de que el tercero contrata ignorándola, pues parece contratando con quien se representa ante él como sujeto del contrato y como sujeto del interés derivado del contrato, en razón de lo cual es que, precisamente, el artículo 2177³ viene a decir que cuando el mandatario obra en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante, pues es él mismo el que queda obligado frente a los terceros a cumplir las prestaciones nacidas del contrato celebrado”.

Por su parte, el artículo 1262 del Código de Comercio, prescribe:

“El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

“El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.”

A su turno, el artículo 1266 de la citada legislación comercial, frente a la gestión del mandatario prevé:

“El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo.

“Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.”

Las precisiones anteriores permiten colegir que cualquier persona con capacidad, puede celebrar un contrato de mandato, con el fin de que el mandatario ejecute por su cuenta y riesgo algún acto o varios actos de comercio, entre ellos la constitución de una sociedad del tipo de las SAS, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones previstos por la Ley 1258 de 2008.

En esas circunstancias se esperaría que el titular de las acciones sea el mandante, hecho que debe reflejarse en el libro de registro de accionistas de la correspondiente sociedad y no el mandatario, pues en cualquier caso que el mandatario desborde o se extralimite en el contrato de mandato, podría ubicarlo dentro de los efectos previstos por el artículo 1266 del Código de Comercio.

3 Art. 2177 Código Civil. El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que en la P.Web de la Entidad puede consultar

la normatividad, los concepto jurídicos, en la que podrá obtener mayor información.