

OFICIO 220-156759 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2018

REF: CONFLICTO SOCIETARIO ES SAS- FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-392746 del 30 de agosto de 2018, mediante la cual formula una consulta referida al conflicto existente al interior de una sociedad “comercial minera” presuntamente del tipo de las SAS.

Luego de exponer que se trata de una empresa conformada por dos socios “de la cual cada uno es propietario del cincuenta por ciento (50%) de las acciones”, en la que se designó a un socio como representante legal y al otro como presidente de la “junta de socios”, ambos con las mismas facultades de representación legal, pregunta:

- 1.- ¿Puede el presidente de la junta de socios ser el representante legal de la sociedad sin que figure en el certificado de existencia y representación legal de la cámara de comercio?
- 2.- ¿Puede el presidente de la junta de socios firmar contratos y adquirir obligaciones a nombre de la empresa, argumentando tener facultades de representante legal?
- 3.- ¿Cómo representante legal que asume funciones arbitrariamente, sin celebrar asamblea general y no figurar en la cámara de comercio, puede a motu proprio desvincular por destitución al representante legal, elegido en asamblea como consta en el certificado de la cámara de comercio?
- 4.- ¿Qué acción judicial iniciar para solucionar el conflicto?
- 5.- ¿Incurre el usurpador en delito de administración desleal?

En primer lugar, es de precisar que si bien de conformidad con lo dispuesto por los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo, este Despacho absuelve las consultas que le son formuladas sobre las materias a su cargo y en tal virtud emite los conceptos generales a que haya lugar, sus respuestas en esta instancia no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, menos a definir 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 lo que se presente 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.

Sin perjuicio de lo anterior, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

En primer lugar, aunque el escrito no lo anuncia, es dable inferir que se trata de una sociedad por acciones simplificada, regulada en la Ley 1258 de 2008, la cual prevé que en el acto de constitución se indicará cuando menos “7.- La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal”¹; “las cámaras de comercio verificarán las 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”², y “la existencia de la sociedad por acciones simplificada y las cláusulas estatutarias se probarán con certificación de la cámara de comercio, en donde conste no estar disuelta y liquidada la sociedad”³.

1 Artículo 5.

2 Artículo 6.

3 Numerales 9 y 10 del artículo 8.

4 Artículo 17.

5 Artículo 25.

6 Artículo 26.

7 Artículo 27.

Sobre su organización, la mencionada ley consagra que en los estatutos se determinará libremente la estructura orgánica y demás normas que rijan su funcionamiento, pero “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 legal”⁴, y que la sociedad por acciones simplificada no está obligada a tener junta directiva, pero si se establece su conformación “las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos” o en su defecto por las disposiciones legales pertinentes, y si no se estipula su creación “la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea”⁵.

A su turno, la misma ley determina que la representación legal de la SAS 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”⁶, y que las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores contenidas en la Ley 222 de 1995 les serán aplicables al representante legal, a la junta directiva y “demás órganos de administración, si los hubiere”, 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 administradores”⁷.

De otra parte, las reglas generales del Código de Comercio, establecen que deberán inscribirse en el registro mercantil “la constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción. Las compañías vigiladas por la Superintendencia de Sociedades deberán cumplir, además de la formalidad del registro, los requisitos previstos en las disposiciones legales que regulan dicha vigilancia”, y “los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley”⁸, y que “la inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello; pero los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción”⁹.

8 Artículo 28.

9 Numeral 4 del artículo 29.

10 Artículo 164.

11 Artículo 442.

Consecuente con lo anterior, se tiene que “Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo

nombramiento o elección. La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción”¹⁰, y que “las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”¹¹.

En este orden de ideas, es claro que corresponde a la asamblea de accionistas como máximo órgano social en la SAS, determinar todo lo relativo al gobierno de la sociedad, pudiendo disponer incluso la representación conjunta del ente societario entre dos o más personas, caso en el cual los representantes legales deben estar inscritos en el registro mercantil y adoptar las decisiones de manera colegiada o individualmente cada uno de ellos cuando en los estatutos se les hubieren asignado facultades diferenciadas.

Por consiguiente, en cada caso se deberá verificar el alcance de las estipulaciones previstas en los estatutos respectivos, atendiendo que para tener a una persona natural o jurídica como representante legal de una sociedad, se requiere además el registro respectivo ante la cámara de comercio, lo que de suyo implica que quien no se halle inscrito como tal, no puede actuar válidamente a nombre la sociedad ni comprometerla frente a terceros, aunque si se inmiscuye en actos de administración, se encuentra sujeto a las obligaciones y responsabilidades del administrador de hecho.

De otra parte es de precisar que la decisión de designar al representante legal como la de “desvincularlo”, es una competencia privativa e indelegable del máximo órgano social, salvo que estatutariamente se hubiera conferido esta atribución a otro órgano de administración, teniendo en cuenta adicionalmente la regla general que permite ejercer tal facultad en cualquier tiempo¹², siempre y cuando se adopte con las mayorías previstas en los estatutos.

¹² Artículo 440 del Código de Comercio.

¹³ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-199385 del 5 de septiembre de 2017.

Ahora bien, como antes fue advertido, cualquier circunstancia que configure un conflicto entre los socios puede ser resuelta judicialmente por el juez civil del circuito o por esta Superintendencia conforme al literal b) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso¹³.

En torno a estos aspectos ilustra el Oficio 220-021774 del 11 de febrero de 2014, mediante el cual este despacho expuso su criterio::

“Sobre el particular, previamente es necesario reiterar en esta oportunidad la posición que en materia de registro mercantil sustenta la Entidad, según el cual el registro es constitutivo de la calidad de representante legal o lo que es lo mismo, la designación de quien es nombrado para ocupar el cargo de representante legal de una sociedad sólo produce efectos jurídicos cuando su nombramiento haya sido inscrito en el registro mercantil. Como la argumentación que ha sustentado la

posición de esta Entidad, de acuerdo con su escrito, es de su conocimiento, basta entonces con traer a colación algunos apartes de la sentencia C-621 de 2003, a través de la cual la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicional de los artículos 164 y 442 del Código de Comercio y de algunos conceptos cuya argumentación y consideraciones responden las preguntas planteadas, a saber:

1. Entre otros argumentos la Entidad ha expresado que conforme con lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Comercio (...)

A su turno, el numeral 4º del artículo 29 del Ord. Cit. señala que (...), de donde se ha concluido que el registro del nombramiento en la Cámara de Comercio es constitutivo de la condición de representante legal, por ejemplo, por lo que es a partir de ese momento que él así designado e inscrito se encuentra en ejercicio de las funciones que la ley y los estatutos le imponen al cargo.

Es así que a través del Oficio 220- 75107 de 11 de noviembre de 2003, reiterado, entre otras oportunidades, a través del Oficio 220-104512 de 2 de noviembre de 2010, expresó, con fundamento en la normatividad mencionada ‘....se colige entonces, que el registro del nombramiento en la Cámara de Comercio correspondiente, es constitutivo de la condición de representante legal, principal o suplente, por tanto a partir de la fecha del mismo, el designado para el cargo de principal, se encuentra en el ejercicio de las funciones legales y estatutarias que el cargo impone, mientras que para el caso de la suplencia, surge la expectativa para reemplazar al principal en las faltas absolutas, temporales o accidentales del mismo.

(....)

En resumen, inscritos los nombramientos de quienes representan legalmente una compañía, se entiende que de inmediato asumen las funciones que le son propias, su no ejercicio o el abandono de las gestiones, además de que en nada modifica la investidura, sería violatorio de la ley por cuanto a ellos corresponde, entre ellas, velar por el estricto cumplimiento de la ley y los estatutos; el adecuado desarrollo del objeto social y el funcionamiento de la compañía (Art. 23 Cit. Ley), luego las acciones u omisiones de los administradores dará lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad que asumen frente a la sociedad, asociados y terceros en general. Situación diferente se predica respecto de las prohibiciones o inhabilidades, eventos en que habrá de tenerse en cuenta la calidad de principal o suplente, en ejercicio de las gestiones propias del cargo del titular, según el caso’.

(...)

El precepto normativo permite concluir que el registro del nombramiento de representante legal o revisor fiscal tiene un carácter constitutivo, en cuanto a que los efectos jurídicos de la designación no se producen sino con la inscripción en la Cámara de Comercio, pues la norma expresamente señala que para todos los

efectos legales quien figure como revisor o representante legal, lo seguirá siendo hasta tanto continúe inscrito en el registro mercantil’.

2.- La Corte Constitucional en la mencionada sentencia (C-621 del 29 de julio de 2003) al examinar la legalidad de los artículos 164 y 442 Cit. claramente expresa. ‘Ahora bien, especial importancia reviste la representación legal respecto de la posibilidad que tiene la sociedad de comparecer en juicio como demandante o demandada. En efecto, de acuerdo con las normas procesales, las sociedades, como personas jurídicas que son, comparecen al proceso por medio de sus representantes legales. Dentro de los requisitos de toda demanda incoada por o en contra de una persona jurídica, es menester señalar el nombre y domicilio de su representante legal y acompañar la prueba de tal representación, que en el caso de las sociedades comerciales es el certificado expedido por la cámara de comercio sobre lo anotado en el registro. Este certificado de existencia y representación legal, ha dicho esta Corporación, “es prueba necesaria para acreditar la representación legal de una persona jurídica privada. La calidad de representante legal de una persona jurídica no se puede probar a través del medio que libremente se escoja”. (Sentencia T-382 de 2002. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra)’.

En otro de sus apartes también se lee: “Como puede verse, el alcance normativo de las anteriores disposiciones (Se refiere a los artículos 164 y 442 del Código de Comercio) consiste en establecer que la designación de representantes legales y revisores fiscales sólo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil. Ahora bien, cuando por cualquier causa (renuncia, remoción, muerte, etc.), la persona cuyo nombre aparece inscrito deja de ocupar cargo, el sólo registro de este hecho no es suficiente para que cesen sus obligaciones y responsabilidades como tal, pues lo que determina esta cesación no es el registro de la renuncia, remoción, muerte, incapacidad o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio de sus funciones, sino la inscripción cómo representante legal o revisor fiscal de la persona llamada a reemplazarlo.

(...)

3. Por último, también resulta pertinente poner de presente que la Corte Constitucional en la sentencia T- 382 de 2002, precedentemente citada, a la que alude precisamente la C621, uno de sus considerandos indica:

‘El certificado de existencia y representación legal es prueba necesaria para acreditar la representación legal de una persona jurídica privada.

La calidad de representante legal de una persona jurídica no se puede probar a través del medio que libremente se escoja. El Código de Comercio en su artículo 117 consagra:

‘(...) Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso’.

Como se observa, al consagrar esta forma particular de probar la representación legal de una sociedad, se limita la libertad probatoria de quien desee acreditar tal hecho. En efecto, se trata de una prueba solemne sin la cual no se tendrá acreditada la facultad para obrar en nombre de la sociedad.

(...)

En ese orden de ideas, la argumentación antes expuesta permite responder los interrogantes planteados de la siguiente manera:

1. Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, en diversas sentencias, y sustenta la Entidad en sus pronunciamientos, el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio es el único documento que acredita y faculta a una persona para obrar en nombre de una sociedad.
2. Pese a que la hipótesis planteada no es muy clara, el tema del registro mercantil queda resuelto en lo expuesto en el numeral precedente”.

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.