

OFICIO 220-095096 DEL 05 DE MAYO DE 2017

ASUNTO: ACTAS DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y DE JUNTA DIRECTIVA.

Aviso recibo de la consulta que dio en traslado el Archivo General de la Nación con escrito radicado bajo número 2017-01-135992 del 28 de marzo de 2017, mediante la cual formula los interrogantes a que luego se hará alusión, en torno a una sociedad de economía mixta de las características que al efecto relaciona y la cual según manifiesta, está registrada como TIC y por tanto, sujeta a la Ley 1341 de 2009, en especial lo dispuesto en el Artículo 55..

Al respecto es preciso advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, en los términos y condiciones de los Artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no en relación con una sociedad o situación en particular, menos cuando las funciones de vigilancia y control en el caso de las empresas pertenecientes al sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Bajo ese presupuesto, con fines meramente ilustrativos procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de orden general.

1.- Requisitos deben cumplir los actos administrativos de carácter general y particular que emita una sociedad de economía mixta.

Al respecto es de anotar que son sociedades de economía mixta aquellas constituidas bajo la forma de sociedades comerciales *“con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”*; que el régimen de las actividades de las sociedades de economía mixta con capital igual o superior al 90% corresponde al de las empresas industriales y comerciales del Estado¹, y que los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado *“para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado”*².

Así mismo, aunque se discute el régimen jurídico de algunos actos de las sociedades de economía mixta con régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, no existe controversia alguna cuando se trata de firmas proveedoras de tecnologías de la información y las comunicaciones, como quiera

que todos sus actos se rigen por las normas de derecho privado “*sin importar la composición de su capital*”, por disposición del artículo 55 de la Ley 1341 del 30 de julio de 2009.

De igual manera se tiene que, por excepción, las sociedades de economía mixta pueden cumplir funciones administrativas, caso en el cual deben sujetarse a lo dispuesto en el acto de autorización o creación, y en la escritura pública de constitución.

Sin embargo es preciso observar que ni aun en el caso de sociedades sometidas a la vigilancia de esta Superintendencia por la ocurrencia de alguna de las causales de ley, es dable pronunciarse en esta instancia sobre el ejercicio de las funciones administrativas de aquellas³, .

2.- Requisitos que deben satisfacer las actas de asamblea de accionistas y de junta directiva.

En primer lugar, sin perjuicio de las disposiciones especiales que en cada caso apliquen, es sabido que las sociedades por acciones simplificadas SAS, “*siempre*” tienen carácter comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social; como tal se rigen por la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, atendiendo la regla general de remisión prevista en el artículo 45 ibidem, de acuerdo con la cual: “*Remisión. En lo no previsto en la presente ley, la*

1 Artículo 97 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998.

2 Artículo 93 ibídem.

3 Numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 del 18 de mayo de 2012.

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.

De lo anterior y teniendo en cuenta que la mencionada Ley 1258 guarda silencio en lo atinente a las actas⁴ y al libro de actas, hay que acudir las disposiciones previstas para las sociedad anónima y las generales del Código de Comercio, distinguiendo entre las actas de asamblea y las de junta directiva; en tal virtud, conforme al mandato imperativo del artículo 195 ibídem en concordancia con el

artículo 431 de la misma codificación “La sociedad llevará un libro, debidamente registrado, en el que se anotarán por orden cronológico las actas de las reuniones de la asamblea o de la junta de socios. Estas serán firmadas por el presidente o quien haga sus veces y el secretario de la asamblea o de la junta de socios”

(i) Sobre las actas de la asamblea de accionistas, el mencionado artículo 431 del Código de Comercio, indicó que lo ocurrido en las reuniones se hará constar en actas, suscritas por el presidente de la asamblea y el secretario o, en su defecto, por el revisor fiscal, las cuales *“se encabezarán con su número y expresarán cuando menos: lugar, fecha y hora de la reunión; el número de acciones suscritas; la forma y antelación de la convocación; la lista de los asistentes con indicación del número de acciones propias o ajenas que representen; los asuntos tratados; las decisiones adoptadas y el número de votos emitidos en favor, en contra, o en blanco; las constancias escritas presentadas por los asistentes durante la reunión; las designaciones efectuadas, y la fecha y hora de su clausura”*.

Así mismo, entre las reglas generales, el artículo 189 del Código citado indicó frente al máximo órgano social, que *“Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada*

4 Por acta se entiende una relación escrita de lo sucedido, tratado, acordado en la reunión, y tiene como finalidad servir como medio de prueba de las decisiones que se adopten en la asamblea o junta respectiva.

caso. La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas”.

En similar sentido, el artículo 21 de la Ley 222 de 1995, al referirse a la reunión no presencial de la asamblea o junta de socios por comunicación simultánea o sucesiva, establece que las actas respectivas deben *“elaborarse y asentarse en el libro respectivo dentro de los treinta días siguientes a aquel en que concluyó el acuerdo”*, y sancionó con ineficacia las decisiones adoptadas mediante tal procedimiento *“cuando alguno de los socios o miembros no participe en la comunicación”* y también cuando se hicieren por consentimiento escrito en documentos separados, pero alguno de los miembros de la asamblea o junta *“no exprese el sentido de su voto o se exceda del término de un mes”*.

Sobre el particular, la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia, adoptada mediante la Circular Externa No. 100-000001 del 21 de marzo de 2017, relaciona las reglas para la elaboración de las actas, así:

“i. Serán numeradas cronológicamente y en forma continua, de modo que el número de la primera reunión del año lleve el número siguiente a la de la última reunión del año anterior.

“ii. Las actas deben incluir al menos, la siguiente información:

“1. Número consecutivo del acta.

“2.- Ciudad donde se efectúa la reunión.

“3.- Fecha de la reunión.

“4.- Hora.

“5.- Fecha en que se convocó, salvo que se trate de una reunión universal.

“6.- Indicación de quien hizo la convocatoria y la calidad en que la efectuó.

“7.- Medio utilizado para convocar la reunión.

“8.- Lugar donde se llevó a cabo la reunión.

“9.- Nombre de la sociedad.

“10.- Lista de asociados que asistieron o que se hicieron representar, con indicación del número de cuotas o acciones de cada uno de ellos. Si concurren a través de apoderado, se expresará el nombre del anterior, y si el asociado es una persona jurídica o un incapaz, se indicará en que calidad actúa su representante.

“11.- Los asuntos tratados.

“12.- Las decisiones adoptadas.

“13.- El número de votos emitidos a favor, en contra o en blanco.

“14.- Las constancias escritas presentadas por los asistentes durante la reunión.

“15.- Las designaciones efectuadas.

“16.- La fecha y hora de su clausura.

“17.- La indicación de las personas que actúen o se designen como presidente y secretario y, en su caso (sic) y el número de votos con que fueron elegidos.

“18.- De cada decisión se indicará el número de votos con que fue aprobada o negada.

“iii. Al finalizar la sesión, es conveniente hacer un receso para elaborar el acta de esta con el fin de someterla a aprobación antes de que la reunión concluya, caso en el cual deberá indicarse el número de votos con que esta sea aprobada. Si tal procedimiento no es factible, la propia asamblea o junta de socios puede nombrar una comisión de dos o más personas para que la apruebe.

“iv. El original del acta debe firmarse por quienes actuaron como presidente y secretario de la reunión o, en su defecto, por el revisor fiscal, así como por las personas comisionadas para aprobar el acta., en caso de haber sido nombrada una comisión para tal efecto.

“v. Los balances de fin de ejercicio y sus anexos, así como los informes del representante legal, de la junta directiva y del revisor fiscal, deben incluirse en el cuerpo del acta o como anexos a ella, en la forma como hayan sido presentados a los asociados durante la reunión.

“vi. En las sociedades con accionista único las determinaciones que le correspondan a la asamblea serán adoptadas por aquel. En estos casos, el accionista dejará constancia de tales determinaciones en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad conforme lo establece el parágrafo del artículo 22 de la Ley 1258 de 2008.

“vii. Cuando inadvertidamente en las actas se omitan datos exigidos por la ley o el contrato, quienes hubieren actuado como presidente y secretario pueden asentar actas adicionales para suplir tales omisiones. Cuando se trate de hacer constar decisiones de los órganos, el acta adicional debe ser aprobada por el respectivo órgano o por las personas que este hubiere designado para el efecto.

“Los simples errores de transcripción se deben salvar mediante una anotación a pie de la página respectiva o por cualquier otro mecanismo de reconocido valor técnico que permita evidenciar su corrección.

“La anulación de folios se debe efectuar señalando sobre los mismos, la fecha y la causa de la anulación, suscrita por el responsable de la anotación, con indicación de su nombre completo (artículo 132 del Decreto 2649 de 1993).

“viii. En los casos de reuniones no presenciales y del mecanismo contemplado en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, las actas correspondientes deberán elaborarse y asentarse en el libre respectivo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que concluyó el acuerdo”.

(ii) En cuanto a las actas de junta directiva, esta Entidad ha reiterado que aun cuando no existen reglas expresas sobre elaboración y requisitos, es evidente que debe haber constancia de lo acontecido en las sesiones de aquella, especialmente para efectos probatorios, y además el legislador estableció que *“los entes económicos pueden asentar en un solo libro las actas de todos sus órganos colegiados de dirección, administración y control. En tal caso debe distinguirse cada acta con el nombre del órgano y una numeración sucesiva y continua para cada uno de ellos”*⁵.

En ese sentido se pronunció esta Oficina en el Concepto No. 220-87597 del 22 de septiembre de 1997, que en lo pertinente expresa:

“(…)

“4.- En lo que concierne a las actas que se levantan con ocasión de una reunión de la junta directiva, es preciso tener en cuenta que si bien es cierto la legislación mercantil no contempló nada relacionado con su elaboración y requisitos, no menos es que la construcción de ellas es obligatoria y éstas deben ser el fiel reflejo de lo acontecido en el transcurso de la sesión respectiva. La obligatoriedad de su existencia tiene su fundamento legal en el numeral 7 del artículo 28 del Código de Comercio, al consagrarse que ‘Deberán inscribirse en el registro mercantil...7) Los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas y junta de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles. (Modificado Art. 175 Decreto ley 0019 del 10 de enero de 2012)

“5.- Cosa diferente es lo concerniente con la aprobación de las actas de Junta Directiva. Sobre este aspecto, esta Superintendencia ha conceptuado que ‘se trata de un requisito procedimental ordenado expresamente para las de asambleas o juntas de socios (artículo 189 del C. de Co.) mas no para las de junta directiva en todos los casos. En efecto, rigurosamente solo se encuentra consagrada esa exigencia para los eventos de inscripción en el registro mercantil de las designaciones de representantes legales en el artículo 441 del Código de Comercio en donde se lee: En el Registro Mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante copia de la parte pertinente del acta de

⁵ Artículo 131 del Decreto 2649 de 1993

la junta directiva o de la asamblea, en su caso, una vez aprobada y firmada por el presidente y el secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal’ (las subrayas son nuestras). La apreciación anterior permite afirmar que no es aplicable la analogía consagrada en el artículo 1 del Código de Comercio frente a la aprobación de las

actas de junta directiva (Doctrinas y Conceptos Jurídicos – 1997– Superintendencia de Sociedades, página 78).

“6.- En cuanto hace a la elaboración de las actas, tenemos cómo la legislación mercantil se refiere sólo a las que se levantan con ocasión de las reuniones que adelante la asamblea general de accionistas o la junta de socios. Es así como el artículo 431 ibídem, en concordancia con el artículo 189, fija la información que es indispensable que ellas contengan, existiendo una completa libertad en cuanto a la forma de su elaboración.

(...)

“Analizadas las diferentes disposiciones que sobre las actas contempla el Código de Comercio, vemos como no se encuentra ninguna que haga relación con la elaboración de las actas de junta directiva, ni se especifica que datos deben contener, pero no hay duda alguna que para la construcción de las mismas se aplica respecto de ellas lo dispuesto en el artículo 431 ibídem.

“Ahora bien, en lo que concierne con la forma o el detalle como deben quedar plasmados los hechos ocurridos en el documento respectivo, esta Superintendencia ha considerado que si bien el artículo 431 ‘no ordena en forma expresa incluir en las actas las deliberaciones de los diferentes puntos del orden del día, si exige dejar constancias en ellas de lo ocurrido en las reuniones. De acuerdo con esto, no bastaría la simple mención de la aprobación o rechazo del punto en consideración’.

“(...)’

El nivel de detalle de las deliberaciones, salvo la existencia de disposición estatutaria o del reglamento del órgano social de que se trate, estará dado por la prudencia y la finalidad misma del acta, la cual no es otra que dejar la constancia histórica de todo lo tratado en la respectiva reunión, con la claridad y precisión suficientes, de suerte que en un futuro, próximo o remoto, dicho documento resulte idóneo y bastante para despejar eventuales dudas o encontrar los rastros que antecedieron a una determinada decisión’

“Estos criterios también son útiles en punto de determinar si se hace transcripción literal o sólo una síntesis de los principales comentarios o argumentos de los asistentes (Oficio 220-39035 del 6 de mayo de 1999).

“(...)”.

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 Cartilla sobre SAS y la Circular Básica Jurídica, entre otros.