

Oficio 220-086168 Del 07 de Agosto de 2011

ASUNTO. Mayoría para decidir la disolución por pérdidas- Ley 1429 de 2011.

Me refiero a su solicitud radicada con el número 2011-01-225494, mediante la cual solicita que se aclare el procedimiento para la declaración de disolución de una sociedad anónima, la cual se encuentra incurrida en las causales contempladas en el artículo 218 numeral 2° y 457 numeral 2° del Código de Comercio, sumado al hecho que el proceso de disolución y liquidación se haría de manera voluntaria, ya que la sociedad no cumple con los presupuestos establecidos en la ley 1116 de 2006 y la Superintendencia de sociedades solo ejerce sobre ella el nivel de inspección.

Lo anterior, en consideración a que se han presentado inconvenientes para declarar la disolución por cuanto, esta sociedad posee aproximadamente 1.000 accionistas a nivel nacional y ha sido imposible reunirlos, llegando solo a un porcentaje de asistencia que no alcanza el 10% de la totalidad de las acciones suscritas. Sumado al hecho de que existe la restricción en los estatutos para tomar dicha decisión, ya que los mismos establecen lo siguiente:

Artículo 46. En las elecciones y votaciones que corresponde hacer a la Asamblea General de Accionistas, se observarán las siguientes reglas ()

5. Requierase el voto de una mayoría que presente no menos de las tres cuartas partes de las acciones suscritas para el ejercicio de las siguientes facultades de la Asamblea General de Accionistas. Decidir sobre **la disolución de la sociedad**. Decidir sobre el traspaso, la enajenación o el arrendamiento de la empresa o de la totalidad de los haberes de esta, Decidir sobre el cambio de domicilio social (subrayado mio)

Por otro lado, también se debe tener en cuenta que esta sociedad no contempló en los estatutos la posibilidad de la segunda convocatoria que se encuentra en el artículo 429 del Código de comercio, ya que en ellos se estableció un quórum deliberativo y decisorio de la siguiente forma:

Artículo 38. Las reuniones de la Asamblea se efectuarán en el domicilio social. Sin embargo, podrá reunirse válidamente en la fecha, hora y sitio previamente fijados en la convocatoria.

Habrà quórum para deliberar tanto en las sesiones ordinarias como en las extraordinarias con un número plural de accionistas que represente por lo menos el cincuenta y uno (51%) de las acciones suscritas.

()

Artículo 40. Si se convoca la Asamblea General de accionistas ordinaria o extraordinaria y la reunión no se efectúa por falta de quórum, se espera una (1) hora y la reunión sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada

Haciéndose una lectura sistemática de las estipulaciones antes mencionadas, en concordancia con el art.68 de la Ley 222 de 1995, que establece:

La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos la mitad más una de las acciones suscritas, **salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior.** (subrayado mío).

Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 420 numeral 5° y 455 del Código de comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente a mayorías superiores a las indicadas (subrayado mío), se debe tomar la decisión de la disolución con base en las mayorías establecidas en el numeral 5 del Artículo 46 de los Estatutos, por haber dejado la ley comercial en libertad para que se pactaran unas mayorías diferentes dentro de la sociedad anónima.

En el caso en concreto nos damos cuenta que la sociedad acogiéndose a el inciso primero de este artículo, estableció una mayoría deliberatoria flexible que permite la realización de la reunión con cualquiera que sea el número de acciones suscritas presentes en la misma, reiterándose que dicho articulado de esa manera impide que exista una segunda convocatoria. Pero situación diferente sucedió con el quórum especial de disolución en donde se estableció un porcentaje del 75% de las acciones suscritas, existiendo de esa manera contradicciones entre una y otra estipulación.

Pero ante este análisis se encuentra la imposibilidad de reunir el quórum especial que fue establecido en los estatutos para la disolución, por los hechos expuestos en el comienzo de este escrito, razón por la cual, deseo que se me indique si puedo dejar de lado estas estipulaciones y acogerme a la normatividad comercial, o si se puede decidir con base en las estipulaciones de quórum general que se manejaron en los art. 38 y 40 de los estatutos para de esta manera dar fin a una sociedad que desde hace un tiempo se volvió inviable.

Al respecto sea lo primero advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 25 del C.C.A. profiere los conceptos de carácter general y en abstracto a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, mas no le es dable mediante esta instancia emitir pronunciamientos de ninguna índole sobre situaciones particulares y concretas; tampoco está dentro de sus funciones la de asesorar a las sociedades comerciales en decisiones que corresponda adoptar a sus órganos sociales.

No obstante lo expresado, es preciso observar que la regla aplicable para la declaratoria de la causal de disolución por pérdidas contenida en el numeral 2º del artículo 218 del Código de Comercio, que opera para cualquier tipo de sociedad y la prevista en el numeral 2º del artículo 457 ibídem, para las sociedades anónimas, es la contenida en el artículo 220 del Código de comercio, norma que dispone lo siguiente: Cuando la disolución provenga de casuales distintas de las indicadas en el artículo anterior, **los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la casual respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del contrato social.** (**la negrilla no mes del texto**).

En punto a este aspecto, es del caso manifestar que la naturaleza jurídica de la declaratoria de disolución por ocurrencia de la causal de pérdidas, no corresponde a una reforma estatutaria, conclusión que tiene sustento en el hecho que ésta declaratoria corresponde al cumplimiento o desarrollo del contrato y no a una reforma del mismo, tal y como quedó consignado por la Comisión Redactora del Código de Comercio de 1958, cuando expresó lo siguiente: La reforma tiene por objeto alterar las reglas pactadas por los socios para regular las relaciones a que da origen el contrato, sea entre ellos, sea entre la sociedad y los terceros; cualquier acto con el cual se desarrollen o cumplan esas reglas carece del sentido de una reforma, y no está sujeto, consiguientemente, a las normas que rigen para ésta. (1) como se ve, en el evento cuestionado no se alteran las reglas sino, más bien, se cumplen.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que la mayoría para adoptar la decisión de disolver la sociedad, es la ordinaria prevista en los estatutos siempre que se configure el quórum mínimo requerido en los estatutos sociales, en los términos del artículo 186 y 190 del Código de Comercio. Desde luego, lo anterior sin perjuicio de lo que en tal sentido hayan pactado en los estatutos, como es el caso de la compañía de su interés, la cual expresamente señaló una mayoría calificada para la disolución.

A su vez, es preciso tener en cuenta que los presupuestos para la celebración de una reunión de segunda convocatoria, son los establecidos en el artículo 429 del Código de Comercio, modificado por el artículo 69 de la Ley 222 de 1995, norma legal de carácter imperativo que desde luego no es susceptible de modificarse por la vía del contrato social. En consecuencia, jurídicamente no es viable pactar la existencia de una reunión de segunda convocatoria en términos diferentes a los planteados, así como tampoco afirmar que no opera en la medida en que no está consagrada en los estatutos.

Efectuadas las precisiones que anteceden es del caso observar que por virtud del artículo 24 de la Ley 1429 de 2010, se modificó el procedimiento de la declaratoria de la disolución de una sociedad cuando las pérdidas reducen su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, aspecto respecto del cual se pronunció esta Superintendencia en el Oficio 220-034887 del 25 de febrero de 2011, en el que para responder una consulta relacionada con las medidas que la ley admite para restablecer el patrimonio en orden a subsanar la causal de disolución por pérdidas que el numeral 2º, artículo 457 ibídem establece para las sociedades anónimas y las implicaciones que frente al mismo tendría el inciso segundo del artículo 24 de la ley 1429, expresó lo siguiente:

ARTÍCULO 24. DETERMINACIÓN DE LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE UNA SOCIEDAD.

Cuando la disolución requiera de declaración por parte de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios, los asociados, por la mayoría establecida en los estatutos o en la ley, deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la casual respectiva e inscribirán el acta en el registro mercantil.

Los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida, siempre que el acta que contenga el acuerdo se inscriba en el registro mercantil dentro de los dieciocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal

()

Al respecto es pertinente señalar que en efecto la reciente Ley 1429 de 2010, denominada ley de formalización y generación de empleo consagró un a serie de medidas encaminadas a la simplificación de trámites comerciales, de las que se ocupa el Capítulo II, entre ellas la que previó la disposición transcrita y cuyo propósito según se desprende de su simple lectura, comprende dos aspectos que se ven materializados en la modificación de las condiciones que en materia de disolución contempla el régimen legal vigente, en particular de las reglas que al efecto determinan los artículo 220 del Código de Comercio 1 y las demás normas concordantes, como es el caso del artículo 459 ídem.

En primer lugar, para los fines a los que el inciso primero del artículo 220 se refiere, es decir para aquellos eventos en que los asociados deben declarar disuelta la sociedad por la ocurrencia de las causales que así lo imponen (artículo 218 numerales 2º, 3º, 5º y 8º) se suprime la obligación de cumplir con las formalidades prescritas para las reformas del contrato social, las que además de la decisión de los

asociados adoptada con las mayorías legales o estatutarias, suponen el otorgamiento de la escritura publica respectiva y, la consiguiente inscripción en el registro mercantil.

En su lugar, se establece ahora que la declaratoria de disolución de la sociedad en los casos a que haya lugar según las reglas previstas en los artículos 218 y siguientes del Código citado, deberá constar en acta que habrá de ser inscrita en el registro mercantil, de forma tal que en lo sucesivo no se requerirá más que la inscripción del acta en que conste la correspondiente decisión.

En segundo lugar, se amplía de seis meses a dieciocho el término legal de que disponen los asociados para tomar las medidas que permitan evitar la disolución de la sociedad cuando quiera que se trate de causales susceptibles de ser enervadas, con la condición adicional de que no será necesario observar las formalidades propias de las reformas estatutarias como se exigía anteriormente, sino que bastará como en el supuesto aludido con inscribir en el registro mercantil el acta que contenga el acuerdo respectivo, siempre que a ello hubiera lugar según la índole de la determinación que se acuerde.

En este orden de ideas y considerando que el inciso segundo del artículo 459 del Código de Comercio, se limita a repetir la regla general prevista en el artículo 220 *ibídem*, para todos los casos en los que la disolución haya de ser enervada, en el sentido de que las medidas para este fin deberán tomarse dentro los seis meses siguientes a la fecha en que se consumen las pérdidas, resulta obvio que en iguales condiciones este precepto

1 Art. 220. DECLARACIÓN DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD. Cuando la disolución provenga de causales distintas de las indicadas en el artículo anterior, los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del control social.

No obstante, los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida y observando las reglas prescritas para las reformas del contrato, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal.

También ha sido modificado por la disposición reciente, lo que implica que el término al que la norma alude es ahora de dieciocho meses, que empezarán a contarse a partir de la fecha en que el máximo órgano social se haya reunido para estudiar y conocer los estados financieros respectivos.

Lo anterior atendiendo el criterio que de tiempo atrás ha adoptado esta Entidad (Oficio 220-30791 del 18 de mayo de 1995) y que entre otros considera que no es suficiente que se verifique la ocurrencia de las pérdidas en una sociedad en la proporción que determine la ley como causal de disolución para empezar a contabilizar el plazo permitido para enervarla, sino que es necesario además que el órgano social conozca la ocurrencia de esa novedad para que tenga la posibilidad de determinar la suerte del ente jurídico□ .

En estos términos su solicitud ha sido atendida, advirtiéndose no obstante que los alcances del concepto expresado se sujetan a las reglas que el artículo 25 del C.C.A consagra.