

## **OFICIO 220-125001 DEL 29 DE JUNIO DE 2017**

### **ASUNTO: TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.**

Aviso recibo de la solicitud radicada bajo el No. 2017-01-289475 del 23 de mayo de 2017, mediante la cual se sirvió formular una consulta sobre el tema de la referencia, en los siguientes términos:

“1.- Conforme lo dispone el Código de Comercio ¿es procedente realizar una transformación societaria de una sociedad anónima a una sociedad por acciones simplificadas, con la aprobación del 98.14% de las acciones que asistan a la reunión de Asamblea de Accionistas y aprueben dicha reforma? o ¿es necesario contar con la asistencia y aprobación del 100% de las acciones para adelantar dicho proceso de transformación?

“2.- En caso de ser obligatoria la asistencia del 100% de los accionistas a la Asamblea en la cual se va a aprobar el proceso de transformación societaria de una sociedad anónima a una sociedad por acciones simplificadas ¿Cuál es el procedimiento a adelantar el relación con el socio ausente al cual se le ha notificado de la celebración de dicha reunión y no ha comparecido, máxime cuando su porcentaje de participación es del 1,86%?”.

Al respecto se debe señalar que el tema de la transformación de los tipos societarios convencionales al modelo de las SAS creadas por la Ley 1258, ha sido ampliamente tratado por este Despacho, como se aprecia en la diversidad de conceptos emitidos que pueden consultarse en la P. Web, entre ellos los oficios 220-059279, 220-049533, 220-178517 y 220-038130 de 2009; 220-000680 y 220-017200 de 2010 , 220-00036 de 2011 y 220-249498 del 20 de diciembre de 2016, los cuales coinciden en concluir grosso modo que “En punto de las formalidades y requisitos necesarios para la transformación (...) es de anotar que con excepción de las particularidades indicadas para tal fin en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, relativas al documento de transformación y al quórum decisorio, se aplicarán las disposiciones de Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995”

Es así que para los fines de su inquietud basta traer los apartes pertinentes del último de los conceptos citados, el cual que recoge las consideraciones más importantes a tener en cuenta.

#### **“REQUISITOS PARA LA TRANSFORMACIÓN A SAS**

El artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 al referirse a la TRANSFORMACIÓN, señaló:

“Cualquier sociedad podrán transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

PARÁGRAFO. El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa.”

Nótese como dicha disposición legal, establece como requisito para llevar a cabo la mencionada transformación, el requisito de unanimidad.

Así, el Dr. Francisco Reyes Villamizar (hoy Superintendente de Sociedades) en su obra “SAS Sociedad por Acciones Simplificada), al referirse a este tema, indicó:

“Muy relevante es lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, según el cual la determinación de la sociedad que pretenda transformarse en SAS deberá ser adoptada mediante la determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas: La misma norma aclara que la operación contraria, es decir, la transformación de una sociedad por acciones simplificada en una compañía de cualquiera otro de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, requerirá también decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

“La exigencia de unanimidad para la transformación en SAS fue tomada directamente de la legislación francesa. La mayor exposición de riesgo al que podrían quedar sujetos los asociados que no han tenido la oportunidad de estipular las cláusulas que han de regir las relaciones intrasocietarias en esta forma asociativa, justifican un derecho de veto a favor de todos los asociados de compañías de otro tipo que pretendan migrar hacia la SAS. No en vano afirman Ripert y Roblot que ‘las particularidades de la sociedad por acciones simplificadas han llevado al legislador a supeditar la transformación de cualquier sociedad en SAS a la adopción de una determinación unánime de los asociados.

“Con el propósito de evitar la burla del requisito de unanimidad previsto en el artículo 31 que acaba de explicarse, el párrafo de la misma norma establece que el requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa. Nuevamente, el objetivo en esta materia es el de proteger el carácter fundamentalmente contractual de la SAS e impedir a todo trance que individuos que no hayan dado su consentimiento expreso puedan ser forzados a participar en una sociedad de este tipo (...).”

(...)

### **“EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN SOCIEDADES ANONIMAS.**

“Revisadas las disposiciones establecidas en el Estatuto Mercantil, se advierte que no existe consagración alguna que permita la exclusión del accionista, cuando quiera que este no aparezca a ejercer sus derechos como tal, vr.gr, asistir a reuniones del máximo órgano social, votar las decisiones, recibir los dividendos anuales, entre otros.

“Así, mediante Oficio 220-070317 de abril 29 de 2009, esta entidad se pronunció sobre la improcedencia de la exclusión, como se observa en algunos apartes del citado escrito:

“(...)

“Ahora, tratándose de sociedades anónimas, igual se ha manifestado esta Superintendencia, entre ellas mediante el oficio 100-20613 del 23 de mayo de 2001, publicado en el Libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos en el año 2004, página 541, cuya partes pertinentes me permito transcribir:

“(...) Así las cosas, ante la ausencia de una previsión expresa, como ocurre en caso de la sociedad colectiva, o de una remisión al régimen de ésta, como sucede con respecto a los gestores de la sociedad en comandita, es necesario examinar si en la forma social anónima, tal y como ocurre a propósito de las sociedades de responsabilidad limitada, a la ausencia de prohibición legal se suma la compatibilidad de la cláusula de exclusión con el régimen legal del tipo.

“Dicho examen, en opinión del Despacho, conduce a la conclusión de que la exclusión es incompatible con el tipo de sociedad anónima, razón por la cual no es dable su estipulación.

“Expuesto lo anterior, y en consideración a que el peticionario indaga sobre la posibilidad de establecer como sanción disciplinaria, entre otras, la exclusión de un accionista en una sociedad anónima, reitera el Despacho que no es dable pactarla como castigo en este tipo societario; sin embargo, ello no obsta para que estatutariamente, y en aras de evitar ciertas conductas en contra de la sociedad, se pacten sanciones que no comprometan los derechos de los accionistas, Vr. Gr. multas, lo cual no obsta para que paralelamente el interesado que vea amenazados sus derechos inicie las acciones a que haya lugar ante un juez de la república, quien mediante sentencia determinará si los accionistas demandados incurrir o no en las conductas calificadas como competencia desleal, teniendo en cuenta desde luego la evidencias y pruebas presentadas al proceso, y dentro el cual el implicado haya tenido la oportunidad de defenderse, conjugándose así la seguridad y la justicia, pues toda persona que participe en un proceso tiene derecho a una solución justa (...).

“En consecuencia, tenemos que no existe libertad contractual para pactar las causales de exclusión de los asociados, por lo tanto, no es dable establecer estatutariamente los presupuestos, causas o hechos de este tipo que no consagra taxativamente la ley, por ende, teniendo en cuenta que la ley no contempla para las sociedades la figura jurídica de la exclusión de los accionistas la situación que usted anota en este punto, considera esta oficina que no hay lugar para con base en ella ni en ninguna otra excluir a un accionistas (...).

“De otra parte, mediante oficio 220-203386 del 1 de noviembre de 2016, esta entidad señaló:

“(...) En efecto, el Oficio 220-28546 del 30 de julio de 2001, sostiene que ‘(...) el no ejercicio de los derechos que la calidad de accionistas le confiere a su titular y siendo las acciones derechos patrimoniales conlleva de manera inexorable a que los mismos se extingan por el transcurso del tiempo, es decir opera respecto de las mismas la figura de la prescripción, haciendo la salvedad que si bien es cierto la normatividad vigente no ha consagrado, salvo excepciones, de manera expresa la prescripción de las acciones, es claro que es viable en ese evento la aplicación de las disposiciones generales que sobre prescripción extintiva de las acciones judiciales consagra la ley’ (en tal caso) ‘le corresponde a los administradores de la compañía, previa consulta con el máximo órgano social de la misma, recurrir a la jurisdicción ordinaria, para que se pronuncie sobre la ocurrencia o no de la prescripción’.

“En cuanto a los dividendos no reclamados, hay que advertir que estos hacen parte del pasivo externo de la sociedad, pero transcurridos 10 años desde que se decretaron, bien podría la sociedad acudir a la justicia ordinaria, en aras a iniciar

ante el juez civil un proceso judicial encaminado a declarar la prescripción extintiva en contra del accionista (acreedor) y a favor de la sociedad (deudor).

### **“DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS ACCIONISTAS**

“El artículo 184 del Código de Comercio, señala que: ‘Todos los socios podrán hacerse representar en las reuniones de la junta de socios o asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos (...)’.

“Es así como, el presupuesto general es que cada accionista personalmente ejerza sus derechos como tal, salvo que a la luz de lo dispuesto en dicha disposición legal, el accionista otorgue poder para que lo represente, no siendo viable acudir a otra figura jurídica para dicho efecto, como sería el caso de un curador ad litem, toda vez que éste, es una figura procesal, diseñada para que una persona, designada por el juez, asuma la defensa de la parte que por alguna circunstancia no puede concurrir a un proceso o cuando esta sea un incapaz y por dicha circunstancia no pueda asumir su defensa.

“Es de advertir que la única excepción establecida por la Ley Mercantil para que el accionista sea representado por una persona distinta a su apoderado, es el caso del fallecimiento del socio o accionista, evento en el cual en virtud del artículo 378 ibídem corresponderá la representación de aquél, al representante designado por los herederos reconocidos en la sucesión o por el albacea elegido por el juez”.

Conforme a lo anterior, es palmaria la imposibilidad de forzar la transformación de una sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, ante la ausencia o disidencia de los socios minoritarios, pues independientemente del porcentaje que represente su participación en el capital social, éstos no pueden ser obligados a hacer parte de un tipo societario no consentido y tampoco hay lugar al derecho de retiro<sup>1</sup>.

Lo procedente entonces es propiciar el acercamiento del socio ausente o agotar los mecanismos de negociación directa o conciliación de las eventuales diferencias con el mismo.

---

<sup>1</sup> En el Oficio 220-059279 del 2 de abril de 2009 se precisó: “Ahora bien, la decisión de transformación conforme lo señala el artículo 31 de la tantas veces citada Ley 1258, debe adoptarse por unanimidad de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. Esta circunstancia imposibilita la aplicación de las normas sobre derecho de retiro consagradas en la Ley 222 de 1995, si consideramos que uno de los presupuestos para ejercer el comentado derecho es que el mismo lo adelanten los socios ausentes o disidentes, según lo reglado en el artículo 12 de la citada ley. En efecto, si el requisito en cuanto al quórum decisorio para adoptar la transformación de sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, es

que dicha reforma sea aprobada por unanimidad de los accionistas que conforman el cien por ciento del capital suscrito, no hay lugar de manera alguna a que existan socios ausentes o disidentes, lo cual excluye la operancia del llamado derecho de retiro, y de allí que tal como arriba se manifestó, en la convocatoria a la asamblea de accionistas no se tenga que incluir el punto relativo al referido derecho”.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los alcances previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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