

OFICIO OFICIO 220-068375 DE 26 DE MARZO DE 2024

ASUNTO: S.A.S. - SITUACIÓN DE CONTROL - ACUERDO ENTRE ACCIONISTAS

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad como se menciona en la referencia mediante el cual formula una consulta en los siguientes términos:

"En caso de existir un acuerdo de accionistas por medio del cual un accionista tiene la facultad de nombrar a la mayoría, o a la totalidad, de los miembros de la Junta Directiva de la sociedad, ¿dicha circunstancia se circunscribe dentro del literal b del artículo 261 del Código de Comercio, como una causal de subordinación?"

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020, modificado por el Decreto 1380 de 2021.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

Con el alcance indicado, esta Oficina procede a resolver sus inquietudes, previas las siguientes consideraciones, y sin perder de vista que al tratarse de una sociedad por acciones simplificada – S.A.S., la organización de dicho cuerpo colegiado se definirá en los estatutos, en atención a las disposiciones de la Ley 1258 de 2008. Lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos de accionistas que pueden suscribir los accionistas de este tipo de sociedades, en virtud de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008.

Así las cosas, considerando que lo que se indaga por la usuaria está relacionado con una sociedad por acciones simplificada, se procede a iniciar mencionado lo establecido en la Ley 1258 de 2008¹, en relación con los acuerdos entre accionistas, así:

"Artículo 24. Acuerdos de accionistas. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1258 de 2008. Diario Oficial No. 47194 de 5 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1676307>

(10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud. (...)” (Subraya fuera de texto)

Como complemento de lo anterior, vale la pena transcribir algunos apartes del Oficio 220-149844², proferido por esta Oficina y que aborda el tema en los siguientes términos:

“(…) A diferencia de los demás tipos, en una SAS, los acuerdos entre accionistas pueden versar sobre cualquier asunto siempre que sea lícito, que como fue explicado, conlleva a que los asociados realicen convenios, que se van desarrollando de manera paralela con los estatutos sociales, aunque sin ir en contravía con los mismos.

En cuanto hace a los alcances de dichos acuerdos, esta Superintendencia mediante el Oficio 220-120050 del 30 de septiembre de 2009, precisó:

“(…)”

“Basta remitirse al contenido del artículo 24 de la Ley 1258 para establecer cuáles son los asuntos susceptibles de estipularse en un acuerdo de accionista y cuales eventualmente no lo serían. Consecuente con el criterio de autonomía de la voluntad privada que prima en este nuevo tipo societario al dejar a la libre determinación de los asociados la adopción de la mayor parte de las reglas que habrán de regir la sociedad y las relaciones de los accionistas con ella, el acuerdo entre accionistas puede versar sobre diversidad de asuntos, con la limitación única de tratarse de asuntos lícitos.

Por ello, acuerdos para definir conductas de los accionistas en las reuniones de la asamblea, o para establecer cualquier tipo de reglas en materia de administración, o para el ejercicio de derechos relacionados con la sociedad o en fin para cualquier otro asunto, como los que de manera enunciativa relaciona la propia ley, son temas de los que pueden entre otros ocuparse los referidos acuerdos a la luz de la ley (...)” (Subraya fuera de texto)

Así las cosas, los acuerdos de accionistas en las sociedades del tipo de las SAS podrán versar sobre cualquier asunto lícito y su utilidad estriba en poder conformar alianzas que funcionen paralelamente a los estatutos, sin contrariarlos; ahora bien, si un acuerdo llegara a celebrarse por todos los accionistas, pues lo viable resultaría en este evento que traduzca en una

² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-149844 (10 de noviembre de 2015) Asunto: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA: PARTICIPACIÓN DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA - ACUERDO ENTRE ACCIONISTAS. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/a3QVOocBwA8RhfY3yqPI>

modificación a los estatutos de la compañía, como quiera que al suscribirse en esas circunstancias, se convierte en una norma a la que todos ellos deben someterse. (...) Por lo demás, no sobra señalar que, en todo caso, como los acuerdos de accionistas deben consistir en un asunto lícito y, a su vez, que los estatutos sociales tampoco pueden contrariar la ley, siempre que los primeros no estén en contravía de una norma de derecho imperativa, es factible convenir que tales acuerdos se traduzcan en un pacto estatutario cuando quiera que estén suscritos por todos los accionistas de la compañía.”³

Por otro lado, es del caso también presentar lo dispuesto en el Código de Comercio⁴, en relación con situaciones de control en las sociedades mercantiles:

"Artículo 260. SUBORDINACIÓN. *Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.*

Artículo 261. PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN. *Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:*

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-071420 (2 de junio de 2015) Asunto: ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS FRENTE A LOS ESTATUTOS SOCIALES. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/DIEHSocB4r6qVUO6-Sjv>

⁴ COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL. Decreto 410 (27 de marzo de 1971). Diario Oficial No. 33339 del 16 de junio de 1971. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1833376>

Parágrafo 2°. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.” (Subraya fuera de texto)

En este punto es preciso aclarar que “las presunciones de subordinación no tienen carácter taxativo, es decir, pueden existir otras formas de control de acuerdo al concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la “realidad” del control, de tal manera que este puede presentarse aun cuando se encuentre atomizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio.”⁵ (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, en relación con la redacción del actual artículo 260 del Código de Comercio, es decir con posterioridad a la expedición de la Ley 222 de 1995, “en comparación con la versión original de la norma, uno de los cambios evidentes fue que se introdujo una definición del control societario, que se entiende como el sometimiento del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas, naturales o jurídicas. De acuerdo con esta nueva versión, el control en esencia está dado por la influencia que se tiene en la toma de decisiones de una sociedad.”⁶

Todo lo anterior permite concluir que en caso de existir un acuerdo de accionistas, que como tal se irá desarrollando paralelamente a los estatutos sociales, por medio del cual los accionistas han determinado libremente que uno de estos tenga la facultad de nombrar a la mayoría o a la totalidad de los miembros de la Junta Directiva de la sociedad ejerciendo una influencia dominante en la toma de decisiones de la sociedad, podría configurarse una situación de control en cabeza del accionista a quien se atribuye tal poder.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del C.P.A.C.A. y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia a través del aplicativo Tesauro.

⁵COLOMBIA. GAITÁN ROZO, Andrés y SALAZAR, Beatriz Amparo. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas. Pg. 12. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229078/Guia-Practica-Regimen-Matrices-y-Subordinadas.pdf/6c4a9d36-224c-e72e-8bb5-eec20d380f4a?t=1654295200749>

⁶ COLOMBIA. MANTILLA GÓMEZ, Carlos Gerardo. ¿LAS PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN DEL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE COMERCIO TIENEN CARÁCTER TAXATIVO? SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Conglomerados en Colombia Actualidad y Perspectivas. Pg. 24. 1ª edición, julio de 2022. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/533587/Libro-Conglomerados-en-Colombia.pdf>