OFICIO 220-079736 DEL 21 DE MAYO DE 2018

ASUNTO: ENAJENACIÓN DE ACCIONES DEL ACCIONISTA MOROSO EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

Aviso recibo de la consulta sobre la enajenación de acciones del accionista moroso en la sociedad por acciones simplificada, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-142623 del 10 de abril de 2018, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta, en los términos que se describen a continuación:

"En virtud del artículo 397 del Código de Comercio ¿es obligatoria la venta de las acciones del socio moroso de una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) por medio de comisionista cuando existe derecho de preferencia sobre las mismas y la compañía y/o los demás accionistas quieren comprar dichos títulos?"

En primer lugar, es de precisar que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, de naturaleza siempre comercial[1] y se rige, en su orden, por la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, los estatutos sociales, las normas que rigen 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"[2].

Además, es de anotar que una sociedad de este tipo puede crearse mediante contrato o acto unilateral que "conste en documento privado" inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio, con indicación del "capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones

---

1 Artículo 3 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008.

2 Artículo 45 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008.

representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse"[3], y "La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años. En los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de establecerse estas reglas de capital variable, los estatutos podrán contener disposiciones que regulen los efectos derivados del incumplimiento de dichos límites"[4].

También es de resaltar que el Código de Comercio prevé que cuando un accionista de una sociedad anónima esté en mora de pagar las cuotas de las acciones suscritas "no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas", y la sociedad podrá acudir, "al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las

acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios que se presumirán causados. Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato”5.

Conforme a tales disposiciones, ante el no pago total o parcial del capital suscrito por parte de uno de los socios, la sociedad puede optar entre (i) adelantar el cobro judicial, (ii) imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que corresponda a las cuotas pagadas o (iii) efectuar la venta de las acciones “a través de un comisionista", mecanismos estos que difieren sustancialmente de la cesión de acciones pretendida por los socios.

Ahora bien, dado que esta enajenación de las acciones del socio moroso es realizada por la sociedad, en ejercicio de una atribución excepcional conferida por el artículo 397 del Código de Comercio y como herramienta para el pago forzoso del capital suscrito, no se aplica a la misma el derecho de preferencia ni es posible a los órganos de administración disponer el adelantamiento de un trámite distinto al de la venta “a través de un comisionista” previsto expresamente.

Sobre este asunto, en el Oficio 220-202141 del 15 de septiembre de 2017, se precisó:

---

3 Artículo 5 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008.

4 Artículo 9 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008.

5 Artículo 397.

“Desde esa premisa procede traer a colación los apartes pertinentes del Oficio 220-053164 del 23 de mayo de 2013, el cual expone los argumentos sobre los cuales se ha trazado la línea de interpretación en torno al plazo que el artículo 9 de la Ley 1258 de 2008, otorga para el pago de las acciones en las SAS, y los efectos jurídicos que se desprenden de su incumplimiento, así: (…)

‘ii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende, de una parte, que la misma consagra unas reglas especiales para la suscripción y pago del capital social en una sociedad por acciones simplificada SAS, distintas de las consagradas en el Código de Comercio para la sociedades anónimas, cuyo plazo para el pago de las acciones suscritas no podrá exceder de dos años; y de otra, que en los estatutos podrán establecerse reglas de capital variable y los efectos del incumplimiento de los límites allí establecidos.

iii) Sin embargo, la mencionada disposición legal no consagra expresamente que implicaciones legales tiene el hecho de no pagar el cien por ciento del capital suscrito dentro de los dos (2) años consagrados en los estatutos para tal efecto, y ante dicho vacío debemos acudir a las normas generales que rigen a las sociedad anónimas, en lo pertinente.

iv) En efecto, el artículo 45 ibídem, prevé que 'En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedades anónimas y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a la 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'. (El llamado por fuera del texto Original).

v) En tales condiciones, si en los estatutos se guardó silencio sobre las medidas que se deben adoptar cuando un accionista se encuentra en mora de pagar el capital social, se debe acudir en lo pertinente al artículo 397 del Código de Comercio, que dispone 'Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato'. (Se subraya).

vi) Es claro que los arbitrios contemplados en el artículo 397 ibídem, tienen como fin esencial el lograr que las personas que entran a formar parte del capital de una sociedad anónima, cumplan oportunamente con la obligación contraída para con la compañía, cual es el pago oportuno de sus aportes, que conlleva a conformar el capital suscrito de la misma, el cual constituye la garantía de los acreedores.

La citada norma dispone que los asociados que no cancelen oportunamente las cuotas que conllevan al pago total del aporte al cual se comprometieron, no pueden ejercer los derechos inherentes a la calidad de accionistas y la junta directiva de la compañía (o en caso la asamblea general de accionistas o el representante legal) puede recurrir a alguno de los arbitrios señalados, a saber:

1. Acudir directamente al cobro judicial.

2. Vender de cuenta y riesgo del accionista moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito inicialmente.

3. Imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

En el evento que la junta directiva decida adoptar el segundo arbitrio anotado, esto es, cuando decide vender por cuenta y riesgo del accionista moroso (previamente constituido en mora) y por conducto de un comisionista (conducto previsto por la misma ley), las acciones que el asociado no haya cancelado debidamente dentro de los plazos acordados, los dineros que se reciban de dicha operación entran a formar parte de la cuenta de capital y sustituyen los que no entregó el accionista moroso en su debida oportunidad.

Debe tenerse en cuenta que, como dicha venta conlleva necesariamente a que se generen unas comisiones por la realización de la operación, es claro que de los dineros aportados por el accionista moroso a la compañía, se debe descontar el monto de las mismas, así como todos los gastos adicionales que dicha operación implique y el remanente, si queda, pues todo depende del monto que inicialmente haya cancelado a la sociedad, se debe devolver al asociado.

Ahora bien, respecto del momento en que se entiende excluido el accionista cuyas acciones son vendidas con ocasión de la adopción del aludido arbitrio, se tiene que en criterio de esta oficina, éste perderá su condición de asociado a partir del momento de la inscripción del nombre del accionista adquirente de las acciones, en el Libro de Registro de Accionistas.

En conclusión, cuando la junta directiva, (o como se advirtió la asamblea, o el representante legal) con ocasión de la mora en el pago de una o alguna de las acciones suscritas, adopta el arbitrio contemplado en el numeral 2° del artículo 397 ejusdem, éstos deberán acudir a un comisionista con el fin de sea éste quien adelante el proceso de venta de las mismas, negocio que, una vez efectuado dará lugar a la efectiva exclusión del accionista moroso a partir de la inscripción en el Libro de Registro de Accionistas del nombre del accionista adquirente de las mismas'.

Resta solo precisar que no debe confundirse el procedimiento de pago de las acciones suscritas que forman parte del capital, el cual puede hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintitos de los previstos en el Código de Comercio, con el aumento del capital, suscrito o autorizado, el cual seguirá las reglas previstas por el artículo 384 del Código de Comercio, si otra cosa no han previsto los estatutos respectivos)".

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