OFICIO 220-249498 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2016

Ref: REQUISITO DE UNANIMIDAD PARA LA TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA A UNA SAS Y OTROS ASPECTOS

Esta Oficina recibió el escrito radicado con el No. 2016-01-539511 mediante el cual formula los siguientes interrogantes:

1. Tres accionistas de una sociedad anónima, que en total representan menos del uno por mil (1%) del capital suscrito y pagado de la compañía, no asisten a la asamblea de accionistas. La razón es que algunos han desaparecido y otros no tienen interés en participar. ¿Se puede aprobar la transformación de la sociedad en una SAS, con la votación de los restantes accionistas (99.999%)?

2. ¿Cuáles son los mecanismos para excluir a los accionistas que no muestran interés alguno en participar de las decisiones o en la administración de la sociedad, desde hace muchos años?

3. ¿Existe el procedimiento para tasar el valor de los derechos de los accionistas renuentes a participar en la administración, de tal forma que la sociedad pueda hacer un depósito ante alguna entidad, que garantice la redistribución al accionista que reaparezca en el futuro y así pueda excluirlo de la composición accionaria?

4.¿Podría designarse curador ad-litem para que represente las acciones de los tres accionistas en la asamblea de accionistas que discuta la transformación a SAS ¿Quién lo designaría?

Sobre el particular, es preciso señalar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, esta oficina absuelve las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen los servicios y funciones de la Superintendencia, en desarrollo de lo cual emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

Efectuada la anterior aclaración, se impone hacer las siguientes consideraciones generales:

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 parágrafo 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…"

En consecuencia, y teniendo en cuenta que no es dable por vía de consulta hacer excepciones a la ley, no puede obviarse la exigencia legal de la "unanimidad", razón por la cual, en el evento de que la citada exigencia no pueda cumplirse, la reforma estatutaria no podrá adoptarse.

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 el 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 incurren 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.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que en la P. WEB de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, la Circular Básica Jurídica y la guía del litigio, entre otros.