

OFICIO 220-232033 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 2014

ASUNTO: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA- DISOLUCIÓN/ RECONSTITUCIÓN/ EXCLUSIÓN.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2014-01-508054, mediante la cual, formula una serie de preguntas puntualmente relacionadas con una sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) cuyo capital autorizado al comienzo de su constitución era de MIL MILLONES DE PESOS (\$1000.000.000) dividido en UN MILLÓN (1'000.000) de acciones nominativas con valor de MIL PESOS (\$1.000) cada una y un capital suscrito y pagado de (\$750.000.000) dividido en SETESCIENTAS CINCUENTA MIL (\$750.000) acciones de un valor nominal de MIL PESOS (\$1.000) cada una; la sociedad disminuyó el valor nominal de la acción de la siguiente manera:

El capital autorizado quedó en TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$333'340.000) dividido en UN MILLÓN (1'000.000) de acciones nominativas de valor de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$333,34) y el capital suscrito y pagado DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES CINCO MIL PESOS (\$250'005.000) dividido en SETECIENTOS CINCUENTA MIL (750.000) acciones de un valor nominal cada una de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$333.34).

Las preguntas son las siguientes:

1. En el entendido que la reforma estatutaria anteriormente mencionada implica una disminución de capital ¿Es indispensable solicitar autorización por parte de la Superintendencia de sociedades? El motivo que conllevó a realizar dicha disminución es por rendimientos deficientes de la actividad propia de la compañía y sobrevaloración de la acción.
2. Se podría entender con esta reforma estatutaria que estamos al frente de una causal de disolución de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7° del Artículo 34 de la LEY 1258 DE 2008 “....Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito...”; si la respuesta es afirmativa el plazo para enervar la causal de disolución de seis (6) meses ya se extinguió, ¿Qué otra opción tendría la sociedad? Se me ocurre realizar una Reconstitución de la sociedad, Sería viable? En caso de ser viable esta figura se podrían aplicar los beneficios de la ley 1429 de 2010?
3. Las reformas estatutarias en donde se aumentos los topes de los capitales requieren ser elevadas a escritura pública?
4. Uno de los socios de la S.A.S. no pagó su aporte en dinero durante el término que fija la ley de dos (2) años, ¿Existe algún procedimiento para retirar el accionista de esta compañía? Las acciones que no fueron pagadas deberán ser ofrecidas en primer término

a los mismos accionistas proporcionalmente a su participación respetando el derecho de preferencia?

Al respecto sea lo primero advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, resuelve las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia y en esa medida emite los conceptos de carácter general y en abstracto a que haya lugar, mas no le es dable mediante esta instancia pronunciarse sobre situaciones particulares y concretas y tampoco tiene entre sus funciones la de asesorar a las sociedades comerciales en decisiones hayan de adoptar a sus órganos sociales, máxime si se trata de sociedades no identificadas, cuyos antecedentes se desconocen.

Conforme a lo expuesto y haciendo abstracción de los datos y las cifras consignadas su escrito, a título ilustrativo procede referirse a sus inquietudes de la siguiente manera:

Respecto de la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes en una sociedad por acciones simplificada, basta transcribir los apartes pertinentes del Oficio 220-103885 de 27 de octubre de 2010, en el cual se relacionan los requisitos y formalidades a que está sujeta la disminución de capital con reembolso de aportes en el caso de las SAS, no sin antes advertir que la información e ilustración que se requiera sobre temas societarios, se puede consultar directamente en la Página WEB de la Entidad, donde se encuentran entre otros la normatividad, las circulares y los conceptos Jurídicos y Contables que la misma emite

“(....)”

La Ley 1258 de 2008 si bien es cierto no contempla el modus operandi tratándose disminución del capital social, no lo es menos que conforme a lo previsto en su artículo 45, “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 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...”

Así las cosas si nos vamos al artículo 122 del Código de Comercio, se lee que el capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria; ello equivale a decir, valga la redundancia, que dicha medida deberá someterse a consideración del máximo órgano social en los términos y condiciones previstos en los estatutos, o en su defecto en la ley en cuanto a convocación y quórum (Artículos 20 y 22 de la ley 1258 de 2008); es de anotar que el artículo 29 de la Ley en mención, en lo que a estas sociedades se refiere, únicamente se limita a indicar que la determinación respectiva ha de constar en documento privado inscrito en el registro mercantil.

Igual merece destacar, que frente a la figura del reembolso de aportes, el artículo 145 de la codificación mercantil, en concordancia con el numeral 7º del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, se observa que el legislador asignó a esta Superintendencia la facultad para

autorizar la disminución de capital en cualquier sociedad, siempre que no se encuentre vigilada por la Superintendencia Bancaria y Valores –hoy Superintendencia Financiera de Colombia- cuando tal operación implique un efectivo reembolso de aportes, y que el ente societario acredite el cumplimiento de alguno de los presupuestos de que trata el citado artículo 145 mencionado, a saber: a) que la sociedad carezca de pasivo externo; b) o que hecha la reducción, los activos sociales representen no menos del doble del pasivo externo; c) o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto de los activos sociales.

Así las cosas si la sociedad tiene prevista la disminución de capital para rembolsar a alguno de sus accionistas, debe revisar la Resolución 220-04850 de 2013, la cual podrá encontrar en la página Web de esta entidad, que contiene el régimen general de autorizaciones y relaciona todos los requisitos atinentes al trámite de la disminución de capital, aplicable a las sociedades por acciones simplificadas salvo la formalidad de la escritura pública, que en el caso de las S.A.S. es sustituida por documento privado.

Por último, procede señalar que la petición junto con los documentos que se requieren se ha de presentar en el Grupo de Gestión Documental de la Entidad que se encargará de remitirlo al área que corresponda teniendo en cuenta si la sociedad se encuentra o no vigilada”.

En lo que corresponde al **segundo interrogante**, se advierte que el término para enervar la causal de disolución de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008 en concordancia con la Ley 1429 de 2010, se amplió de seis a dieciocho meses, en los términos y condiciones previstos en el Art. artículo 24, a cuyo tenor se lee.

“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 causal 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.

(..)

Ahora bien, a propósito de la de la reconstitución, viene al caso remitirse al Oficio 220-019214 de 2012.

(...)

“Sobre el particular, le informo que en la actualidad existen dos modalidades para que sociedades que se encuentren adelantando procesos de liquidación voluntaria puedan retornar a sus operaciones, tales como son la reactivación, propiamente dicha, y la reconstitución.

Respecto de la reactivación se sociedades, dispone el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010:

“Artículo 29. Reactivación de Sociedades y Sucursales en Liquidación. La asamblea general de accionistas, la junta de socios, el accionista único o la sociedad extranjera titular de sucursales en Colombia podrá, en cualquier momento posterior a la iniciación de la liquidación, acordar la reactivación de la sociedad o sucursal de sociedad extranjera, siempre que el pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución de los remanentes a los asociados.

La reactivación podrá concurrir con la transformación de la sociedad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley.

En todo caso, si se pretende la transformación de la compañía en sociedad por acciones simplificada, la determinación respectiva requerirá el voto unánime de la totalidad de los asociados.

Para la reactivación, el liquidador de la sociedad someterá a consideración de la asamblea general de accionistas o junta de socios un proyecto que contendrá los motivos que dan lugar a la misma y los hechos que acreditan las condiciones previstas en el artículo anterior.

Igualmente deberán prepararse estados financieros extraordinarios, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes, con fecha de corte no mayor a 30 días contados hacia atrás de la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social.

La decisión de reactivación se tomará por la mayoría prevista en la ley para la transformación. Los asociados ausentes y disidentes podrán ejercer el derecho de retiro en los términos de la ley.

El acta que contenga la determinación de reactivar la compañía se inscribirá en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. La determinación deberá ser informada a los acreedores dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se adoptó la decisión, mediante comunicación escrita dirigida a cada uno de ellos.

Los acreedores tendrán derecho de oposición judicial en los términos previstos en el artículo del Código de Comercio. La acción podrá interponerse dentro de los 30 días siguientes al recibo del aviso de que trata el inciso anterior. La acción se tramitará ante la Superintendencia de Sociedades que resolverá en ejercicio de funciones jurisdiccionales a través del proceso verbal sumario.”

Por lo expuesto, basta que la sociedad o sucursal de sociedad extranjera que se encuentre en estado de liquidación, siempre que su pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución del remanente a los asociados, para que, si así lo deciden los socios o accionistas reunidos en asamblea o junta de socios, la sociedad nuevamente emprenda gestiones orientadas a desarrollar las actividades u objeto social previsto en el documento de constitución o reforma que regula a la sociedad. De no reunirse las condiciones relacionadas con el pasivo social y la no distribución del remanente, en la forma y términos previstos en la ley, el ente jurídico

inevitablemente deberá continuar con el trámite liquidatorio previsto en el ordenamiento mercantil hasta la extinción de la persona del mundo jurídico.

De otra parte, en cuanto se refiere a la figura de la “reconstitución” que desarrollan los artículos 250 y 180 del Código de Comercio, basta con traer a colación apartes del Oficio 220-24650 de 18 de mayo de 2005 proferido por la por esta oficina, argumentación que facilita establecer las diferencias entre ésta y la aludida reactivación.

En esa oportunidad, respecto a la constitución de una nueva sociedad o reconstitución, el Despacho expresó:

“(…) su finalidad es permitir que una **sociedad disuelta y en estado de liquidación, pueda continuar en cuanto a su negocio o actividad empresarial, a través de una nueva sociedad constituida para asumir el ejercicio o explotación de ese mismo negocio o actividad y obviar** de esta manera, el fin último al que estaría expuesto uno u otra, cual es la extinción o terminación por **la distribución** que en últimas tendría que hacerse de los **remanentes sociales** a favor de todos los socios.

(…)

A lo anterior cabe agregar que el efecto de la constitución de **la nueva sociedad con observancia de la forma que prescribe el artículo 251 ídem, es que la nueva sociedad sustituya a la anterior todas las obligaciones, “con todos sus privilegios y garantías”**, conforme reza la disposición invocada, refiriéndose así al carácter que pueden revestir determinadas obligaciones que un ente societario suele adquirir con terceros, tal es el caso de las originadas en la naturaleza de la relación existente, como por ejemplo las laborales o fiscales que gozan de un privilegio legal reconocido en las reglas clásicas de la legislación civil o, las que son objeto de un especial tratamiento contractual, como aquellas con garantía real, todo lo cual confirma que tales obligaciones no están circunscritas a las existentes con los propios asociados por su condición de tal, que son las que conforman el pasivo interno de la compañía.

(…)

En este orden de ideas, es dable concluir **que la constitución de una nueva sociedad para continuar los negocios de otra sociedad ya disuelta, debe realizarse con observancia de los requisitos que establecen los citados artículos 180 y 250**, entre los cuales importa destacar para los fines del presente estudio, **que la decisión relativa a la constitución y por ende, la de prescindir de la liquidación, debe emanar de todos los asociados**, exigencia legal explicada por el hecho de que en el escenario liquidatorio en que la sociedad está, se impone en últimas el derecho de todos los socios a obtener la devolución de sus aportes y de todas maneras, el derecho a culminar definitivamente el vínculo societario que acarrea la extinción del ente social, por lo cual, un efecto diferente, debe obedecer a decisión unánime de los mismos”. (Destacados fuera del texto original).

De lo expuesto puede colegirse que la “reactivación” contemplada en la Ley 1429 Cit. y la “reconstitución o constitución de una nueva sociedad” prevista en el artículo 250

concordante con el artículo 180 del Código de Comercio son figuras diferentes, cuyas principales características vale la pena destacar:

- Para que la sociedad pueda adoptar la reactivación el legislador establece condiciones referidas al proceso liquidatorio como que el **pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se halla iniciado la distribución del remanente** a los asociados; al paso que en la constitución de una nueva sociedad no establece una relación porcentual en el tema de activos y pasivos.

- Con la reactivación **no surge un nuevo ente jurídico**, es la misma sociedad que nuevamente emprende operaciones que por disposición legal le estaba prohibido adelantar precisamente por encontrarse en estado de disolución y liquidación (Art.220 C. de Co.); por el contrario, como consecuencia de la reconstitución se crea una nueva sociedad, un **nuevo ente social que debe desarrollar los negocios que realizaba la empresa disuelta**, en los términos del artículo 180 ídem se indica “siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios (...)”.

- Otra particularidad hace relación a la forma cómo el máximo órgano debe adoptar la **decisión, para la reactivación** se requiere la decisión de la **mayoría prevista en la ley para la transformación**; al paso que para la **constitución de la nueva sociedad** o reconstitución se requiere del **acuerdo de todos los asociados**.

- Teniendo en cuenta que la decisión de reactivar la empresa no conlleva la creación de otra, su **matrícula mercantil obviamente será la misma**, con las anotaciones a que hubiere lugar; circunstancia que difiere en la reconstitución puesto que como consecuencia de la operación desaparece una sociedad lo que conlleva la cancelación de su matrícula y de una **nueva matrícula** asignada a la sociedad creada.

- Otro aspecto, la reactivación **no conlleva la sustitución de las obligaciones** a cargo de la sociedad, lo que sí sucede con la constitución de **la nueva sociedad que se sustituye en todas las obligaciones de la anterior**.

En este orden de ideas hay que tener en cuenta que según los artículos primero y segundo de la ley de formalización y de generación de empleo, los beneficios se circunscriben a las etapas iniciales de la formalización de las empresas, concepto que la misma ley clasificó en dos categorías: a) informalidad por subsistencia y b) informalidad con capacidad de acumulación, las que a juicio de esta oficina no se cumplen respecto de sociedades constituidas con anterioridad a esta ley y que hubieren adoptado el trámite de reconstitución.

En lo que corresponde a las reformas estatutarias, tema que forma parte del **tercer interrogante**, estas constituyen alteraciones al contrato social, que deberán adoptarse, mediante la decisión del órgano social competente, de acuerdo con las reglas y la mayoría establecida para este fin; para el caso de las sociedades por acciones simplificadas, el acta correspondiente, deberá registrarse en la Cámara de Comercio del domicilio social, sin que su formalización requiera de escritura pública. (Artículo 6° Ley 1258 de 2006).

El punto cuarto relacionado con la exclusión de un socio, está prevista en la Ley 1258 de 2006, para las sociedades anónimas simplificadas en cuyos estatutos se consagre esta opción así como las causales que den lugar a ello, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 39. EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS. Los estatutos podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos **14 a 16** de la Ley 222 de 1995.

Si el reembolso implicare una reducción de capital deberá dársele cumplimiento, además, a lo previsto en el artículo **145** del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos, la exclusión de accionistas requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueren objeto de esta medida.

De tal manera que en el evento en que no se hubiere pactado la exclusión como sanción al accionista que no hubiere efectuado el pago del aporte, la regla a seguir es de acuerdo con el artículo 45 de la misma ley, es la que corresponde a las sociedades anónimas, contenida en el artículo 397 del Código de Comercio, que al respecto dispone lo siguiente:

Art. 397._ 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.

En los anteriores términos se ha atendido su solicitud, no sin antes reiterar que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.