

OFICIO 220-091819 DEL 11 JULIO DE 2021

ASUNTO: SAGRILAFT – SANCIONES

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, por medio de la cual presenta una consulta relativa a las sanciones en el SAGRILAFT, en los siguientes términos:

“1. Análisis del Acuerdo:

1.1. El numeral 5.1.2 de la Circular establece que el SAGRILAFT debe incluir las sanciones o consecuencias para los asociados por el incumplimiento o inobservancia de sus disposiciones.

1.2. Por favor pronunciarse frente al siguiente supuesto de hecho en manera de ejemplo, con el fin de determinar las sanciones que podrían llegar a aplicar a un socio de una compañía que incurre en actividades relacionadas con lavado de activos, financiación del terrorismo o financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva:

En una sociedad de Responsabilidad Limitada o una Sociedad por Acciones Simplificada un socio incurre en alguna actividad relacionada con lavado de activos, financiación del terrorismo o financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, se podría pensar inicialmente en imponer como sanción la exclusión del mismo, pero sabemos que de acuerdo con la Ley 222 de 1995 tendría que surtirse el trámite de reembolso, lo cual no se ve viable ya que podría verse como el financiamiento de actividades ilícitas. De acuerdo con lo anterior, cuáles serían las sanciones que deberían ser aplicables a un socio que incurre en alguna actividad relacionada con lavado de activos, financiación del terrorismo o financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bien sea en una sociedad de Responsabilidad Limitada o en una Sociedad por Acciones Simplificada o en cualquier otro tipo societario”

“En relación con lo dicho, me permito presentar la siguiente

“II. PETICIÓN

“Pronunciarse frente a cuáles deben ser las sanciones aplicables a los socios de una compañía que incurran en el incumplimiento de las disposiciones del SAGRILAFT, de acuerdo con lo establecido en las consideraciones”.

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de ésta Superintendencia, 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.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejulgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, éste Despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones de índole jurídico:

En lo atinente a la exclusión de accionistas en una sociedad por acciones simplificada, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en diversas oportunidades, vr.gr. en el Oficio 220-200929 del 16 de octubre de 2020 (Exclusión de accionistas y opción de compra o reembolso de aportes en las S.A.S.), en cuyos apartes pertinentes se señala:

“(…)

“1.1 Exclusión de accionistas.

El artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 prescribió lo siguiente:

“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.

Sobre este aspecto es pertinente traer a colación los apartes del Oficio 220-190328 del 25 de noviembre de 2014, en el que se trató el tema de la exclusión de accionistas de una Sociedad por Acciones Simplificada, así:

“(…) Al respecto, este despacho se permite hacer las siguientes precisiones de orden legal:

“(…)”

“b) En términos generales, se puede decir que, por tratarse de una sanción legal, la exclusión del asociado en principio es restrictiva y en esa medida las causales que determinan su procedencia por una parte son taxativas y por otra, aplican solamente en los tipos societarios y bajo las circunstancias de tiempo modo y lugar previstas por el legislador.

c) Ahora bien, en el caso de la exclusión de un socio o socios de una SAS, hay que poner de presente que una de las características más relevantes en el contexto de la Ley 1258 de 2008 que creó las SAS, es la posibilidad de ejercer la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales; en esencia se trata de permitir que los asociados a su discreción definan las reglas bajo las cuales se han de manejar los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad, lo que explica que las disposiciones contenidas en la citada ley tengan un carácter eminentemente dispositivo que pueden ser reemplazadas por las reglas que acuerden los asociados.

d) Bajo esa perspectiva, se tiene que de conformidad con el artículo 39 de la mencionada ley, “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.

(…) 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.”

Lo expuesto implica que efectivamente será viable la exclusión, siempre que así se haya estipulado estatutariamente y, que de manera expresa se hallen contempladas las causales que a ella den lugar. Contrario sensu, si los estatutos sociales nada han previsto, se ha acudir entonces a las reglas que particularmente rigen a las sociedades anónimas, de donde se colige que no es procedente la exclusión, toda vez que la naturaleza jurídica de estas últimas, según el contexto legal que las concibe, no admite bajo ninguna circunstancia la exclusión de sus socios.”

1.2 Exclusión de accionistas y compra de la participación por parte de los demás accionistas o de la sociedad.

En caso de que la exclusión del accionista haya sido aprobada por la asamblea general accionistas de la Sociedad por Acciones Simplificada, el procedimiento llamado a ejecutarse en primer lugar por parte de la sociedad a través de su representante legal, es el de la opción de compra de las acciones del accionista excluido, según el cual la sociedad ofrecerá las acciones, cuotas o partes de interés a los demás accionistas para que éstos las adquieran a prorrata de su participación en el capital social, y cuando los accionistas no adquieran la totalidad de las acciones, la sociedad deberá aplicar el procedimiento de procedimiento de readquisición de acciones siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas para el efecto.

Completado el anterior procedimiento y las actuaciones derivadas del mismo, en los términos del artículo 39 de la ley 1258 de 2008, en concordancia con lo previsto por los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 222 de 1995, el trámite se entenderá finiquitado

1.3 Reembolso de aportes con reducción de capital.

“ARTÍCULO 145. La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales.

Cuando el pasivo externo proviniere de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo.”

“(b) ¿Los accionistas de una SAS pueden establecer en los estatutos sociales un procedimiento de reembolso de aportes diferente al previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995 ante la ocurrencia de un evento de exclusión de un accionista de una SAS?”

El párrafo del artículo 39 de la Ley 1258 de 2008, establece:

“Párrafo. 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”. (Negrilla fuera de texto)

Conforme a las voces del párrafo en mención, los accionistas de la Sociedad por Acciones Simplificada – S.A.S., tienen la posibilidad de establecer en sus estatutos, un procedimiento diferente para la aprobación de la exclusión de los accionistas.

El párrafo bajo estudio, no hace alusión a la posibilidad de que por vía estatutaria se pueda pactar un procedimiento diferente al señalado en el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008, para el reembolso de la participación accionaria del accionista excluido.

Por lo cual, los accionistas de una S.A.S. no pueden establecer en los estatutos sociales un procedimiento de reembolso de aportes diferente al previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995”

“(…)”.

En relación con la exclusión de accionistas en una sociedad anónima, éste Despacho también se ha pronunciado en diversas oportunidades, como en el Oficio 220-007760 del 15 de febrero de 2019:

“(…)”

“5. Igualmente, para las sociedades anónimas es de reiterar que no se pueden pactar cláusulas de exclusión de los socios, por lo cual la única medida que sirve a los propósitos de una “exclusión” en este tipo societario es cuando se presenta la mora del accionista en el pago de sus acciones, como también se ha señalado por esta Oficina así:

“ (...) Así lo ha reiterado de tiempo atrás la doctrina de esta Superintendencia, en diversas oportunidades, como expresan los oficios 220-125001 del 29 de junio de 2017, que a su vez remite al Oficio 220- 070317 de abril 29 de 2009:

“EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN SOCIEDADES ANONIMAS. “(…)”

“Ahora, tratándose de sociedades anónimas, igual 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 las 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 accionista”.

Habiendo realizado las anteriores consideraciones respecto de la exclusión de accionistas en la S.A.S. y en la sociedad anónima, procede éste Despacho a responder la inquietud formulada de la siguiente manera:

“Pronunciarse frente a cuáles deben ser las sanciones aplicables a los socios de una compañía que incurran en el incumplimiento de las disposiciones del SAGRILAF, de acuerdo con lo establecido en las consideraciones”.

Conforme con lo dispuesto en la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, es pertinente señalar que el diseño del SAGRILAF estará a cargo de la Empresa Obligada, para lo cual deberá tener en cuenta la materialidad, las características propias de la Empresa y su actividad, así como la identificación de los Factores de Riesgo LA/FT/FPADM (Matriz de Riesgo LA/FT/FPADM u otro mecanismo de evaluación, individualización, identificación y segmentación del Riesgo LA/FT/FPADM).

La aprobación del SAGRILAF será responsabilidad de la junta directiva en las Empresas que cuenten con este órgano, o del máximo órgano social en los demás casos. El proyecto de SAGRILAF deberá ser presentado conjuntamente por el representante legal y el Oficial de Cumplimiento.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, en relación con las sanciones, la referida circular en el numeral 2 *“Definiciones”*, señala:

- ***“Política LA/FT/FPADM:*** son los lineamientos generales que debe adoptar cada Empresa Obligada para que esté en condiciones de identificar, evaluar, prevenir y mitigar el Riesgo LA/FT/FPADM y los riesgos asociados. Cada una de las etapas y

elementos del SAGRILAFT debe contar con unas políticas claras y efectivamente aplicables. Las políticas deben incorporarse en el manual de procedimientos que oriente la actuación de los funcionarios de la Empresa para el funcionamiento del SAGRILAFT y establecer consecuencias y las sanciones frente a su inobservancia.” (Subraya fuera del texto)

A su vez, el numeral 5.1.2. de la Circular Externa 100-000016 de 2020, modificado por la Circular Externa 100-000004 del 2021, dispone lo siguiente:

“5.1.2. Auditoría y cumplimiento del SAGRILAFT

“(…) El SAGRILAFT debe incluir las sanciones o consecuencias para empleados, administradores, asociados o terceros, por el incumplimiento o inobservancia de sus disposiciones.” (Subraya fuera del texto)

Frente a las sanciones que pueden ser impuestas por parte de ésta Superintendencia, tenemos que los numerales 3.2 y 8 del Capítulo X establecen:

“3.2. Normas Nacionales

“Según lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 y en el Decreto 1074 de 2015, corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer la vigilancia de las Empresas.

“El numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 señala que la Superintendencia de Sociedades está facultada para imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta por doscientos (200) SMLMV, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos”.

(…)

“8. Sanciones

El incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en el presente Capítulo X, dará lugar a las investigaciones administrativas que sean del caso y a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes a la Empresa Obligada, el Oficial de Cumplimiento, revisor fiscal o a sus administradores, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de las acciones que correspondan a otras autoridades.” (Subraya fuera del texto)

Con base en lo expuesto, es claro que las empresas obligadas tienen que implementar el SAGRILAFT, el cual deberá estar construido con base en las circunstancias específicas de cada empresa y en los riesgos propios de su operación. De ésta manera, los sujetos obligados determinarán los mecanismos que les permitirán evaluar, monitorear y controlar

los riesgos y a su vez, establecerán las sanciones pertinentes frente a los incumplimientos del sistema de acuerdo con su estructura organizacional, sanciones que deberán cubrir tanto a empleados, administradores, asociados o terceros.

Por tanto, corresponde a cada Empresa Obligada determinar en cada caso particular y de acuerdo con las características propias de su organización, las sanciones aplicables para los asociados que incumplan con el SAGRILAF.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia de Sociedades para imponer multas o sanciones, que pueden ser sucesivas o no, hasta los doscientos (200) SMLMV, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, entre otros.