

OFICIO 220-241300 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 2021

ASUNTO: S.A.S. – ACCIONISTA ADMINISTRADOR.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, mediante la cual formula la siguiente consulta:

“(…)

1. Si en una sociedad un accionista posee más del 50% del total de las acciones suscritas, pero por cualquier causa no puede o no debe votar ¿Cómo se toman las decisiones por parte de la asamblea?
2. Si un accionista es designado representante legal pero además es accionista mayoritario con más del 50% de las acciones suscritas, ¿De qué forma se aprueban los estados financieros, teniendo presente que no podría aprobar su propia gestión?
3. ¿El resto de los accionistas pueden aprobar los estados financieros y el informe de gestión a pesar de tener menos del 50% de las acciones suscritas?
4. Si dos accionistas (padre e hijo) tiene el 85% de las acciones de una sociedad ¿existe alguna clase de impedimento para votar y tomar decisiones?
5. Si en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada, está permitida la exclusión de accionistas, el procedimiento se debe seguir ante la Superintendencia de Sociedades necesariamente o lo hace la sociedad de manera privada.”

Al respecto, es preciso señalar que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se encuentran 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.

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 u opinión de carácter general y abstracto que no es vinculante ni compromete su responsabilidad

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.

El caso al que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

Con el alcance indicado y para proceder a dar respuesta a la primera, segunda y tercera inquietud, es preciso señalar que la prohibición contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, por disposición del artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, solo aplica a las Sociedades por Acciones Simplificadas -SAS-, cuando se hubiese pactado en los estatutos sociales, de suerte que conformado el quórum deliberativo, la decisión deberá adoptarse con el voto de un número plural o singular de accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la reunión, previa deducción de las acciones del accionista administrador.

Sobre el particular, este Despacho en el oficio 220-43454 del 12 de agosto de 1997, expresó:

“...En esas circunstancias votarán el balance el, o los socios que no ostenten la calidad de administradores. Ahora bien cuando quiera que tengan todos esa condición, se entenderá que está dada implícitamente la correspondiente aprobación en la medida en que no haya objeción de parte de ninguno de los socios, pues el hecho de que por ser administradores estén inhabilitados para aprobarlo de manera expresa, no les impide formular reparos u objeciones, los que de presentarse habrán de ser atendidas por los restantes administradores a quienes corresponda, pues no hay que perder de vista que en todo caso es función privativa e indelegable del máximo órgano social, examinar, aprobar o improbar los balances y las cuentas que deban rendir los administradores de acuerdo con el numeral 2º, artículo 187 del Código citado, atribución de la que gozan individualmente todos los socios”.

Frente a la cuarta inquietud, es claro que el derecho de voto lo confiere la titularidad de la acción, criterio que no contempla el grado de parentesco entre los socios.

Finalmente, en cuanto a la quinta pregunta, se observa que ésta fue resuelta por este Despacho mediante Oficio 220-200929 del 16 de octubre de 2020, en el que señaló lo siguiente:

“(…)

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:

a) Las SAS, al amparo de la Ley 1258 de 2008, pueden ser creadas mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes, atendiendo que el documento de constitución una vez inscrito en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de su o sus accionistas.

Ahora, el contrato de sociedad previsto en el artículo 98 del Código de Comercio, como contrato de colaboración que es y, cuyo sustrato real corresponde a una empresa (artículo 25 ídem), admite de manera general la posibilidad de que la vinculación de uno o varios de los contratantes cese, sin que por esa sola circunstancia termine también el contrato considerado en su integridad. Una de esas hipótesis en que la cesación de un vínculo puede darse, por ejemplo, cuando hay vicios en el contrato de sociedad o defecto en los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 del mencionado Código, los cuales según el artículo 104 íbidem "afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurren" (El llamado es nuestro) y, se presenta también cuando quiera que se verifica la exclusión del socio o los socios que incumplan el pago de los aportes suscritos, en virtud de la facultad general y supletoria que pone a disposición de la sociedad acreedora el numeral primero del artículo 125 ejusdem, el que forma parte del régimen común aplicable a todos los tipos societarios.

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.”

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, 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.