

OFICIO 220-123234 DEL 07 DE NOVIEMBRE DE 2019

REF: DISMINUCIÓN DE CAPITAL CON EFECTIVO REEMBOLSO DE APORTES.

Me refiero a su comunicación radicada con el número y fecha de la referencia, mediante la cual consulta acerca de la situación que se presenta en el caso en que un accionista ejerza su derecho de retiro en la sociedad, decisión frente a la cual y frente a la discrepancia en el valor de las acciones, la Superintendencia de Sociedades profirió sentencia judicial, en la que fijó el respectivo valor. Agrega que, a pesar de la determinación judicial, la asamblea general de accionista no aprueba la reforma estatutaria consistente en la disminución del capital con efectivo reembolso de aporte.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con sus estados financieros no está en capacidad financiera de realizar el respectivo pago, pues no cuenta con el capital suficiente, de igual manera la sociedad tampoco cuenta con reservas que tengan la magnitud de activos, y que realizar el respectivo pago afectaría el flujo de caja de la sociedad, la prenda general de los acreedores y pondría a la sociedad en una inminente situación de insolvencia; y por último tampoco está en la obligación de pedir la respectiva autorización a la Superintendencia de sociedades en los términos de la circular externa 100-000005 del 22 de noviembre de 2017.

Al respecto formula las siguientes preguntas:

“En qué posición se encuentran los accionistas que ejercieron su derecho de retiro dentro de la sociedad ¿son acreedores de la sociedad o son accionistas?

¿Qué otras acciones pueden ejercer los accionistas que ejercieron su derecho de retiro para obtener el efectivo reembolso de sus aportes?

En caso que la Superintendencia no pueda impartir su aprobación respecto de la disminución del capital, por tratarse de una autorización general. ¿No debería primar y dársele trámite a la voluntad de la sociedad, cuando le solicita concepto previo a la Superintendencia por cuanto los resultados de aprobar o no la disminución podría traer consecuencias negativas al orden económico, a los accionistas y representantes legales, a los acreedores y trabajadores al verse afectada la prenda general?

Ahora, en el caso hipotético de que la sociedad entrara en un proceso de liquidación o reorganización judicial, bajo los términos de la ley 1116 de 2006:

- 1. En qué situación se encuentran los accionistas que ejercieron su derecho de retiro. ¿Son acreedores de la sociedad?*
- 2. Si son considerados accionistas, para efectos de la recomposición del capital social de la compañía ¿se debe descontar su aporte aun cuando del reembolso efectivo no se ha realizado? O ¿este aporte se debe entender como parte íntegra del capital social?*

Y respecto del proyecto de calificación y graduación de créditos:

- 3. Teniendo en cuenta que, si se les cancela primero la obligación a estos accionistas, sobre los demás acreedores de la sociedad, se vería disminuida la prenda general en gran magnitud, ¿se les debe dar prioridad a los accionistas que ejercieron el derecho de retiro, sobre los demás acreedores de la sociedad?*
- 4. ¿Y, si por el contrario se les debe dar prioridad a los accionistas que ejercieron su derecho de retiro sobre los demás accionistas de la sociedad?*

Al respecto, este Despacho con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite los conceptos de carácter general a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, sin que sus respuestas estén dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas de su competencia, lo que explica que en el caso propuesto, la respuesta se emite haciendo abstracción del acta anexa, cuyo estudio no es materia de análisis por la vía de la consulta.

Efectuada la precisión que antecede, debe observarse que de acuerdo con el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, es facultad de la Superintendencia de Sociedades **“Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad, sucursal de sociedad extranjera o empresa unipersonal, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes”** en los términos del artículo 145 del Código de Comercio.

Sin embargo, mediante la Circular Básica Externa 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, con fundamento en el artículo 151 del Decreto 019 de 2012, por el cual se confirió a la Superintendencia la facultad para **impartir autorización general**, en los términos y condiciones que se establezca para el ejercicio de la función prevista en el numeral 7° del artículo 86 de la ley 222 de 1995, este Despacho le otorgó Autorización General para disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes a las sociedades comerciales empresas unipersonales y



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

sucursales de sociedades extranjeras inspeccionadas, salvo cuando se encuentren en los supuestos previstos en los numerales i) a vi) del literal A, del literal a., pues en este caso, deberán obtener autorización particular.

“A. Autorización general

a. No requerirán de autorización particular, por lo que se entenderán autorizadas de manera general, aquellas reformas estatutarias consistentes en la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes que adelanten sociedades inspeccionadas por esta Superintendencia. Sin embargo, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la autorización de carácter particular procederá en los casos que se describen a continuación:

i. Cuando a pesar de haberse verificado el cumplimiento de cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 145 del Código de Comercio, la situación financiera del respectivo ente registre una o más obligaciones vencidas, cuyo incumplimiento supere los 90 días y, que en el agregado represente el 10% o más del pasivo externo.

II. Cuando el valor total de los aportes a reembolsar, representen el 50% o más del total de los activos.

III. Cuando se trate de personas jurídicas respecto de las cuales exista una situación de control, bien sea como controlante o como subordinada, en relación con otra u otras personas jurídicas sometidas al control o vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, o de otra Superintendencia.

iv. Cuando se trate de sociedades con obligaciones a su cargo, originadas en emisión de bonos.

v. Cuando se trate de sociedades, sucursales de sociedades extranjeras o empresas unipersonales con pasivo pensional a su cargo.

vi. Cuando se trate de sociedades, sucursales de sociedades extranjeras o empresas unipersonales que se encuentren en ejecución de un acuerdo concordatario, de reestructuración o de reorganización

Las precisiones generales que anteceden, son importantes para resolver las inquietudes formuladas, que se sustentan en el querer de un socio para que se le reembolse el valor de su aporte, de acuerdo con el valor fijado en la sentencia judicial que, al decir en su escrito expidió esta Superintendencia con este fin.

Aunque la solicitud se formula con fundamento en el **derecho de retiro**, es dable resaltar que, a la luz de la legislación colombiana este derecho está previsto para casos en los que como en la fusión, transformación, escisión, la compañía genere una mayor responsabilidad para el socio disidente, y, también, frente a las S.A.S., cuando haya de aprobarse una enajenación global de activos o una fusión abreviada que implique una desmejora patrimonial para tales accionistas.

Al parecer lo que plantea el consultante es que el socio obtenga el reembolso su aporte como resultado de una reforma estatutaria consistente en la disminución de capital, decisión que la asamblea no aprobó, en razón a que su capacidad financiera no es suficiente para llevar a cabo la respectiva devolución, los interrogantes propuestos se contestan en su orden, así:

1. La posición en la que se encuentran los accionistas que solicitan sin éxito a la sociedad el reembolso de su aporte, sigue siendo la misma, hasta tanto no se materialice la reforma del capital social. Vale decir, que estos continúan ostentando su condición de socios.
2. Otra opción para los accionistas que ejercieron su derecho de retiro en alguna de las operaciones que implican el ejercicio de tal derecho, para obtener el reembolso de su aporte, podría ser a través de la negociación de sus acciones, en los términos señalados en la ley o en su defecto en los estatutos sociales. (Artículo 403 del Código de Comercio).
3. La disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, tiene lugar tanto mediante la autorización general como por la vía de una autorización particular que imparte esta Superintendencia, siempre que se cumplan los presupuestos previstos por el artículo 145 del Código de Comercio.

En lo que corresponde al supuesto en que la sociedad accediera a un proceso de reorganización judicial, bajo los términos de la ley 1116 de 2006, las respuestas son las siguientes:

1. Los accionistas que pretendieron ejercer su derecho de retiro a través de una solicitud de reforma estatutaria correspondiente a una disminución de capital con efectivo reembolso del aporte, se encuentran en la misma situación: es decir, son socios.
2. El aporte de los accionistas, se mantiene conforme al capital. Sin embargo, para efectos de calcular los votos, para aprobar el acuerdo de reorganización, cada socio, como acreedor interno tendrá derecho a un número de votos equivalentes al valor que se obtenga al multiplicar su porcentaje de participación en el capital por la cifra que resulte de restar del patrimonio las partidas correspondientes a utilidades decretadas en especie, el monto de la cuenta de revalorización del patrimonio, en la forma prevista por el artículo 38 de la Ley 1429 de 2010, que modificó el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, así:

“(...) Para efectos de calcular los votos, cada acreedor interno tendrá derecho a un número de votos equivalente al valor que se obtenga al multiplicar su porcentaje de participación en el capital, por la cifra que resulte de restar del patrimonio, las partidas correspondientes a utilidades



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

decretadas en especie y el monto de la cuenta de revalorización del patrimonio, así haya sido capitalizada, de conformidad con el balance e información con corte a la fecha de admisión al proceso de insolvencia. Cuando el patrimonio fuere negativo cada accionista tendrá derecho a un voto.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

3 Los puntos **tercero y cuarto** deben resolverse teniendo en cuenta que, tanto en la liquidación judicial como en la liquidación voluntaria, los accionistas solo pueden recuperar el valor de su inversión, cuando pagado el pasivo externo existan remanentes, lo cual excluye un pago anticipado sin el cumplimiento de la referida condición legal. (Artículo 144 del Código de Comercio).

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

