

OFICIO 220-200929 DEL 16 DE OCTUBRE DE 2020

ASUNTO: EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS Y OPCIÓN DE COMPRA O REEMBOLSO DE APORTES EN LAS S.A.S.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta la siguiente consulta:

“(...) (i) el procedimiento de reembolso de aportes ante el evento de exclusión de accionistas de una sociedad por acciones simplificada (la “Primera Consulta”) y (ii) la posibilidad de crear un voto diferenciador en el presidente de la junta directiva de una sociedad por acciones simplificada (“SAS”) en el evento de un empate de votos (la “Segunda Consulta”).”

1. Consideraciones previas

1.1 Consideraciones Previas a la Primera Consulta

a.) El artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 establece lo siguiente:

“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 fueron objeto de esta medida”. (Subrayado fuera del texto original).

b.) Los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995 establecen lo siguiente:

“Artículo 14. Ejercicio del Derecho de Retiro y Efectos. Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal.

El retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que se reciba la comunicación escrita del socio y frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de registro de accionistas. Para que proceda el registro bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro.

Salvo pacto arbitral, en caso de discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro, el trámite correspondiente se adelantará ante la entidad estatal encargada de ejercer la inspección, vigilancia o control.

Si la asamblea de accionistas o junta de socios, dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, la revoca, caduca el derecho de receso a los socios que lo ejercieron, readquieren sus derechos, retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que se notificó el retiro al representante legal.

Artículo 15. Opción de Compra. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del retiro, la sociedad ofrecerá las acciones, cuotas o partes de interés a los demás socios para que éstos las adquieran dentro de los quince días siguientes, a prorrata de su participación en el capital social. Cuando los socios no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, la sociedad, dentro de los cinco días siguientes, las readquirirá siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas para el efecto. El precio de compra se fijará en la forma prevista en el artículo siguiente.

Artículo 16. Reembolso. En los casos en que los socios o la sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el retiro dará derecho a quien lo ejerza a exigir el reembolso de las cuotas, acciones o partes de interés restantes.

El valor correspondiente se calculará de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, el avalúo se hará por peritos designados por la Cámara de Comercio del domicilio social. Dicho avalúo será obligatorio.

En los estatutos podrán fijarse métodos diferentes para establecer el valor del reembolso.

Salvo pacto en contrario, el reembolso deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes al acuerdo o al dictamen pericial. Sin embargo, si la sociedad demuestra

que el reembolso dentro de dicho término afectará su estabilidad económica, podrá solicitar a la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control, que establezca plazos adicionales no superiores a un año. Durante el plazo adicional se causarán intereses a la tasa corriente bancaria.

Dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión respectiva, la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control, podrá, de oficio o a petición de interesado, determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando establezca que el reembolso afecte sustancialmente la prenda común de los acreedores.

PARÁGRAFO. Sin perjuicio de lo previsto en materia de responsabilidad de los socios colectivos, quienes ejerzan el derecho de retiro en los términos previstos en la ley, responderán en forma subsidiaria y hasta el monto de lo reembolsado, por las obligaciones sociales contraídas hasta la inscripción del retiro en el Registro Mercantil. Dicha responsabilidad cesará transcurrido un año desde la inscripción del retiro en el Registro Mercantil”.

1.2 Consideraciones Previas a la Segunda Consulta

El artículo 25 de la Ley 1258 de 2008 establece lo siguiente:

“La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

PARÁGRAFO. En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes”.

El artículo 437 del Código de Comercio establece que:

“La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare un quórum superior.

La junta podrá ser convocada por ella misma, por el representante legal, por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales. (...)”.

Antes de resolver lo propio debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan 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 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver sus inquietudes en el orden propuesto:

“(a) ¿Cómo se aplica, cómo funciona y qué pasos tiene el procedimiento de reembolso de aportes establecido 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?”

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 a 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 concurran" (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.” (Se subraya).

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 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.

En los casos en que el reembolso de aportes implique una reducción del capital, también se deberá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 145 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 145. <AUTORIZACIÓN PARA LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL>. 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 proviniera 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:

“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”.
(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.

“(c) ¿La expresión “Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos”, que se encuentra en el párrafo del artículo 39 de la Ley 1258 de 2008, según se subraya en la cita del numeral 1.1 de este derecho de petición, se refiere al procedimiento de reembolso de aportes de un accionista excluido?”

Este aspecto quedo definido en la respuesta anterior.

“(d) En caso de que la respuesta a la pregunta establecida en el numeral 2.3 anterior sea negativa ¿a qué procedimiento se refiere la expresión “Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos” del párrafo del artículo 39 de la Ley 1258 de 2008?”

Este aspecto también quedó precisado en la respuesta al literal (b) de su consulta.

“(e) ¿Los accionistas de una SAS pueden establecer en los estatutos sociales una sanción al accionista excluido que consista en que se pague únicamente por las acciones el 50% del precio a título de sanción, ya sea en virtud de la opción de compra o del reembolso de sus aportes?”

Tal y como se ha señalado, el reembolso de los aportes de los accionistas excluidos se rige por lo previsto en el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995, sin que, en tales normas, se consagra la posibilidad de incluir sanciones al accionista excluido.

Para los casos de exclusión de accionistas, el legislador no previo la posibilidad de imponer sanciones como si lo hizo en el artículo 16 de la Ley 1258 de 2008, en los siguientes términos:

“Artículo 16. Cambio de control en la sociedad accionista. En los estatutos podrá establecerse la obligación a cargo de las sociedades accionistas en el sentido de informarle al representante legal de la respectiva sociedad por acciones simplificada acerca de cualquier operación que implique un cambio de control respecto de aquellas, según lo previsto en el artículo 260 del Código de Comercio.

En estos casos de cambio de control, la asamblea estará facultada para excluir a las sociedades accionistas cuya situación de control fue modificada, mediante decisión adoptada por la asamblea.

El incumplimiento del deber de información a que alude el presente artículo por parte de cualquiera de las sociedades accionistas, además de la posibilidad de exclusión según el artículo 39 de esta ley, podrá dar lugar a una deducción del veinte por ciento (20%) en el valor del reembolso, a título de sanción. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Parágrafo. En los casos a que se refiere este artículo, las determinaciones relativas a la exclusión y a la imposición de sanciones pecuniarias requerirán

aprobación de la asamblea de accionistas, 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, excluido el voto del accionista que fuere objeto de estas medidas. (Subraya fuera de texto).

“(f) ¿Los accionistas de una SAS pueden establecer en los estatutos sociales el método de determinación del precio de las acciones a ser pagadas a un Accionista ante un evento de exclusión?”

Para absolver este interrogante, basta con transcribir el artículo 16 de la ley 222 de 1995 que establece:

“Artículo 16. REEMBOLSO. En los casos en que los socios o la sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el retiro dará derecho a quien lo ejerza a exigir el reembolso de las cuotas, acciones o partes de interés restantes. El valor correspondiente se calculará de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, el avalúo se hará por peritos designados por la Cámara de Comercio del domicilio social. dicho avalúo será obligatorio. En los estatutos podrán fijarse métodos diferentes para establecer el valor del reembolso.

Salvo pacto en contrario, el reembolso deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes al acuerdo o al dictamen pericial. Sin embargo, si la sociedad demuestra que el reembolso dentro de dicho término afectará su estabilidad económica, podrá solicitar a la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control, que establezca plazos adicionales no superiores a un año. Durante el plazo adicional se causarán intereses a la tasa corriente bancaria.

Dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión respectiva, la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control, podrá, de oficio o a petición de interesado, determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando establezca que el reembolso afecte sustancialmente la prenda común de los acreedores.

Parágrafo. *Sin perjuicio de lo previsto en materia de responsabilidad de los socios colectivos, quienes ejerzan el derecho de retiro en los términos previstos en la ley, responderán en forma subsidiaria y hasta el monto de lo reembolsado, por las obligaciones sociales contraídas hasta la inscripción del retiro en el Registro Mercantil. Dicha responsabilidad cesará transcurrido un año desde la inscripción del retiro en el Registro Mercantil.”* (Subraya fuera del texto).

“2.2 Petición Respecto de la Segunda Consulta En una SAS con junta directiva ¿Es posible que los accionistas de una SAS acuerden en los

estatutos sociales un mecanismo de desempate de votos en la junta directiva que consista en que el presidente de la junta directiva tenga un voto diferenciador al momento de presentarse un empate de votos?”

Los accionistas de una SAS pueden acordar libremente en los estatutos sociales las normas de funcionamiento de la Junta Directiva, en los términos del artículo 25 de la ley 1258 de 2008, que acota lo siguiente:

“Artículo 25. Junta Directiva. La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

Parágrafo. *En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes. (Negrilla y subraya fuera del texto).*

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.