

## **OFICIO 220-203369 DEL 01 DE NOVIEMBRE DE 2016**

### **ASUNTO: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA- EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS – MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS –AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.**

Me refiero a su comunicación radicada con el No.2016-01-483344, en la que describe una situación relacionada inicialmente con la celebración de un proyecto con otras personas y posteriormente la constitución de una sociedad del tipo de las SAS, en la cual usted actuó como inversionista, señalando la composición accionaria de cada persona jurídica.

Igualmente se refiere a la cesión de un contrato a favor de una de las sociedades y al ofrecimiento que le hicieron los otros accionistas de sus acciones y de la cesión de derechos en un título minero. Respecto de la negociación, finalmente no hubo acuerdo con los otros accionistas en el precio de las acciones, lo que conllevó, según afirma, a que se iniciaran una serie de actuaciones en su contra y de la representante legal de las compañías, las cuales describe en su escrito, entre las cuales menciona una demanda que interpusieron los accionistas minoritarios ante la Superintendencia de Sociedades contra la sociedad denominada SAS, que fue rechazada.

Con base en los hechos brevemente resumidos, plantea las inquietudes que en lo pertinente se transcriben así:

1. Solicito me informen el procedimiento que debe seguir la sociedad SAS para excluir a los señores xxx y yyy de la sociedad, por cuanto con su actuar perjudican a la sociedad y sus demás accionistas y a sus administradores.
2. Solicito me indiquen si la sociedad puede dar inicio a un proceso verbal sumario ante la Superintendencia de Sociedades cuya pretensión sea excluir de la sociedad a los señores xxx.
3. Solicito me informen si existe alguna limitante para dar inicio a actuaciones ante la Jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades, considerando que en los Estatutos de constitución de la sociedad se pactó cláusula compromisoria Tribunal de Arbitramento.
4. En caso de no ser posible la exclusión de los accionistas, solicito me indiquen si en calidad de accionista de la sociedad realizo una capitalización con el lleno de las formalidades legales y consagradas en los estatutos , los señores xxx podrían alegar posteriormente abuso del derecho en su contra por cuanto con la inyección de capital que efectué su participación accionaria disminuiría considerablemente,

claro está teniendo en cuenta que es muy probable que los señores no asistan a la convocatoria de la Asamblea de Accionistas que se convoque.

El primer lugar es preciso advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no se pronuncia en esta instancia sobre negocios, contratos o situaciones de orden particular que se presenten al interior de una sociedad, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Anotado lo anterior y dado que se evidencia la existencia de un conflicto societario, suscitado por las discrepancias nacidas entre accionistas, a título meramente ilustrativo procede efectuar las consideraciones jurídicas a tener en cuenta a partir de la doctrina de esta Entidad.

1.2. Sobre el tema de la exclusión de accionistas y las medidas frente a la ocurrencia de conflictos entre socios en la sociedad por acciones simplificada, trata el oficio 220-047999 del 1 de marzo de 2016, apartes del cual se traen a continuación:

“[.....]

“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.

De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar "libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento", amén de la premisa general que el artículo 45 establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legal que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas, entiéndase de una vez las generales previstas para todos los tipos, como las especiales consagradas para ellas y, por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio, premisa de la cual debe concluirse que en principio son

viables todas aquellas estipulaciones que resulten acordes con la voluntad de los socios, con la limitación de las normas imperativas consagradas en la ley.

Bajo esa perspectiva y con sujeción al principio general de interpretación según el cual, cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 C.C.), es pertinente responder.

- En primer lugar se tiene que de conformidad con el artículo 38 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 “, **lo que de suyo 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 de 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”.

“(.....)”.

Con fundamento en lo expuesto, se tiene que de acuerdo con las disposiciones legales invocadas, en los estatutos de las SAS es dable estipular causales de exclusión, así como el procedimiento que en tal caso deba seguirse para lograr dicho propósito.

En caso contrario, no es posible excluir a ningún socio e incluso, para estipular una causal de exclusión con posterioridad a la constitución, se debe contar con el voto favorable del 100% de las acciones suscritas (unanimidad) (artículo 41 de la citada ley)

Ahora bien, es del caso observar que en el evento de existir entre los accionistas discrepancias, valga decir un conflicto societario que pueda causar perjuicios a la compañía, por el actuar de alguno de los asociados, es posible acudir por vía jurisdiccional ante la Superintendencia de Sociedades, para dirimir el conflicto.

En efecto, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 24 del Código General del Proceso, “Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

“(.....)”

**“5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:**

(.....)

**b. La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral” (El resaltado es nuestro).**

En este sentido, todos los procesos se adelantan a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, e inician con una demanda que debe reunir los requisitos establecidos en los artículos 75, 77, 82 y demás normas aplicables del Código de Procedimiento Civil, los cuales incluyen la presentación de la misma por conducto de abogado inscrito, en la que debe señalarse, la última dirección que se tenga del o de los demandados, con el fin de proceder a su notificación”.

{.....}”.

Valga anotar que los procesos jurisdiccionales que se adelantan ante la superintendencia, se llevan a cabo mediante el proceso verbal sumario.”

3. De pactarse en los estatutos que las diferencias que se presenten entre los asociados o entre estos y la compañía, serán resueltas a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como son la cláusula compromisoria y el tribunal de arbitramento, y al tratarse de la voluntad libre y autónoma de las partes que así lo han decidido, es claro que ello implica una renuncia al derecho de acceder a la justicia ordinaria y la obligación que les asiste de acudir a la justicia arbitral.

A ese respecto se tiene que los contratos válidamente celebrados son una ley para las partes, en los términos de lo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil y por consiguiente no pueden ser invalidados sino con el previo consentimiento de las partes o por causas legales.

En el Oficio 220-061663 del 16 de agosto de 2012, que a la vez se remite al Oficio 220-009803 del 26 de febrero de 2010, este Despacho sobre el asunto señaló:

“{.....]”

***Cláusula compromisoria.***

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Código de Comercio, la sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará “Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables*

componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores.” (Núm. 11).

De lo anterior se desprende que la estipulación de la cláusula a través de la cual se determina que las diferencias que se susciten entre los asociados o entre éstos y la sociedad, por motivo del contrato social serán dirimidas mediante mecanismos alternos de solución de conflictos como el arbitramento, debe emanar de la voluntad libre y autónoma de las partes y no de una imposición o mandato de la ley, comoquiera que se trata de una renuncia al derecho de acceder a la justicia ordinaria (Artículo 229 C. P.) y la consiguiente obligación que se asume por parte de los socios de optar en su lugar por la justicia arbitral en los términos y bajo las condiciones que ha señalado la H. Corte Constitucional (1), amén del carácter que las cláusulas de esa índole ostentan a la luz del artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y en esa medida no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

(1) “... es necesario armonizar, con base en los principios constitucionales, los mandatos contenidos en el artículo 116 de la Carta, que prevé los mecanismos alternativos, y el artículo 229, que garantiza a toda persona el derecho a acceder a la administración de justicia. (...)

Así pues, la **justicia arbitral** implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual **las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros**, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley. Pues bien, este mecanismo alternativo de resolución de conflictos fue expresamente autorizado por el artículo 116 de la Constitución cuando señaló que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de... árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”.

(...)

“

.... el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral (...). Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. (El destacado es nuestro).

*De la argumentación transcrita como de la sentencia mencionada queda en claro que el pacto estatutario sobre arbitramento, es el medio por el cual se renuncia a la jurisdicción*

*ordinaria, haciéndose obligatorio para las partes en conflicto acudir a la decisión de los árbitros para la solución de aquellos asuntos litigiosos, que surjan o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, es decir, se someterá a decisión arbitral aquellos asuntos que de no haberse pactado tal cláusula el Juez ordinario y/o esta Entidad, según el caso, sea el competente para ello”.*

*“{.....}”.*

Lo anterior, no impide que si las partes lo consideran viable, puedan acudir ante el juez (justicia ordinaria o a la Superintendencia de Sociedades en funciones jurisdiccionales) y ya será esa autoridad quien se pronuncie al respecto.

4. En términos generales, el aumento del capital sea cual fuere el tipo societario, debe efectuarse con sujeción a las disposiciones legales y estatutarias a que haya lugar, según la modalidad de operación que corresponda, atendiendo que en las sociedades por acciones simplificadas SAS, el mismo puede conllevar la colocación y correspondiente suscripción de acciones, o la capitalización de créditos a cargo de la sociedad, lo que exigirá el cumplimiento de las formalidades respectivas, como podría ser la convocatoria a todos los asociados para la celebración de la reunión del máximo órgano social donde se consideren las decisiones de su competencia, y que de estar pactado en los estatutos el derecho de preferencia, se respete su ejercicio.

Ahora bien, la circunstancia de existir un conflicto al interior de la compañía, no es motivo suficiente para concluir, sin más, que de llevarse a cabo, el aumento de capital tenía como finalidad, perjudicar a uno o varios accionistas u obtener ventajas indebidas. En caso de inconformidad por parte de algunos asociados, será en instancia jurisdiccional en donde deba emitirse una decisión de fondo, previa presentación de una demanda formal, pues, como antes se indicó no es posible, vía consulta un pronunciamiento de carácter particular.

No está demás anotar que en la página WEB de la Entidad, particularmente en el Link de Procedimientos Mercantiles, podrá acceder a toda la información relacionada con el trámite de los procesos jurisdiccionales a que se hizo alusión, como a la jurisprudencia societaria; igualmente podrá consultar la normatividad, los conceptos jurídicos, la Cartilla sobre SAS, la Circular Básica Jurídica, entre otros.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 mencionada.