

OFICIO 220-207418 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2018

REF: TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA A SOCIEDAD ANÓNIMA, CON O SIN INGRESO DE NUEVOS ASOCIADOS.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-469966 del 30/10/2018, mediante la cual formula una consulta sobre las condiciones en que se habría efectuado la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada a sociedad anónima, la que pone de presente que al acto notarial comparecieron terceros ajenos a la sociedad quienes manifestaron que 'actúan como socios constituyentes de la sociedad anónima en que se ha de transformar la limitada' y sobre esa base pregunta:

-eso era viable a la luz del derecho comercial, o por el contrario se violaron reglas elementales de derecho; por cuanto este no era el acto de constitución de la misma sociedad y menos con terceros, como tampoco el acto de constitución de una nueva sociedad con dichos terceros; ya que el acto de transformación de una sociedad ya existente en este caso, sería a la vez el acto de constitución de una nueva sociedad, lo cual no sería lógico. De otro lado, una sociedad ya existente al parecer no se puede volver a constituir con terceros, máximo cuando su acto de constitución se había registrado ante la cámara de comercio

En primer lugar, se advierte que si bien en virtud de lo dispuesto por los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, este Despacho emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias a su cargo, estos expresan una opinión general, sin que sus respuestas estén dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, menos a calificar la legalidad de actos, contratos o decisiones que comprometan sociedades cuyos antecedentes se desconocen, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas que le competen, lo que explica, a su vez, que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Bajo esa premisa procede señalar que los tipos societarios convencionales, así como y la transformación en general y, en su caso la de sociedad del tipo de

responsabilidad limitada en sociedad anónima, se rigen por las disposiciones de Código de Comercio y de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995.

En estas normas se consagra que “por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”¹; que la sociedad comercial se constituirá por escritura pública, en la que se expresará el nombre y domicilio de quienes intervienen como otorgantes, el tipo de sociedad que se constituye y el capital social, entre otros aspectos², y que el capital social será fijado de manera precisa “pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la ley”³.

1 Artículo 98.

2 Artículo 110.

3 Artículo 122.

4 Artículo 158.

5 Artículo 162.

6 Artículo 167.

7 Artículo 169.

8 Artículo 171.

9 Artículo 13 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995.

Además se establece que “toda reforma al contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad”⁴; que la transformación es una reforma estatutaria⁵; que “una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este código, mediante una reforma del contrato social. La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, no en sus actividades ni en su patrimonio”⁶, y que “si en virtud de la transformación se modifica la responsabilidad de los socios frente a terceros, dicha modificación no afectará las obligaciones contraídas por la sociedad con anterioridad a la inscripción del acuerdo de transformación en el registro mercantil”⁷.

Según las regla general, para que sea válida la transformación será necesario que la sociedad reúna los requisitos para el nuevo tipo societario⁸; que el proyecto de transformación debe dejarse a disposición de los socios, en las oficinas de la administración de la sociedad en el domicilio principal, por lo menos con 15 días hábiles de antelación a la reunión en que vaya a ser considerada esta propuesta; en la convocatoria a la reunión deberá incluirse dentro del orden del día la transformación, con indicación expresa de la posibilidad de ejercer el derecho de retiro, y la omisión de cualquiera de estos requisitos hará ineficaz la decisión⁹.

En este orden de ideas, es claro que si bien la sociedad debe constituirse bajo un tipo societario específico, con el cumplimiento de los requisitos legales para ese fin consagrados, en cualquier momento, puede “variar su forma” o transformarse en otro tipo mediante una reforma estatutaria sin afectar su existencia jurídica, siempre y cuando cumpla los requisitos para ello y ajuste sus estatutos a los nuevos requerimientos legales. Así, al ajustar los estatutos a los requerimientos del tipo de las anónimas, es preciso modificar también las reglas sobre capital de la sociedad, en el sentido de sustituir las cuotas sociales por acciones; especificar el capital autorizado, el suscrito y el pagado, donde el capital autorizado se establezca a partir de las proyecciones de crecimiento de la sociedad anónima, y el capital suscrito y pagado en principio corresponda a las cuotas en que se divide el capital de la sociedad de responsabilidad limitada en proceso de transformación; las clases de acciones, su valor nominal y los derechos que aquellas confieren a su titular, entre otros.

Es evidente entonces que la transformación, en ningún caso significa el nacimiento de un nuevo ente jurídico ni aparece en sí misma la alteración o interrupción de su existencia, capacidad jurídica, actividades o patrimonio, aunque sí puede producir una variación en la responsabilidad¹⁰.

10 En el Oficio 220-019608 del 9 de febrero de 2018 se indicó: “La transformación es una reforma estatutaria que no implica el nacimiento de una nueva sociedad o persona jurídica; ni entraña por sí misma variaciones en su patrimonio; se trata de la misma persona con las mismas calidades y patrimonio, pero bajo un nuevo régimen”.

Ahora bien, si al tiempo con la transformación se decide que ingresen nuevos socios, lo procedente es que el máximo órgano social así lo manifieste y de manera expresa acuerde las condiciones en que habrán de participar aquellos en el capital de la sociedad bajo las reglas propias del tipo como sociedad anónima, con el concurso obviamente de las personas que habrán de vincularse y su aceptación de las condiciones respecto al pago de las acciones con que han de participar, que de manera consecuente se verán reflejadas en las cuentas del patrimonio..

Ilustra con mayor claridad sobre la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima, en concepto contenido en Oficio 220-149296 del 7 de diciembre de 2010, cuyos apartes indican:

“(…) antes de entrar a referirnos a la normatividad que regula la transformación de una sociedad, debe tenerse en cuenta que dicho proceder es un acto eminentemente dispositivo, sometido al querer de los asociados, en donde por una o varias circunstancias, deciden, ajustados a las formalidades legales y estatutarias pertinentes, realizar dicha modificación.

Anotado lo anterior, es preciso anotar que la transformación de una sociedad constituye una reforma de los estatutos sociales que no produce bajo ningún punto de vista, solución de continuidad en la existencia de la compañía como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio, conforme lo consagrado en el artículo 167 del Estatuto Mercantil.

Ahora bien, para llevar a cabo la mencionada reforma, es necesario que se reúna el máximo órgano social, para proceder, previo el estudio pertinente, a someter a la aprobación la reforma que nos ocupa. Dicha reforma debe ser adoptada por la mayoría a que hace referencia el artículo 360 ibídem, salvo que en los estatutos se haya pactado una mayoría superior.

Es necesario tener en cuenta que dentro del orden del día que va a ser considerado por la junta de socios, y el cual contempla la transformación de la sociedad, deberá incluirse el punto atinente a la transformación del ente jurídico, e igualmente el proyecto que contenga las bases de la reforma debe mantenerse a disposición de los socios de la compañía, en las oficinas del domicilio social, donde funcione la administración de la misma, por lo menos con una antelación de quince (15) días hábiles a la sesión en la que vaya a ser considerada la transformación correspondiente.

Igualmente, en la escritura de transformación debe insertarse un balance general que servirá de base para poder determinar el capital social de la compañía transformada. Dicho estado financiero debe estar aprobado, en el caso que nos ocupa, por la junta de socios y autorizado por un contador público., y que, para que sea válida la transformación, será necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos en el Código de Comercio para la nueva forma societaria. (Artículo 170 y 171 del Estatuto Mercantil)".

Las consideraciones expuestas servirán de fundamento para verificar en cada caso los términos y condiciones en que se haya de formalizar en cada caso la transformación, según que para ese fin se hayan cumplido las formalidades legales y estatutarias que la referida reforma estatutaria exige, donde se atenderá a voluntad real del máximo órgano social y si hay lugar, de los terceros que eventualmente ingresen a la sociedad bajo el nuevo tipo adoptado, en el entendido las consecuencias jurídicas que derivan de la transformación, derivan de la misma ley.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.