

OFICIO 220-031215 DEL 25 DE FEBRERO DE 2014

REF.: RADICACIÓN 2014- 01- 010971

S.A.S. ALGUNOS MECANISMOS VIABLES FRENTE AL NO PAGO DEL CAPITAL SUSCRITO.

Aviso recibo del escrito en referencia, a través del cual pone de presente que con fundamento en la Ley 1258 de 2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada S.A.S., se constituyó una sociedad con un solo accionista, persona jurídica, conformada por varias personas naturales; con un capital autorizado de \$2.000.000.000 de pesos y un capital suscrito de \$1.000.000.000 de pesos que el accionista se comprometió a cancelar en una fecha determinada, suscribiendo acciones de tipo nominativo u ordinarias (Al momento de la constitución no hubo capital pagado). Por razones de economía de mercado, no se ha realizado el pago del capital suscrito y ya pasaron los dos (2) años de tiempo límite que otorga el artículo 9 de la Ley 1258 Cit., por lo que pregunta:

“1. ¿Es factible realizar la disminución del capital social del artículo 145 del Código de Comercio, teniendo en cuenta la mora en el pago del capital de constitución por parte del único accionista? En el caso de ser posible, ¿cuál sería el procedimiento para obtener la autorización de que trata el artículo 145, considerando que es una persona jurídica el accionista? ¿La decisión de solicitar autorización para la disminución de capital debe ser tomada por la asamblea de accionistas de este único accionista o se requiere que cada socio de la accionista única manifieste mediante comunicación escrita su acuerdo en la intención de disminuir el capital social?.

2. ¿O por el contrario, se debe dar aplicación a lo estipulado en el inciso segundo del artículo 397 del citado Código y acudir a cualquier de las tres (3) soluciones que allí se mencionan?.

3. Si la anterior es la única solución viable, ¿cómo sería su aplicación si se tiene en cuenta que se trata de un único accionista?”.

En primer lugar, se precisa aclararle que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la citada Ley 1258 “La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

(....)”. Por su parte, el artículo 17 ss., con relación a la organización de la misma determina que los accionistas o accionista único goza de plena libertad para organizar la estructura orgánica de la misma y advierte que a falta de estipulación estatutaria, **“se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único....”**. (Destacados fuera de texto).

De la preceptiva expuesta queda en claro que éste tipo de sociedad puede conformarse con un solo accionista que bien puede ser una persona jurídica, caso en el cual, sino se ha previsto otra cosa en el documento de constitución, las facultades y atribuciones conferidas en el artículo 420 del Código de Comercio a la asamblea general de accionistas en las sociedades del tipo de las anónimas serán ejercidas por el accionista único, caso para el cual, en virtud de lo previsto en el parágrafo del artículo 22 Ibídem el accionista único dejará constancia de las determinaciones adoptadas en actas asentadas en el libro correspondiente de la sociedad.

Nótese entonces que el legislador hace expresa referencia a la posibilidad de que una sola persona jurídica concorra como accionista único en la constitución de una sociedad anónima simplificada, persona jurídica que surge al momento del registro del documento de constitución y que de acuerdo con el artículo 98 del Cód. Cit. una vez constituida legalmente es distinta de los socios o socio individualmente considerado, por tanto es la nueva sociedad creada la que es sujeto de derechos y obligaciones a través de su representante legal. Dicho en otras palabras, los accionistas –personas naturales- de la sociedad constituyente, no tienen facultades ni atribuciones frente a la nueva sociedad anónima simplificada, es la sociedad a la que pertenecen, en su condición de accionista único, las que ostenta las atribuciones a las que hace referencia el mencionado artículo 420 sumado a las que ordinariamente por ley o estatutos le son asignadas a la junta directiva, si ese órgano no se ha previsto en el documento de constitución de la compañía.

Al respecto y para mayor ilustración sobre el tema se precisa traer a colación algunos apartes del Oficio 220- 012360 de 23 de febrero de 2012 (Rad. 2012- 01-032063), a saber:

“(....)

- Respecto al tema relacionado con las funciones que corresponden al accionista único de una SAS, en el denominado documento Guía Práctica SAS., el tema se responde de la siguiente manera:

“38 ¿De contar una S.A.S., con un accionista único, cómo debe operar?

R/ En los estatutos de la sociedad deben contemplarse las funciones previstas para el accionista único, en caso contrario y teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 17 de la ley 1258 de 2008, debe entenderse que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Estatuto Mercantil para las sociedades anónimas deberán ser ejercidas por el mismo.

Valga anotar que el accionista único podrá ejercer todas las atribuciones que la ley le concede a los diversos órganos sociales, en la medida que sean compatibles, incluyendo la de la representación legal de la compañía.

47. ¿En una S.A.S con accionista único, cómo se adoptan las decisiones?

R/ En este caso las decisiones que le correspondería adoptar al máximo órgano social de la sociedad, debe tomarlas el accionista único.

Con el fin de tener conocimiento de las decisiones que haya adoptado el accionista único, las mismas deben hacerse constar en el libro de actas que para el efecto lleve la compañía (Artículo 22, parágrafo)”.

Como se puede concluir siempre que sólo exista un accionista, a él corresponderán las funciones que en el artículo 420 del Ordenamiento Mercantil se asignan a la asamblea general de accionistas; luego, si de acuerdo con el Código de Comercio es función de la asamblea general la emisión y colocación de las acciones, esa función será del accionista único, de manera que a él corresponderá también la elaboración del reglamento respectivo, disponiendo las condiciones para la suscripción y del pago de las mismas.

Por último, téngase en cuenta que al accionista único, además de las funciones previstas en la ley mercantil para el máximo órgano social, también le corresponde asumir las previstas en el mismo ordenamiento para la junta directiva, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1258 Ib., que a la letra dice: “Durante el tiempo en que la sociedad cuente con **un solo accionista, este podrá ejercer las atribuciones que la ley les confiere a los diversos órganos sociales**, en cuanto sean compatibles, incluidas las del representante legal”. (Destacado nuestro).

En ese orden de ideas, para responder puntualmente la consulta, corresponde al accionista único elaborar el reglamento para colocar cualquiera de los tipos de acciones previstos en el documento de constitución de la sociedad por acciones simplificada, señalando clara y libremente las condiciones del contrato de suscripción”.

Pasando a otro tema, con relación a la disminución del capital social, en los términos previstos en el artículo 145 del Cód. de Comercio, mediante el Oficio 220- 103885 de 27 de octubre de 2010, la Entidad expresó:

“(....)

La Ley 1258 de 2008 si bien no contempla el modus operandi tratándose **disminución del capital social**, no lo es menos que conforme a lo previsto en su artículo 45, “En lo no previsto en la presente ley, **la sociedad por acciones simplificada se registrará** por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, **por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio...**”.

Así las cosas si nos vamos al artículo 122 del Código de Comercio, se lee que el capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria; ello equivale a decir, valga la redundancia, que dicha medida deberá someterse a consideración del máximo órgano social en los términos y condiciones previstos en los estatutos, o en su defecto en la ley en cuanto a convocación y quórum (Artículos 20 y 22 de la ley 1258 de 2008); es de anotar que el artículo 29 de la

Ley en mención, en lo que a estas sociedades se refiere, únicamente se limita a indicar que la determinación respectiva ha de constar en documento privado inscrito en el registro mercantil.

Igual merece destacar, que frente a la figura del reembolso de aportes, el artículo 145 de la codificación mercantil, en concordancia con el numeral 7º del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, se observa que el legislador asignó a esta Superintendencia la facultad para autorizar la disminución de capital en cualquier sociedad, siempre que no se encuentre vigilada por la Superintendencia Bancaria y Valores –hoy Superintendencia Financiera de Colombia- cuando tal operación implique un efectivo reembolso de aportes, y que el ente societario acredite el cumplimiento de alguno de los presupuestos de que trata el citado artículo 145 mencionado, a saber: a) que la sociedad carezca de pasivo externo; b) o que hecha la reducción, los activos sociales representen no menos del doble del pasivo externo; c) o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto de los activos sociales.

Así las cosas si la sociedad tiene prevista la disminución de capital para rembolsar a alguno de sus accionistas, le solicito revisar la Circular 004 de 2002, la cual podrá encontrar en la página Web de esta entidad”.

Sólo queda por destacar, la mencionada Circular 004 prevé todo lo relacionado con el trámite de la disminución de capital, aplicable a las sociedades por acciones simplificadas salvo la formalidad relacionada con la escritura pública, que en el caso de las S.A.S. requiere de documento privado.

(....)”.

Tal como puede observarse del concepto transcrito, aplicable -en lo pertinente- para el caso que aquí es objeto de examen, la figura de la disminución de capital es perfectamente viable tratándose de sociedades anónimas simplificadas, en aplicación a la remisión de las normas generales previstas para las sociedades comerciales reguladas en el Ordenamiento Mercantil, según lo dispone el artículo 45 Ley 1258 Cit., aunque de manera expresa es aplicable tratándose de exclusión de accionistas -Inciso 2º, Art. 39 Ley Cit.

Pregunta el consultante acerca de la procedibilidad para dar aplicación a lo previsto en el artículo 397 del Cód. Cit. que consagra las alternativas que se pueden adoptar al interior de la sociedad frente a la mora o no pago del capital suscrito dentro de los términos legales, preceptiva legal aplicable por la remisión a las normas especiales previstas en el Ordenamiento Mercantil para las sociedades anónimas siempre que la ley que crea a las SAS o los estatutos de la misma no lo contemple (Art. 45 Ibídem)

Sin embargo, para mayor facilidad e ilustración sobre el tema se trae a colación el texto del mencionado Art. 397 que a la letra dice:

“Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato”.

Como puede observarse, pese a que las normas especiales para las anónimas son aplicables a las sociedades por acciones simplificadas por la remisión anotada, los arbitrios que se contemplan en el Código de Comercio resultan inaplicables en tratándose de sociedades anónimas simplificadas con accionista único, la primera y más importante razón porque el accionista único es quien asume las funciones y atribuciones que el Ord. Mtal le asigna tanto a la asamblea general de accionistas como a la junta directiva, luego en este caso en particular las alternativas contempladas en la ley para obtener el pago del capital resultan inoperantes.

En opinión de esta Superintendencia y bajo la perspectiva anotada en el escrito, sería viable la disminución del capital siempre que se presenten las condiciones y presupuestos legales previstos para el efecto en el citado artículo 145, lo que no excluye la posibilidad de que el accionista único decida cancelar de inmediato la totalidad de las acciones suscritas al momento de la constitución de la SAS.

Por último, en virtud del artículo 26 de la Ley 1258/08 la sociedad anónima simplificada será representada legalmente por la persona natural o jurídica que designe el accionista único. En cuanto a sus funciones y atribuciones la misma norma prevé que serán las que se determinen en el documento de constitución, pero “A falta de estipulaciones, se entenderá que **el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento** de la sociedad (...).” (Destacados nuestro).

Sumado a lo anterior, tratándose de reformas estatutarias en sociedades anónimas simplificadas con accionista único, resulta evidente que a él corresponde la decisión y a través del representante legal de la misma el documento privado donde consta tal determinación deberá registrarse en la Cámara de Comercio que corresponda al domicilio social (Arts. 17 y 29 Ley 1258 Ibídem).

Visto lo anterior, si bien en el caso planteado el accionista único es una persona jurídica, obviamente distinta de la anónima simplificada que también tiene su propia personalidad jurídica a partir del registro mercantil del documento de constitución (Art. 2º Ley Cit.), nada se opondría a que en su condición de ente social- accionista único- y en razón a que se trata de una inversión el tema sea considerado al interior de su máximo órgano social –

asamblea general de accionistas o junta de socios- decidiendo la procedencia para que el capital autorizado, suscrito y pagado previsto en el documento de constitución de la SAS sea disminuido frente al no pago de las acciones suscritas o, por el contrario, decida cancelar en su integridad su valor, determinación que será la que se adopte al interior de la SAS por su accionista, de donde surge la obligación para su representante legal de que la misma conste en un acta debidamente asentada en el libro correspondiente a la sociedad anónima simplificada.

En resumen, en orden a responder puntualmente la consulta, corresponde al accionista único tomar la decisión de reformar sus estatutos, en el caso en comento decidir acerca de la disminución del capital suscrito y no pagado dentro del término legal; como reforma social que es, su administrador deberá registrar el documento privado en la Cámara de Comercio correspondiente, previo el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 145 del Código de Comercio, sin que sea necesario obtener autorización previa de esta Superintendencia pues la operación no implica efectivo reembolso de aportes, lo que no impide que el Organismo que ejerce inspección o vigilancia sobre el ente social solicite o verifique en cualquier momento el cumplimiento y observancia de lo previsto en la ley para el efecto.

Ahora bien, la posibilidad de disminuir al capital no excluye de responsabilidad al accionista única frente a los perjuicios que haya causado a terceros por la constitución de una sociedad con un capital que no ha pagado. Eventualmente, ante la liquidación de la compañía el liquidador debería entrar a cobrar el capital insoluto y saldar las acreencias, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad en que por abuso del derecho podría incurrir el accionista que dejó de pagar el capital.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su escrito, no sin antes manifestarle que los efectos son contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para mayor información e ilustración sobre temas societarios, se sugiere consultar la página de Internet de la Entidad (www.supersociedades.gov.co) o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.