

OFICIO 220-226743 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2020

ASUNTO: CAUSALES DE DISOLUCIÓN - INVERSIÓN EN LAS S.A.S.

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia mediante la cual, se solicita un concepto sobre los siguientes aspectos:

1. *“Los socios fundadores estamos diseñando estatutos por los cuales el manejo, administración y autonomía de manejo de la sociedad será responsabilidad exclusiva por parte de los socios fundadores. Los inversionistas aportarán una suma que les representará un determinado número de acciones de participación en la sociedad y quedará constancia en el libro de accionistas.*

La pregunta es si esta forma de capitalizar la empresa podría ser considerada como una captación ilegal de recursos del público. En todo caso, si así fuera, ¿cómo podría obtener recursos de capitalización para esta empresa de parte de inversionistas de capital y que se cumpla con la Ley y las normas legales?”

2. *“¿Qué se contempla en la Ley para que no se haga efectiva la causal de disolución de la sociedad bajo estas circunstancias?”*

3. *“La pregunta es si se puede considerar legal el pago de intereses a los inversionistas como retorno de su inversión y si se ha considerado una alternativa para este tipo de empresas, que, si bien se benefician con los incentivos tributarios, quedan imposibilitados para generar utilidades contables y reparto de dividendos en la etapa donde el impacto de la depreciación genera “pérdidas en los ejercicios” y lenta recuperación de las pérdidas acumuladas.”*

Aunque es sabido, es oportuno 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 1437 de 2011 sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad en un caso concreto.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que la jurisprudencia constitucional vertida en la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

El caso a que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

1. Para dar respuesta a su primera inquietud es necesario reiterar que el Decreto 1981 de 1988 señaló:

" Artículo 1º El artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

Artículo 1º Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982".

En consecuencia, resulta pertinente indicar que es diferente la conformación de una sociedad, a realizar negociaciones o fundamentar su objeto social en los términos del decreto 1981 de 1988, toda vez que como la norma lo indica: *"Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios"*.

Ahora bien, se resalta que esta Entidad no administra sociedades, ni adquiere cuotas de participación o acciones en las mismas, por lo que según la legislación nacional, es obligación del administrador velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias¹, y la ley 1258 de 2008 dispone que en los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser

¹ Artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con lo determinado en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. Igualmente, la suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas, sin que el plazo para el pago de las acciones pueda exceder de dos (2) años.

Por lo anterior, estas reglas deberán ser tenidas en cuenta por los accionistas, en el momento de constituir la sociedad y diseñar sus estatutos de acuerdo con las necesidades propias del objeto que se considera desarrollar.

2. Para responder su segunda inquietud se informa que el artículo 34 de la Ley 1258 de 2008 señala:

“ARTÍCULO 34. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. La sociedad por acciones simplificada se disolverá:

1o. Por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el Registro mercantil antes de su expiración.

2o. Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social.

3o. Por la iniciación del trámite de liquidación judicial.

4o. Por las causales previstas en los estatutos.

5o. Por voluntad de los accionistas adoptada en la asamblea o por decisión del accionista único.

6o. Por orden de autoridad competente, y

7o. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.”.

De lo anterior, claramente se concluye que constituye una causal de disolución, tener pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito. Sin embargo, es preciso señalar que el Decreto Legislativo 560 de 2020 en su artículo 16 establece lo siguiente:

“Artículo 16. Suspensión Temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia

Económica, Social y Ecológica, declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, facilitar el manejo del orden público económico y extender la suspensión de la causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y SAS a otros tipos societarios, se suspenden de manera temporal, hasta el 16 de abril 2022, los artículos 342, 351, 370 Y el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio y el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, frente a la causal de disolución por pérdidas; y el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, frente al término para enervarla.”

3. Para responder la última consulta realizada no debe perderse de vista que lo entregado por los inversionistas a la sociedad es capital y no se considera éste como un préstamo a la sociedad, máxime en las sociedades de capitales. Igualmente, acerca del contrato de mutuo esta Superintendencia ya se ha pronunciado así:

“(…) Así, es claro que sin perjuicio de lo que dispongan los estatutos sociales en cada caso, no existe impedimento de orden legal para que el socio otorgue un préstamo a la sociedad, sin que esto implique que no haya responsabilidad al respecto, como la que recae en el administrador, a quien le asiste la obligación de responder solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, teniendo en cuenta que en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá su culpa (artículo 1° Decreto 1925 de 2009, en concordancia con el artículo 200 del Código de Comercio).

Frente al supuesto que la consulta expone, en el que el accionista titular del 50% del capital social, es también representante legal de la sociedad, será preciso, además, solicitar la autorización previa del máximo órgano social para llevar a cabo la operación, so pena de resultar viciada de nulidad absoluta en los términos del artículo 5° del Decreto 1925 de 2009.

A ese propósito ilustra la doctrina que esta Entidad ha sostenido en torno a la autorización a que hay lugar en el caso del socio y representante legal, frente a las operaciones en las cuales confluye un conflicto de interés:

“(…) 3.9.3 Intervención de la Junta de Socios y de la Asamblea General de Accionistas.

El máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía.



Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.

No sobra advertir que cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria.

Finalmente, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos de competencia o aquellos generadores de la situación de conflicto. En caso de desacato, podrá ser removido de su cargo y estará sujeto a la responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal que hubiere lugar.(...)”².

Así mismo, sobre las utilidades también la legislación ha fijado reglas para su distribución, las cuales no se pueden transgredir. Esto ha indicado la Entidad al respecto de las S.A.S.:

“(…) En efecto, los accionistas sólo cuentan realmente con utilidad, cuando la compañía ha cumplido con los intereses derivados de los préstamos financieros, lo que explica que en ningún caso podría pretender un accionista que se privilegie el reparto de su dividendo, sin que la sociedad haya descontado antes de su flujo el costo financiero. Tampoco puede repartirse el dividendo, si sobre la sociedad gravitan unos impuestos cuya base gravable es la utilidad operacional, o desconocer el costo de la depreciación de los activos que afectarán a futuro la operación de la empresa; como es obvio, cada uno de los cargos que se descuentan de la utilidad operacional, responde a garantías de permanencia de la sociedad a las cuales los accionistas deben ceder, frente a su interés de obtener beneficios derivados de su inversión.

Cuando se realiza una inversión el accionista debe considerar no sólo el marco estricto del negocio, sino cada una de las particularidades de la regulación interna que obligan a una sociedad a descontar de la utilidad operacional, conceptos que la ley ha considerado imprescindibles para la sociedad comercial y para la economía interna del país.

2 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-147190 (27 de septiembre de 2018). Asunto: Préstamos del socio a la sociedad. {En Línea}. Disponible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-147190.pdf. {09/11/2020}.



*Así las cosas, se reitera que la utilidad a disposición de los socios, en concepto de este Despacho, es aquella que se obtiene una vez cumplidas cada una de las obligaciones que la ley impone tales como: gastos financieros, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. La utilidad en el estado financiero se refleja en el estado de resultado integral, concepto que será obligatoria (sic) para que el representante legal presente el proyecto de distribución de utilidades, en el entendido que sobre este tema no existe discrecionalidad que permita pactar regla alguna en los estatutos, porque como se ha dicho, responde a fines superiores al interés privado del accionista. (Subrayado nuestro).(...)*³.

Razón por la cual, deberá tenerse en cuenta la doctrina antes descrita con el fin de cumplir a cabalidad con lo determinado en la ley y cada situación particular deberá ser tratada en su condición, contrato de mutuo o contrato de sociedad, entre otros.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

3 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-041880 (21 de marzo de 2018). Asunto: Pago anticipado de dividendos en la SAS. {En Línea}. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-041880.pdf. {09/11/2020}.