

Oficio 220-109257 Supersociedades 26 de Mayo de 2017.

radicada en la WEB MASTER de la Superintendencia de Sociedades, bajo el número 2017 – 01 – 173954 del pasado 11 de abril, mediante la cual solicita concepto en relación con los siguientes cuestionamientos:

1. Una sociedad de tipo SAS, de la cual sus estados financieros con corte 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, muestran una reducción del patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito, ¿debe convocar a Asamblea Extraordinaria para reconocer la incursión en el estado de disolución y tomar medidas para enervarla inmediatamente, o podría esperar hasta la siguiente Asamblea Ordinaria de Accionistas para reconocer la incursión en el estado de disolución?.
2. En cualquier de los dos casos antes mencionados, ¿podría la SAS reconocer la incursión en el estado de disolución en Asamblea de Accionistas, pero posponer el deber de adoptar una medida para enervar la causal de disolución hasta una próxima reunión de asamblea, siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses desde el reconocimiento?.
3. ¿Podría la sociedad de tipo SAS aumentar su capital suscrito mediante la emisión de acciones con prima en colocación con el fin de enjugar la causal de liquidación descrita en el artículo 34, numeral 7º de la Ley 1258 de 2008?.

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia 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 en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

De conformidad con la premisa anterior, procede efectuar las siguientes consideraciones de orden normativo y conceptual, las que se orientarán en primer lugar, a hacerse claridad sobre el advenimiento de la causal de disolución descrita en el numeral 7º del artículo 34 de la ley 1258 de 2008, con lo cual se responde a la primera y segunda pregunta formulada y luego al tema de la capitalización.

1. Sobre el particular es oportuno traer los apartes pertinentes de algunos de los conceptos a través de los cuales esta Entidad se ocupado del tema:

“2- Posteriormente a la expedición de la ley que dio origen a la sociedad por acciones simplificada, surgió a la vida jurídica la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010, “Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo”, en donde en su artículo 24, referente a la determinación de la causal de disolución de una compañía, cuando la misma requiera de declaración por parte del órgano rector, dispone expresamente que “Los

asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida, siempre que el acta que contenga el acuerdo se inscriba en el registro mercantil dentro de los dieciocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal".(Los subrayados son nuestros).

3- Al ser la Ley 1429 posterior, jurídicamente es claro a todas luces que el artículo que debe aplicarse es el 24 y por ende, las decisiones y las medidas que tomen los asociados para salir de la causal de disolución, bien pueden realizarse dentro de los 18 meses o superar dicho término, lo importante, recalamos, es que los accionistas o socios de la sociedad, actúen, analicen, procedan a estructurar un plan de choque que conduzca a sacar adelante a la compañía. En todo caso frente a la causal relacionada con la disolución y liquidación desde la vigencia de la ley que dio vida a la sociedad por acciones simplificada, el término se planteó en 18 meses para tomar las decisiones relacionadas con el enervamiento de la causal.

4- En este orden de ideas podemos afirmar que dentro de la normatividad jurídica no existe un plazo para que las medidas adoptadas solucionen la causal de disolución por pérdidas, pero no hay duda alguna, que ello debe ser dentro del tiempo estrictamente necesario de acuerdo con las medidas adoptadas. No puede entonces calcularse si son 1 o 2 años para que los correctivos lleguen a buen puerto, y es entonces una labor que le corresponde emprender a los administradores, determinando ellos, con la responsabilidad que les incumbe a la luz del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y teniendo como soporte las directrices trazadas por los asociados, la forma pronta para emprender la tarea, mirar que los trámites se cumplan a cabalidad y que los efectos que ellos generan produzcan el resultado buscado.

Así las cosas, como fue dicho, son los administradores los llamados a verificar vencido el plazo de 18 meses que la ley confiere, si conforme a los planes adoptados, es o no factible subsanar la causal y en su defecto, convocar a los asociados, para que con la mayoría establecida en los estatutos o en la ley, declaren disuelta a la sociedad por ocurrencia de la causal correspondiente (artículo 24 de la Ley 1429 de 2010) y proceder a la liquidación del patrimonio social, de acuerdo con el procedimiento que consagran los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio."1 (...)

– Luego, de conformidad con las reglas aludidas, la causal de disolución se entiende enervada, siempre que dentro de los 18 meses siguientes a su ocurrencia, se adopte la decisión respectiva y adicionalmente se inscriba en el registro mercantil el acta que dé cuenta del acuerdo sobre la forma de enervarla, si a ello hubiere lugar.

Lo anterior en el entendido que con la modificación que introdujo el artículo 24 de la ley 1429 de 2010, no solo se amplió de seis a dieciocho meses el término legal para tomar las medidas tendientes a evitar la disolución de la sociedad, cuando se trate de causales susceptibles de ser enervadas, sino que además se previó la condición adicional, de que

en ningún caso será necesario observar las formalidades propias de las reformas estatutarias, como anteriormente se exigía, sino que basta con inscribir en el registro mercantil el acta que contenga el acuerdo respectivo, en la medida en que ello fuere pertinente, según la índole de la determinación que se acuerde. .2

Todo lo anterior para indicar, que la ley no establece taxativamente que se deba convocar en algún término específico a reunión de accionistas con el fin de reconocer la causal de liquidación por pérdidas y en ese sentido proceder a enervarla, no obstante que la misma depende de los elementos correspondientes que permitan evaluar dicha posibilidad. Sin embargo, es preciso enfatizar que todos los actos tendientes a enervar la causal de disolución por pérdidas y por tanto su reconocimiento, si deben surtirse dentro de los 18 meses siguientes a la ocurrencia de la misma, toda

---

1 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220—051682 (14 de abril de 2015). Término para enervar la causal de disolución por pérdidas. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/OFICIO%20220-051682.pdf>

2 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220—074485 (3 de mayo de 2016). Enervamiento Causal de disolución por pérdidas en una S.A.S. (artículos 35 Ley 1258 de 2008 y 24 Ley 1429 de 2010). Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/OFICIO%20220-074485.pdf>

vez que se trata de un término improrrogable que además comprende el registro del acuerdo pertinente en la matrícula mercantil.

En ese sentido el profesor Francisco Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades, sostiene en su obra, que no hay absoluta certeza en la ley acerca del momento desde el cual debe contarse el plazo que disponen los asociados para enervar la causal de disolución, esto toda vez que las pérdidas solo pueden establecerse mediante el análisis de los estados financieros que realicen los administradores de la sociedad, en cualquier época del año, pero como los balances deben someterse a consideración del máximo órgano social, es posible considerar que el término para el enervamiento de la causal de disolución sea el señalado en la ley y deba contarse a partir de la fecha de reunión de la Asamblea en la que se informa a los socios de la situación de la compañía, por lo cual entonces se colige, que si el Representante Legal no convoca a los accionistas en el plazo estipulado por la ley contado a partir del acaecimiento del hecho económico que genera la pérdida, los accionistas se encuentran imposibilitados para intentar el enervamiento.<sup>3</sup> No obstante, ha de tenerse en cuenta que el artículo 458 del Código de Comercio, en su primer párrafo establece que cuando se verifiquen pérdidas indicadas en el ordinal segundo del artículo 457 del mismo estatuto, los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la asamblea general, para informarla completa y documentadamente de dicha situación, con las consecuencias que acarrea el hecho de no cumplir con ésta disposición por parte de los administradores.

2. Frente a la tercera inquietud, es procedente remitirse al artículo 459 del Código de Comercio, el cual dispone que para los fines a que alude el artículo 457 ibidem, la asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del 50% del capital suscrito, como la venta de bienes sociales valorizados, la reducción del capital suscrito conforme lo previsto en el mismo código, la emisión de nuevas acciones, entre otros.

En lo que atañe a la posibilidad de emitir acciones con prima de colocación como medida para enjugar las pérdidas, esta Superintendencia ha efectuado las consideraciones jurídicas a tener presentes, entre ellas:

“...De conformidad con las razones expuestas, es claro que será procedente o no emitir acciones con prima en colocación, en la medida en que los potenciales suscriptores estén dispuestos a pagar un sobre precio por las acciones de la respectiva sociedad, en el entendido que la prima como se vio, hace parte del aporte entregado por el socio o accionista a la compañía, sin que exista disposición legal que lo impida. Bajo esa consideración, en la hipótesis

---

3 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá D.C.: TEMIS, 2006. 397 p. ISBN 958-35-0586-2 (Tomo II).

planteada resultaría viable realizar dicha operación, pues al emitir acciones con prima en colocación, lo que se estaría efectuando es una capitalización, que constituye una forma para restablecer el patrimonio de una sociedad, sin pasar por alto que aun cuando la prima se considera aporte, para efectos de determinar la causal de disolución por pérdidas, únicamente se tendrá en cuenta que el capital suscrito o social sea superior al patrimonio en el porcentaje exigido por la ley (artículo 459 del Código de Comercio).”. 4

Así es claro que en las circunstancias descritas pueden emitirse acciones con prima en colocación, atendiendo que ésta última hace parte del capital social de la compañía, por lo cual la capitalización sería idónea para restablecer el patrimonio cuando ésta se encuentre en causal de disolución por pérdidas. Sin embargo es preciso tener en cuenta otras consideraciones, a saber:

1. Que la cuantía en la que haya de aumentarse el capital suscrito para enervar la causal de disolución, debe ser siempre superior a la simple diferencia matemática realizada entre la cuantía del capital suscrito y el monto del patrimonio neto de la sociedad, al momento de adoptarse la capitalización, lo anterior debido a que al aumentarse el capital suscrito,

así se incrementará la proporción del capital que debe lograrse para salir de la situación que genera la causal de disolución mencionada.<sup>5</sup>

2. Que si se opta por la capitalización con la prima en colocación, aunque no todos los accionistas hayan adquirido sus partes alícuotas con prima de colocación, todos pueden participar de dicha capitalización, ya que así algunos no hayan contribuido a la creación y formación de ese superávit por no haber suscrito en su momento las acciones colocadas con tal prima, sí han contribuido al incremento del patrimonio social, hecho que es fundamento de la nombrada prima.<sup>6</sup>

Por lo cual una emisión de acciones a un valor superior a la realidad patrimonial de la sociedad, favorecería a quienes se abstuvieron de suscribir acciones en dichos términos, siendo entonces que se alteraría la proporción entre el patrimonio social y el número de acciones en circulación, resultando que los socios que no realizaron dichos aportes se vean beneficiados del valor intrínseco de sus acciones. <sup>7</sup>

---

4 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220—061029 (22 de marzo de 2017). Procedencia de la Prima en colocación de acciones. Capitalización. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/OFICIO%20220-061029.pdf>

5 REYES VILLAMIZAR. Op. Cit., p. 399.

6 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-039144 (29 de Junio de 2010). Prima en colocación de acciones. No es viable distribuir prima en colocación en acciones o en dinero únicamente a quienes entregaron ese superávit de capital. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/30741.pdf>

7 REYES VILLAMIZAR. Op. Cit., p. 419. En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes observar que en la Página WEB de la entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia como los que se han citado, y la Circular Básica Jurídica, entre otros.