

OFICIO 220-220288 DEL 04 DE OCTUBRE DE 2022

ASUNTO: CAMBIO DE CONTROL.

Acuso recibo de su escrito radicado con el número citado en la referencia, en el cual formula una consulta en torno a la situación de control y cambio de la misma en las sociedades por acciones simplificadas -S.A.S.-

Sobre el particular se formulan puntualmente las siguientes cuestiones:

“1. Una sociedad por acciones simplificada tiene 3 accionistas, los cuales, tienen cada uno el 33,33% del capital de la sociedad (en adelante la “Holding”). La Holding tiene a su vez una participación mayoritaria en diferentes sociedades subordinadas en cuyos estatutos, para efectos de este supuesto, se establece la posibilidad de tomar las medidas establecidas en el artículo 16 de la ley 1258 de 2008 en el evento en que una accionista que tenga la calidad de persona jurídica incurra en un cambio de control (en adelante las “Subordinadas”).

2. Los accionistas de la Holding tienen la intención de enajenar un número de acciones equivalente al 50% + 1 de las acciones en circulación de la Holding a un tercero.

3. No existe ninguna situación de control registrada sobre la Holding, debido a que los accionistas no tienen ninguna motivación diferente al ánimo de asociarse para actuar en la sociedad, es decir, no hay ningún vínculo entre los accionistas de la Holding que pueda implicar un supuesto de control conjunto, sin embargo, las Subordinadas sí tienen una situación de control registrada como controladas de la Holding.

PREGUNTAS

1. ¿Cuándo el artículo 16 de la ley 1258 de 2008 hace referencia a “cambio de control” implica que debía existir una situación de control previa a la operación en la que se enajena un porcentaje de participación que otorga control en la sociedad?

2. En el evento en el que se realice una enajenación del 50% + 1 de las acciones de la Holding, teniendo en cuenta que no existe, previo a dicha operación, una situación de control en la Holding. ¿Podrían los accionistas de las Subordinadas excluir a la Holding de las Subordinadas aplicando la causal de exclusión establecida en el artículo 16 de la ley 1258 de 2008 y los estatutos de las Subordinadas?

3. Suponiendo que la Holding, antes de que los accionistas de ésta enajenen el 50% + 1 de las acciones, realiza el aviso requerido por el artículo 16 de la ley 1258 de 2008. ¿Existe un



plazo para que los accionistas de las Subordinadas tomen la decisión de excluir a la Holding de las Subordinadas?”

En atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de la Superintendencia de Sociedades, esta Oficina emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver ni a decidir situaciones de orden particular, ni constituyen 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, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Se propone en el escrito de consulta el estudio de un caso hipotético de una S.A.S. que es CONTROLANTE de un número indeterminado de sociedades subordinadas, que aparentemente también obedecen al tipo societario S.A.S. En dicho caso se plantea que los tres socios de la S.A.S. CONTROLANTE ceden parte de sus acciones a un tercero, quien con las acciones adquiridas obtiene una participación en el capital de la S.A.S. CONTROLANTE equivalente al 51% del capital social y, por consiguiente, queda incurso en la presunción de control por participación sobre la S.A.S. CONTROLANTE, prevista en el artículo 261 del Código de Comercio.¹

A su turno, se pone de presente que las S.A.S. SUBORDINADAS, desde antes de la cesión de acciones por parte de los socios de la S.A.S. CONTROLANTE, tienen previsto en sus estatutos la causal de exclusión de cualquiera de sus sociedades accionistas, cuando quiera que se llegare a presentar un cambio en su situación de control, de conformidad con las preceptivas del artículo 16 de la Ley 1258 de 2008.

Se menciona, adicionalmente, que los tres socios originales de la S.A.S. CONTROLANTE no se reconocen a sí mismos como controlantes conjuntas de ésta, aun cuando se señala que cada uno tiene el 33.33% de las participaciones en el capital social.

En este contexto, se formulan cuestiones relacionadas con la posible aplicación de la cláusula estatutaria de exclusión por cambio de control que existe en los estatutos de las S.A.S. SUBORDINADAS, de cara a la efectiva exclusión de su sociedad accionista CONTROLANTE, con ocasión de la cesión de las acciones de sus tres socios a un tercero que adquiere la proporción mayoritaria de su capital social.

1 COLOMBIA. Gobierno Nacional. Código de Comercio. Artículo 261, numeral 1º: “Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. (...)”



Sobre el asunto, es necesario poner de presente que su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente a la misma. Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho procederá a realizar algunas consideraciones de índole jurídico que servirán de guía al consultante.

Para abordar el estudio de la temática preguntada se debe partir del contenido del artículo 16 de la Ley 1258 de 2008, cuyo texto es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 16. CAMBIO DE CONTROL EN LA SOCIEDAD ACCIONISTA. En los estatutos podrá establecerse la obligación a cargo de las sociedades accionistas en el sentido de informarle al representante legal de la respectiva sociedad por acciones simplificada acerca de cualquier operación que implique un cambio de control respecto de aquellas, según lo previsto en el artículo 260 del Código de Comercio.

En estos casos de cambio de control, la asamblea estará facultada para excluir a las sociedades accionistas cuya situación de control fue modificada, mediante decisión adoptada por la asamblea.

El incumplimiento del deber de información a que alude el presente artículo por parte de cualquiera de las sociedades accionistas, además de la posibilidad de exclusión según el artículo 39 de esta ley, podrá dar lugar a una deducción del veinte por ciento (20%) en el valor del reembolso, a título de sanción.

PARÁGRAFO. En los casos a que se refiere este artículo, las determinaciones relativas a la exclusión y a la imposición de sanciones pecuniarias ____.” (Subrayado fuera del texto)

Como se desprende de la lectura del texto transcrito, una sociedad por acciones simplificada se encuentra facultada, en los términos de la Ley 1258 de 2008, para excluir a las sociedades accionistas, (exclusión de socios), cuando en éstas realice cualquier operación que implique cambio de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio, siempre y cuando:

1. Se establezca en los estatutos la obligación de la sociedad accionista de informarle a la S.A.S. la ocurrencia de cualquier operación que implique cambio en el control que se tenga sobre ella, con respecto a la determinación de sus decisiones sociales. El cambio en el poder de decisión por cualquier causa.²
2. La exclusión se apruebe por la asamblea de accionistas, con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la reunión, excluido el voto de la accionista destinataria de la medida.

2 COLOMBIA. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-062186 del 14 de marzo de 2022. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-062186_DE_2022.pdf



Habida consideración de las previsiones legales indicadas, se entiende entonces que si una sociedad por acciones simplificada estipula en sus estatutos una restricción a la negociación de acciones de sus sociedades accionistas³, consistente en el deber de informar cambios en su situación de control y se reserva la facultad de excluirla como socia, es porque conoce que existe una situación de control previamente establecida y desea que los cambios que se puedan presentar en la misma le permitan decidir oportunamente si quiere mantenerla como asociada o prefiere excluirla de acuerdo a las circunstancias que le son propias.

Esta es una estipulación que pretende de alguna manera conservar las relaciones negóciales de la S.A.S. con quienes determinan en últimas las decisiones de las sociedades accionistas que participan en su capital social, de manera que se proteja el núcleo de control.

Así las cosas, la S.A.S. puede protegerse frente a la toma indeseada del control por parte de inversionistas ajenos al núcleo de control original, de manera que, en el evento de no poder evitar cambios en la situación de control, sí pueda optar por la exclusión de la sociedad accionista que amenaza el manejo de los intereses de la S.A.S.

Con base en las precisiones anotadas, se procede a atender puntualmente cada una de las cuestiones consultadas:

“1. ¿Cuándo el artículo 16 de la ley 1258 de 2008 hace referencia a “cambio de control” implica que debía existir una situación de control previa a la operación en la que se enajena un porcentaje de participación que otorga control en la sociedad?”

Desde luego que la incorporación estatutaria del deber de información al representante legal de la S.A.S. respecto de la realización de cualquier operación que produzca cambios en el control de la sociedad accionista, supone la existencia de una situación de control previa que era conocida tanto por la S.A.S. como por la sociedad accionista, hubiere sido o no revelada en el Registro Mercantil.

Es ese el sentido de la incorporación de dicha previsión estatutaria, en tanto que se convierte en una cortapisa a la cesión de acciones de la sociedad accionista, pues el nuevo inversionista queda advertido de la facultad que puede ejercer la S.A.S. respecto de la exclusión de la sociedad frente a la cual pretende adquirir el poder de decisión.

“2. En el evento en el que se realice una enajenación del 50% + 1 de las acciones de la Holding, teniendo en cuenta que no existe, previo a dicha operación, una situación de control en la Holding. ¿Podrían los accionistas de las Subordinadas excluir a la Holding de las Subordinadas aplicando la causal de exclusión establecida en el artículo 16 de la ley 1258 de 2008 y los estatutos de las Subordinadas?”

En el evento de cambio de control de la S.A.S. CONTROLANTE accionista de las S.A.S. SUBORDINADA, puede el máximo órgano social de esta última excluir a la S.A.S.

3 COLOMBIA. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-034920 Del 25 de mayo de 2012. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32356.pdf

CONTROLANTE a través de la respectiva asamblea de accionistas, sin el voto de la S.A.S. CONTROLANTE.

“3. Suponiendo que la Holding, antes de que los accionistas de ésta enajenen el 50% + 1 de las acciones, realiza el aviso requerido por el artículo 16 de la ley 1258 de 2008. ¿Existe un plazo para que los accionistas de las Subordinadas tomen la decisión de excluir a la Holding de las Subordinadas?”

En el caso hipotético consultado, es obligación de la S.A.S. CONTROLANTE informar a cada uno de los representantes legales de las S.A.S. SUBORDINADAS el cambio de la situación de control de la S.A.S. CONTROLANTE, so pena de poder ser excluida y de poder perder el 20% del reembolso de aportes a título de sanción.⁴

Corresponde a los accionistas establecer en los estatutos el plazo dentro del cual sea posible a las S.A.S. SUBORDINADAS proceder a la exclusión de la S.A.S. CONTROLANTE, pues en silencio de éstos, podría pensarse en que quedaría abierta la posibilidad de ejercer dicha opción hasta cuando haya nuevos cambios en la situación de control en la S.A.S. CONTROLANTE.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar la normatividad, la Circular Básica Jurídica, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta tecnológica Tesauro, entre otros.

4 COLOMBIA. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-200929 del 16 de octubre de 2020. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-200929_DE_2020.pdf