

OFICIO 220-096185 DEL 09 DE JULIO DE 2018

REF: Aplicación del Decreto 667 de 18 de abril de 2018

Me refiero al escrito radicado en la WEBMASTER de la Superintendencia de las Sociedades mediante radicado No. 2018-01-266093 del 24 de mayo de 2018, mediante el cual formula los siguientes interrogantes que en su orden serán reproducidos a continuación:

1. Las SAS constituidas con anterioridad a la vigencia del Decreto 667/18 (es decir, hasta antes del 19 de julio de 2018), que tengan dos (2) accionistas personas naturales con participación mayoritaria por uno de ellos ¿tendrá ese accionista persona natural con participación mayoritaria la obligación de registro de la situación de control según el Decreto 667/18 en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995?

2. En caso afirmativo del literal (a) (entiéndase 1 para los efectos de este documento) precedente ¿cuál es el sustento de naturaleza o de carácter legal para ello, entendido tal carácter como fuente "ley", distinto al reglamentario del referido DECRETO 667/18?

Lo anterior, dado que el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 atribuye la obligación de registrar la situación de control específica y claramente a "la sociedad controlante", es decir, a una persona jurídica, mientras que el DECRETO 667/18 crea o atribuye dicha obligación de registro en cabeza de una persona natural por vía reglamentaria (como es eminentemente el carácter del DECRETO 667/18 – HECHO 1.5.).

3. En caso afirmativo del literal (a) (entiéndase para los efectos de esta respuesta el numeral 1) precedente ¿ese accionista persona natural con participación mayoritaria en la SAS constituidas con anterioridad a la vigencia del DECRETO 667/18, cuenta con los 30 días siguientes a la entrada en vigencia del DECRETO 667/18 para dicho registro de control, es decir hasta el 19 de agosto de 2018?

4. ¿Tratándose de accionista único persona natural de SAS constituidas con anterioridad a la vigencia del DECRETO 667/18, cuenta con los 30 días siguientes a la entrada en vigencia del DECRETO 667/18 para dicho registro de control, es decir, hasta el 19 de agosto de 2018?

5. Las SAS de accionista único persona natural que se constituya entre el 18 de abril de 2018 y hasta el 19 de julio de 2018, ¿está bajo la obligación del artículo 2.2.2.41.6.1. adicionado por el DECRETO 667/18? O ¿cuál es el tratamiento que tendría esa SAS de único accionista persona natural?

6. La SAS que se constituyó con anterioridad a la vigencia del DECRETO 667/18 y que antes de dicha vigencia, es decir, hasta antes de julio 19 de 2018, tiene dos (2) accionistas personas naturales (con participación mayoritaria por uno de ellos), tendrá el accionista mayoritario persona natural la obligación de suministrar el formato que trata el inciso primero del citado artículo 2.2.2.41.6.1.?

7. La SAS que se constituyó con anterioridad a la vigencia del DECRETO 667/18 y que antes de dicha vigencia, es decir, hasta antes de julio 19 de 2018, tiene dos (2) accionistas personas naturales (con participación mayoritaria por uno de ellos) ¿tendrá el accionista mayoritario persona natural la obligación de registro de la situación de control en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995?

8. En caso afirmativo de a) o b) anteriores ¿cuál es el sustento de naturaleza o de carácter legal para ello, entendido tal carácter como fuente "Ley", distinto al reglamentario del referido DECRETO 667/18?

9. Las SAS que se constituyan a la entrada en vigencia del DECRETO 667/18, es decir, al 19 de julio de 2018 y en adelante, con, al menos, dos (2) accionistas, todo personas naturales, uno de los cuales tenga participación accionaria mayoritaria, ¿está sujeto a la obligación del formato que trata el inciso primero del artículo 2.2.2.41.6.1. del DECRETO 667/18?

En caso afirmativo, ¿cuál es el sustento de carácter de ley, distinto al reglamentario del DECRETO 667/18?

10. Si, con posterioridad a la entrada en vigencia del DECRETO 667/18 se registra la constitución de una SS con un (1) accionista persona natural, y posteriormente a dicho registro de constitución de la SAS, la participación accionaria de la SAS muda o cambia su naturaleza pluripersonal con accionistas personas naturales (tanto en el caso que tengan igual participación accionaria o que una de tales personas naturales tenga participación mayoritaria, se cancelaría el registro de la situación de control?).

11. ¿Estableció el DECRETO 667/18, por vía reglamentaria, un evento o caso de presunción de situación de control adicional a los previstos en el artículo 27 de la ley 222/1995 (modificatorio del artículo 261 del Código de Comercio)?.

Al respecto, es del caso señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta 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, que no se dirige resolver asuntos o

situaciones de orden particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

De conformidad con lo descrito, se hacen las siguientes precisiones legales:

1. El artículo 261 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, establece: "... 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..."

2. Al respecto de las presunciones legales, estableció en sede constitucional la Corte Constitucional:

"... PRESUNCION LEGAL-Requisitos para que sea constitucional

"Para que una presunción legal resulte constitucional es necesario que la misma aparezca como razonable, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin.

"JUICIO DE RAZONABILIDAD DE PRESUNCION LEGAL-Superación

"El juicio de razonabilidad de una norma que consagra una presunción legal se supera, simplemente, al verificar que, según las reglas de la experiencia, es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. La probabilidad se define, principalmente, a partir de datos empíricos. No obstante, en algunas circunstancias, el legislador puede encontrar probable la conducta que, según el ordenamiento jurídico, debe seguir un sujeto razonable (o lo que en derecho civil aún hoy se denomina un buen padre de familia). En consecuencia, para consagrar una determinada presunción, la ley puede tener en cuenta expectativas sociales adecuadamente fundadas, siempre que tales expectativas puedan ser razonablemente satisfechas. No obstante, tratándose de una presunción legal, la persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido..."

3. El Decreto 667 de 2018, en el artículo 1 estipula:

"... Adiciónese una sección 6 al capítulo 41 del título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015..."

"Artículo 2.2.2.41.6.1. Inscripción de la situación de control en sociedades por acciones simplificadas con accionista único persona natural. Cuando se

presente para inscripción en el Registro Mercantil la constitución de una sociedad por acciones simplificada en la que el único accionista sea una persona natural, las Cámaras de Comercio suministrarán al constituyente de la sociedad un formato para que este proceda a inscribirse como controlante de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

“En caso de que la persona rehúse inscribirse como controlante, para que proceda la inscripción de la constitución de la sociedad deberá manifestar por escrito dirigido a la Cámara de Comercio que no ejerce el control sobre la sociedad, el fundamento de su declaración y, si considera que otra persona es el controlante, informar el nombre e identificación de dicha persona. Dicho documento será remitido por la respectiva Cámara de Comercio a la Superintendencia de Sociedades.

“Parágrafo primero: La inscripción a que hace referencia el presente artículo en ningún caso exime al controlante de la obligación de inscribir la situación de grupo empresarial, así como toda modificación de la situación de control, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. En las sociedades por acciones simplificadas constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia del presente artículo, el controlante debe inscribir la situación de control o grupo empresarial en los términos de la norma señalada...”

Se recuerda que esta entidad en diferentes oportunidades se ha pronunciado al respecto de la presunción de la situación de control que recae en el accionista único, de una sociedad por acciones simplificada así:

“...En conclusión, frente al interrogante planteado es dable colegir que, la sociedad que posee el 100% del capital de una S.A.S estaría incurso, en principio, en la primera de las presunciones de subordinación del artículo 261 del Código de Comercio, esto es, ser propietaria de más del 50% de su capital, lo cual generaría la consecuente obligación de declarar e inscribir el control, en los términos del artículo 30 de la mencionada Ley 222 de 1995; teniendo en cuenta que en todo caso, las presunciones legales de subordinación, pueden desvirtuarse a través de la prueba que demuestre que el poder de decisión, no se halla sometido a la voluntad del presunto controlante...”

Se aprecia que el Decreto 667 de 2018, no deroga ni adiciona las disposiciones de la Ley 222 de 1995, toda vez que simplemente se limita a regular una situación muy particular, dirigida a simplificar un trámite sobre el registro del control ejercido por la persona natural accionista único, en una sociedad por acciones simplificada.

En efecto, la regulación del Decreto 667 de 2018, se refiere al trámite de la inscripción de la situación de control de manera concomitante con a la constitución de nuevas sociedades por acciones simplificadas, para lo cual genera una

obligación en cabeza de la cámara de comercio correspondiente, en el sentido de suministrarle al accionista único, un formato en el cual inscriba la situación de control.

Se armoniza con la legislación nacional al definir que en virtud de la presunción legal que existe bajo el postulado del artículo 30, numeral 1°, de la ley 222 de 1995, la Cámara de Comercio pertinente donde se constituya la sociedad por acciones simplificada, inscribirá la situación de control en los casos de accionista único persona natural.

En cumplimiento de lo establecido constitucionalmente, frente a la presunción legal, el Decreto 667 de 2018, previó que la persona que rehúse inscribirse como controlante, deberá manifestar en la constitución y por escrito dirigido a la Cámara de Comercio, que no ejerce el control sobre la sociedad, el fundamento de su declaración y, si considera que otra persona es el controlante, informar el nombre e identificación de dicha persona.

La norma indica claramente su sentido, razón por la cual no habrá lugar a interpretaciones adicionales, ya que en el párrafo primero del artículo 2.2.2.41.6.1 se dispone que en las sociedades por acciones simplificadas, constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 667 de 2018, el controlante deberá inscribir la situación de control grupo o empresarial en los términos del artículo 30 de la ley 222 de 1995.

Por lo anterior, se observa que la norma en comento, solo busca simplificar el trámite de registro de la situación de control en virtud de la presunción legal que pesa sobre el accionista único persona natural de una sociedad por acciones simplificada.

Frente a los términos contemplados en la consulta, se considera pertinente señalar que el texto del Decreto claramente establece que no se eximen de obligación sobre el registro de la situación de control ni de las modificaciones que sobre él se deban realizar en el registro mercantil.

El Decreto 667 de 2018, en su artículo 2°, señala que el mismo rige a partir del día siguiente a aquel en que se cumplan tres meses de su publicación, para lo cual deberá tenerse en cuenta que fue publicado en el Diario Oficial No. 50.568 del 18 de abril de 2018.

En cumplimiento de lo determinado en el artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, el entonces proyecto del Decreto 667 de 2018, fue publicado entre el 12 y el 26 de febrero de 2018, cuyo formato de memoria justificativa para la elaboración de textos normativos, dispone lo siguiente en aras de explicar el fundamento jurídico – fáctico de la expedición del acto administrativo en mención, cuyos apartes se transcriben a continuación:

“Está previsto por el legislador que quien tiene la capacidad de tomar las decisiones en una sociedad, ya sea porque tiene la mayoría de las acciones o porque tiene las mayorías en las asamblea o junta directiva, o en su defecto a través de un negocio jurídico influye en la misma, ostenta la calidad de controlante (artículo 261 del Código de Comercio).

“Cuando ello ocurra, la persona natural o jurídica tiene la obligación de hacer la revelación pública inscribiendo tal situación en el registro público mercantil dentro de los treinta (30) días siguientes a la configuración del hecho, so pena de que la Superintendencia de Sociedades proceda a iniciar la actuación administrativa tendente a declarar la situación de control, ordenar el registro de la misma e imponer la multa a que haya lugar (Artículo 30 de la Ley 222 de 1995).

“A partir del análisis efectuado a las investigaciones que ha adelantado la Superintendencia de Sociedades por el incumplimiento de la norma antes citada, se han evidenciado algunos casos en los que las personas naturales que constituyen una sociedad por acciones simplificada (SAS), en su condición de accionistas únicos, han omitido dar cumplimiento a la inscripción de la situación de control, en los términos y oportunidad establecidos por la norma.

“Por ejemplo, en el año 2016, la Superintendencia adelantó 58 investigaciones en lo que un accionista único controlaba al menos a una sociedad. Esta cifra, a septiembre de 2017, se mantenía en 42 investigaciones. Las sanciones que se imponen en éstos casos, atendiendo las facultades establecidas en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, usualmente se enmarcan dentro del rango de 5 a 10 S.M.L.M.V., sin perjuicio de la discrecionalidad punitiva y de los criterios de graduación de la sanción establecidos en el artículo 50 del CPACA.

“Si bien estos montos no resultan altos comparados con las demás sanciones que impone la Superintendencia, si pueden resultar bastante significativos para los micros, pequeños y medianos empresarios que apenas inician sus emprendimientos a través del tipo societario de la SAS.

“En el marco de sus alegatos y defensa, los investigados -la mayoría de las veces-, aducen que el incumplimiento obedece al desconocimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 o porque consideran que no les aplica. Lo anterior, como quiera que la SAS se ha convertido en el tipo societario idóneo para los pequeños empresarios que, en principio, no cuenta con los recursos para contratar una asesoría jurídica que advierta el deber de registro anteriormente citado.

“Así las cosas, se estima necesario un ajuste normativo que, en virtud de la presunción de control por participación en el capital social establecida en el numeral 1º del artículo 261 del Código de Comercio, le facilite a los

pequeños empresarios (personas naturales), que a su vez sean accionistas únicos de la SAS, el cumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 al momento de la formalización de su empresa.

“Se considera que el alcance de la norma solo debe abarcar los casos en los que el accionista único de la SAS sea persona natural, teniendo en cuenta que la finalidad de la misma es buscar la eficiencia en el trámite de los pequeños empresarios y, fundamentalmente porque el nivel de control de la sociedad se agota en cabeza de la persona natural respectiva única dueña, que por ese hecho se convierte en su matriz. No obstante, si en la realidad la persona natural no resulta ser la controlante de la SAS, la norma propuesta establece la obligación del verdadero controlante de revelar dicha situación.

“Esta situación en cambio, no se predica del accionista único persona jurídica, como quiera que es probable que dicho accionista tenga un accionista controlante y éste último otra matriz y así sucesivamente. Es decir, el nivel de control no concluye necesariamente en el accionista único persona jurídica...

“El proyecto de Decreto cuenta con el visto bueno de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y es jurídicamente viable de conformidad con la facultad reglamentaria del Presidente de la República prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, pues se trata de una disposición que tiene como propósito modificar el Decreto 1074 de 2015, para reglamentar la inscripción de la situación de control establecida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.(...)”.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, señalando finalmente que en la página WEB www.supersociedades.gov.co, puede consultar entre otros los conceptos que esta Superintendencia ha emitido en relación con los temas objeto de su interés, así como la cartilla de matrices y subordinadas que está incluida en la misma página.