

OFICIO 220-042318 DEL 22 DE MARZO DE 2018

Ref: EXCLUSION y/o SUSPENSION DE LOS DERECHO DE SOCIO REGISTRADO EN LISTAS CAUTELARES LA/FT- Radicación 2018-01-047247 12/02/2018

Distinguido doctor:

Me remito a su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual tuvo a bien solicitar el concepto de este Despacho frente a los planteamientos que al efecto expone, en los siguientes términos:

“A la luz del derecho de sociedades:

“-¿Sería válida una estipulación estatutaria en una sociedad anónima para permitir a la Junta Directiva la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 397 del Código de Comercio a hipótesis diferentes de la mora en el pago de aportes, en concreto, a la aparición de un accionista en listas cautelares LA/FT?

“-Como en los estatutos de una sociedad anónima no pueden establecerse causales de exclusión, por tratarse de una figura que no es de su naturaleza, ¿con qué otros mecanismos legales cuentan los accionistas y administradores de las sociedades anónimas para prescindir de un accionista que implique un riesgo reputacional en materia LA/FT?

“- ¿Sería viable suspender el ejercicio de los derechos que confiere el artículo 379 del Código de Comercio a accionistas por aparecer en listas cautelares LA/FT?”

Como del texto de la consulta se desprende, la inquietud gira en torno al hecho sobreviniente de un accionista de una sociedad anónima, que aparece registrado en listas cautelares de lavado de activos y financiación del terrorismo, circunstancia que representaría un riesgo reputacional para la compañía.

De ahí que con miras a controlar el riesgo, se buscan posibles fórmulas para aislar a la sociedad del accionista en cuestión, por vía de exclusión, o de la suspensión de sus derechos.

Sobre el particular es preciso desde ya anticipar que efectivamente en concepto de este Despacho, la legislación nacional no permite bajo ninguna condición la posibilidad de contemplar estatutariamente para el caso de la sociedad anónima la figura de la exclusión de accionistas, ni la suspensión de sus derechos por ministerio de una decisión de los órganos sociales, bien se trate de la asamblea general de accionista o la junta directiva.

Así lo ha reiterado de tiempo atrás la doctrina de esta Superintendencia, en diversas oportunidades, como expresan los oficios 220-125001 del 29 de junio de 2017, que a su vez remite al Oficio 220-070317 de abril 29 de 2009:

“EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN SOCIEDADES ANONIMAS.

“(…)

“Ahora, tratándose de sociedades anónimas, igual ha manifestado esta Superintendencia, entre ellas mediante el oficio 100-20613 del 23 de mayo de 2001, publicado en el Libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos en el año 2004, página 541, cuya partes pertinentes me permito transcribir: “(…) Así las cosas, ante la ausencia de una previsión expresa, como ocurre en caso de la sociedad colectiva, o de una remisión al régimen de ésta, como sucede con respecto a los gestores de la sociedad en comandita, es necesario examinar si en la forma social anónima, tal y como ocurre a propósito de las sociedades de responsabilidad limitada, a la ausencia de prohibición legal se suma la compatibilidad de la cláusula de exclusión con el régimen legal del tipo.

“Dicho examen, en opinión del Despacho, conduce a la conclusión de que la exclusión es incompatible con el tipo de sociedad anónima, razón por la cual no es dable su estipulación.”

“Expuesto lo anterior, y en consideración a que el peticionario indaga sobre la posibilidad de establecer como sanción disciplinaria, entre otras, la exclusión de un accionista en una sociedad anónima, reitera el Despacho que no es dable pactarla como castigo en este tipo societario; sin embargo, ello no obsta para que estatutariamente, y en aras de evitar ciertas conductas en contra de la sociedad, se pacten sanciones que no comprometan los derechos de los accionistas, Vr. Gr. multas, lo cual no obsta para que paralelamente el interesado que vea amenazados sus derechos inicie las acciones a que haya lugar ante un juez de la república, quien mediante sentencia determinará si los accionistas demandados incurren o no en las conductas calificadas como competencia desleal, teniendo en cuenta desde luego las evidencias y pruebas presentadas al proceso, y dentro el cual el implicado haya tenido la oportunidad de defenderse, conjugándose así la seguridad y la justicia, pues toda persona que participe en un proceso tiene derecho a una solución justa

(…).

“En consecuencia, tenemos que no existe libertad contractual para pactar las causales de exclusión de los asociados, por lo tanto, no es dable establecer estatutariamente los presupuestos, causas o hechos de este tipo que no consagra

taxativamente la ley, por ende, teniendo en cuenta que la ley no contempla para las sociedades la figura jurídica de la exclusión de los accionistas la situación que usted anota en este punto, considera esta oficina que no hay lugar para con base en ella ni en ninguna otra excluir a un accionista”

Así las cosas, es dable colegir que frente a la hipótesis motivo de inquietud, tampoco es viable acudir a las previsiones del Artículo 397 del Código de Comercio con miras a suspender los derechos del accionista por orden de los administradores o decisión de la asamblea general de accionistas, pues como es evidente se trata de medidas eminentemente restrictivas cuya procedencia se supedita a los precisos supuestos que señala la ley.

Por su parte, en cuanto hace a los efectos que se derivarían por la aparición de un accionista en listas cautelares LA/FT, es pertinente observar que en el marco de la regulación que contiene las previsiones sobre la materia, a saber Ley 526 de 1999, Ley 1121 de 2006, Decreto 1068 de 2015 Artículo 2.14.2, Decreto 1023 de 2012, Artículo 7, numeral 26, Circular Externa No. 100-000006 de 2016 (Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia), no existen consecuencias específicas que pudieran predicarse respecto del accionista por el solo hecho aparecer incluido en tales listas.

Para que haya una afectación al derecho de acción, vinculado a una investigación por lavado de activos y financiación del terrorismo, es preciso adelantar previamente por la justicia penal, un proceso de extinción de dominio, en el cual, pueden ser implementadas medidas cautelares sobre las acciones sociales, mediante el embargo de las mismas y la administración provisional a través de un depositario provisional designado por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., de modo que surtido el debido proceso y el derecho de defensa, se defina la extinción del dominio sobre las mismas a favor del Estado o la devolución a su propietario. (Leyes 1708 de 2014 y 1849 de 2017).

En las condiciones expuestas, corresponde a la sociedad por conducto de sus administradores, evaluar los mecanismos a través de los cuales se pueda hacer frente a esta circunstancia, con el fin de prevenir, gestionar y mitigar el riesgo LA/FT., como los que se enuncian a continuación:

- Explorar la posibilidad de provocar la negociación de las correspondientes acciones libremente a favor de los socios o de terceros, si ello es posible sin incurrir en una operación sospechosa.

- Iniciar o hacerse parte en un proceso penal de extinción de dominio.

- Acudir a las acciones jurisdiccionales con el objeto de dirimir el eventual conflicto de socios y con la sociedad que representa la problemática indicada, para lo cual esta Superintendencia dispone de las facultades jurisdiccionales asignadas en los términos del Artículo 24, numeral 5 del Código General del Proceso, y si es procedente, solicitar la venta forzada de las acciones conforme al Artículo 414 del Código de Comercio.
- Acudir a una instancia arbitral, si así se ha pactado estatutariamente.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad: www.supersociedades.gov.co, puede consultar entre otros, los conceptos jurídicos y la Circular Básica Jurídica.