

OFICIO 220-201939 DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

Ref: Autonomía contractual en la configuración de la estructura orgánica en las SAS.

Aviso recibo de su escrito radicado con el No. de la referencia, mediante el cual formula una consulta en los siguientes términos:

“En los estatutos de una Sociedad por Acciones Simplificada, se puede pactar un artículo en el que se diga que “ningún socio puede adquirir más del cuarenta por ciento (40%) de las acciones suscritas por la sociedad”. O esta estipulación resulta violatoria de la libertad de los socios para adquirir acciones?”

“Esta Duda surge debido a que se quiere evitar desde el mismo contrato social que en algún punto del desarrollo societario se dé lugar a la capitalización abusiva, debido a que con este artículo ningún socio, valiéndose de la adquisición de acciones, puede llegar a aumentar su participación en detrimento de la participación de los demás socios.”.

Al respecto es preciso señalar que en atención a las consultas formuladas en los términos del numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, esta oficina emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias a cargo de la Entidad. Por tanto sus respuestas en esta instancia, no están dirigidas a resolver situaciones particulares, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los usuarios, lo que explica que sus pronunciamientos no sean vinculantes ni comprometan su responsabilidad.

Es así que frente a su interrogante resulta oportuno remitirse a la doctrina que ha sido proferida en torno al régimen legal de las SAS, la que comprende un sin número de conceptos que expresan el criterio de esta Superintendencia sobre temas diversos que se divulgan en la P. WEB, precisamente para facilitar que los usuarios puedan consultar directamente los asuntos de su interés y contar con mayores elementos de juicio a la hora de tomar sus decisiones, a más de la Guía Práctica que con igual propósito se ha puesto a su disposición.

En primer lugar viene al caso traer a colación apartes de los Oficio 220-083822 del 28 de julio de 2011 y 220-111526 DEL 01 DE JUNIO DE 20017, para destacar como la Ley 1258 de 2008, se caracteriza por su flexibilidad en cuanto permite que los particulares definan con un gran margen de amplitud las reglas a las que habrán de someterse los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad. De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar "libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento", amén de la premisa general que el artículo 45 ibídem establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legal que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas y por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio.

En esa medida se observa que si bien el artículo 3° determina que la SAS es una sociedad de capitales, el contexto de la ley recoge la orientación del régimen francés que sirvió de inspiración a la misma, en el reconocimiento del elemento intuitu personae que podría asumir esta nueva forma asociativa, al consagrar facultades expresas que permiten limitar estatutariamente la libre negociación de las acciones con estipulaciones que van incluso más allá del simple derecho de preferencia, como las que permiten restringir la venta de acciones hasta por un término de diez años prorrogable por un lapso igual (art. 13), someter a la autorización previa de la Asamblea cualquier negociación (art. 14) o, establecer supuestos de exclusión de socios (art.39).), entre otros, lo cual indica que en lugar de impedir la adopción de reglas que limiten o prohíban el ingreso de terceros como socios, el espíritu de la Ley se orienta a permitir más bien cláusulas que reserven la admisión de terceros.

Ilustra la explicación del profesor Francisco Reyes Villamizar, gestor de la citada ley en su obra, *“La Sociedad por Acciones Simplificada”*, sobre la organización y la estructura orgánica interna de este tipo societario, quien anota lo siguiente¹:

¹La Sociedad por Acciones Simplificada pág. 61, 96 y 97. Primera Edición.

“... uno de los principios en que se ha inspirado la ley SAS es el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales. El concepto de sociedad – contrato representa la idea cardinal bajo la cual se establece toda regulación de la sociedad por acciones simplificada. Se trata de permitirle a la partes definir del modo más amplio las pautas bajo las cuales han de gobernarse las relaciones jurídicas que surgen en la sociedad. Así las disposiciones contenidas en la Ley 1258, tienen un carácter eminentemente dispositivo de manera que pueden ser reemplazadas por otras previsiones pactadas por los accionistas.

(...)

“Uno de los aspectos principales del régimen jurídico de las SAS consiste en el alejamiento de las normas de orden imperativo. El carácter dispositivo de su regulación también da lugar a una enorme libertad de organización para los constituyentes. No en vano afirma Perín en relación con el régimen introducido en Francia sobre las sociedades por acciones simplificadas que “la conjunción del principio de libertad contractual con la creación de una sociedad por acciones constituye un privilegio sin antecedentes en la legislación francesa para cualquier agente económico las escogencia de las SAS como estructura jurídica de su empresa corresponde al deseo de aumentar la eficacia de su organización, al permitir que esta se adopte a las necesidades de sus accionistas.

“Lo propio puede decirse respecto a la regulación colombiana. La Ley SAS procura una libertad obre la organización interna de la sociedad”.

Las consideraciones expuestas, son suficientes para reiterar que en virtud del principio de la autonomía contractual, los asociados en efecto cuentan con un amplio margen y libertad de configuración para diseñar la estructura orgánica de la sociedad, lo que les permite pactar en los estatutos las reglas claras que estimen apropiadas para el funcionamiento interno², según los intereses de sus constituyentes, y evitar conflictos que interfieran el desarrollo del ente societario, de donde se infiere que es

viable cualquier estipulación orientada regular la conformación del capital social que pretenda estructurarse, siempre que dichas estipulaciones respeten los derechos que las acciones representativas del capital confieran a sus titulares y resulten a su vez compatibles con las reglas sobre emisión, transferencia, ejercicio de derechos, pérdida de los mismos, y en general todo el régimen de derechos y obligaciones derivados de la titularidad de acciones.

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 Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes reiterar que para mayor ilustración pueden consultar directamente la P. WEB de la Entidad.

OFICIO 220-201952 DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

Ref.: Fallecimiento del socio mayoritario de una sociedad por acciones simplificada y una sociedad en comandita.

Me remito a su comunicación radicada en la WEB MASTER bajo el número 2017 – 01 – 407533, mediante la cual se solicita concepto sobre la forma cómo se habría de hacer la transferencia de las acciones, ante el fallecimiento del socio mayoritario de dos compañías, una sociedad por acciones simplificada y una sociedad en comandita, en la cuales, ésta última es sociedad de la sociedad por acciones simplificada mencionada.

Al respecto, es preciso advertir que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 del 2012, ésta oficina absuelve las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a cargo de la entidad, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que como tal no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Consecuente con lo anterior, cabe señalar que el tema relacionado con el fallecimiento de un socio cualquiera sea el tipo societario, lo trata minuciosamente la Circular Básica Jurídica No. 100 – 000001 expedida por ésta Superintendencia el 21 de marzo de 2017, la cual indica:

“V. La representación de las cuotas o acciones de la sucesión ilíquida corresponde a las siguientes personas según el caso:

Cuando hay un albacea (aquel a quien el testador da el cargo de hacer ejecutar sus disposiciones) con tenencia de bienes corresponde a él la representación.

Siendo varios los albaceas, debe designarse un solo representante, salvo que uno de ellos haya sido autorizado por el juez o el funcionario competente para el efecto.

Si no hay albacea, o habiéndolo, el anterior no acepta el encargo, corresponderá la representación a la persona que por mayoría de votos designen los sucesores reconocidos en el juicio o el respectivo trámite sucesoral (artículo 17 de la Ley 95 de 1890).

De conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la citada ley, cuando quiera que no se pueda elegir al administrador de la manera anteriormente señalada, se otorgará a cada uno de los comuneros la facultad de acudir al juez para que los convoque a junta general, quien determinará expresamente la fecha, hora y lugar de la reunión y así, bajo su presencia, efectuar el aludido nombramiento, en cuyo caso podrá hacerse por cualquier número de sucesores que concurra y en el evento que no se logre el referido nombramiento, este corresponderá al juez, en concordancia con lo previsto en el inciso 2° del artículo 378 del Código de Comercio.

Los actos de administración y conservación o custodia realizados por los legitimarios no reconocidos como herederos, no les confiere la representación de la herencia ni la facultad de elegir, por mayoría de votos, la persona que represente las acciones de la sucesión.

En el evento que no existan sucesores reconocidos, la representación le corresponderá al curador de la herencia yacente (bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada), para lo cual será necesario promover ante el juez la declaratoria de la herencia yacente y la designación del curador que la represente.”.

Lo anterior, para poner de presente que en los dos casos, tanto en la sociedad por acciones simplificada, como en la sociedad en comandita, al momento del fallecimiento de su socio mayoritario se deben realizar los trámites encaminados a la adjudicación de las correspondientes partes de interés.

Adicionalmente es preciso tener en cuenta las reglas consagradas en los artículos 319 y 320 del Código de Comercio, sobre la continuación de la sociedad en comandita, siempre y cuando hubiere pacto de continuar la sociedad con los herederos o con los socios supervivientes, la cual solo podrá cumplirse cuando tales herederos tengan la capacidad requerida para ejercer el comercio, esto por remisión a las a las normas que aplican frente a la sociedad colectiva según lo dispuesto en el artículo 341 del mismo Código.

Sin perjuicio de lo anterior, viene al caso remitirse al concepto de esta Entidad que ilustra sobre la eventualidad de que los herederos puedan ceder sus derechos herenciales en favor de terceros así:

“ La cesión de derechos hereditarios es un contrato contemplado en la ley, específicamente en el artículo 1967 del Código Civil, por el cual un heredero transmite a otra persona la totalidad o parte de los derechos que le corresponden en una sucesión abierta. En este caso, el heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultarán

para él con ocasión del proceso de sucesión. No existe limitante legal para la celebración de un contrato de promesa de este tipo de convención y tampoco encuentra esta oficina que la negociación deba surtirse a través de la protocolización del contrato, pudiéndose adelantar sin formalidad específica alguna, ni que deba inscribirse ante el Registro Mercantil.

(...) En lo que se refiere a la posibilidad que el heredero de un accionista fallecido ceda la totalidad o parte de sus derechos hereditarios pretendiendo ceder así la condición de accionista del causante en una sociedad en la cual se ha pactado el derecho de preferencia para la negociación de las acciones, entiende esta oficina que tal operación resulta perfectamente viable, siempre que una vez adjudicada la participación accionaria dentro del proceso sucesorio y previamente a la inscripción de tal adjudicación en el Libro de Registro de accionistas, respecto de la parte accionaria cedida por el heredero se surta el procedimiento estatutaria o legalmente establecido para agotar la posibilidad con que cuentan los demás accionistas para acceder con preferencia a la propiedad de las acciones.

Lo anterior encuentra sustento en la primacía del derecho de preferencia que la ley ha fijado respecto de los accionistas de una compañía quienes, optando por un tipo de sociedad cerrada, prefirieron restringir la libre negociación de su participación accionaria a través del establecimiento en el contrato social del derecho de preferencia, concediéndoles a éstos la posibilidad de adquirir la propiedad de las acciones, antes que terceros ajenos a la misma, en los eventos que alguno de los accionistas manifieste su intención de negociarlas, facultad a que alude el artículo 407 del Código de Comercio, así como el numeral 2) del artículo 403 del mismo ordenamiento cuando establece como excepción a la libre negociación de las acciones el establecimiento en los estatutos del derecho de preferencia citado.

(...) Así, si bien la adjudicación (por causa de muerte, por venta forzada o por liquidación de la sociedad conyugal), así como la negociación voluntaria, resultan ser los medios para la adquisición de participación en el capital social de una compañía, en el evento que una sociedad anónima disponga en sus estatutos el aludido derecho de preferencia, debe, en cualquier caso, surtirse el procedimiento establecido para agotarlo, so pena de viciar la propiedad sobre las acciones de quien las adquiere obviándolo.”¹.

¹ Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220— 022469 (15 de abril de 2012). Cesión de derechos hereditarios por parte del heredero de un accionista de una sociedad cuyos estatutos contemplan el derecho de preferencia en la negociación de las acciones. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32269.pdf#search=220%2D022469

De lo expuesto, es dable resaltar que en efecto la cesión de derechos herenciales sobre las acciones que corresponden a los herederos en la sociedad por acciones simplificada, es un contrato perfectamente viable que se puede generar en favor de la empresa accionista, siempre respetando el derecho de preferencia a que haya lugar, por lo cual dichas acciones eventualmente pasarían a nombre de la sociedad en comandita.

Por último, habrá de preverse la situación de control que por éste hecho se llegue a generar en la titularidad de la sociedad en comandita sobre la sociedad por acciones simplificada, con las obligaciones que se ahí se desprenden en los términos de los artículos 260 y ss del Código de Comercio y artículos 28 y ss. de la Ley 222 de 1995.

De conformidad con lo expuesto, su solicitud ha sido atendida no sin antes observar 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