

DERECHO DE RECESO O DE RETIRO EN COLOMBIA

ÍNDICE

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS GENERALES

1.1 NOTAS INTRODUCTORIAS

1.2 SEMÁNTICA Y TERMINOLOGÍA

1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN COLOMBIA

1.4 UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA.

1.4.1 Institución y contrato

1.4.2 Fundamentos constitucionales del derecho de receso

1.4.3 Una noción del derecho de retiro o de receso

1.4.4 Noción de la Superintendencia de Sociedades

1.5 ACTUALIDAD LEGISLATIVA ESPAÑOLA, NORTEAMERICANA, ITALIANA Y EUROPEA

1.5.1 Recientes Reformas en la legislación española

1.5.2 Legislación norteamericana actual

1.5.3 Recientes reformas en la legislación italiana

1.5.4 Normas de la comunidad europea

CAPÍTULO II

2. TENDENCIAS DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RECESO

2.1 DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

2.2 RESCISIÓN PARCIAL

2.3 TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

2.3.1 Antecedentes de la teoría de la imprevisión

2.3.2 Características de la institución

2.4 RENUNCIA A LA CALIDAD DE ASOCIADO

2.5 ABUSO DEL DERECHO

2.5.1 Antecedentes de la teoría del abuso del derecho

2.5.2 Abusos del derecho en materia societaria

2.5.3 Diferencia entre el abuso del derecho y el derecho de receso

2.5.4 Conductas abusivas en las sociedades

2.6 OPINIÓN SOBRE LAS TENDENCIAS DOCTRINALES

CAPÍTULO III

3. UBICACIÓN DEL DERECHO DE RECESO DENTRO DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS

3.1 DERECHOS ECONÓMICOS

3.2 DERECHOS POLÍTICOS

3.3 DERECHOS DE ORDEN GENERAL

3.4 EXCEPCIONES A LOS DERECHOS

3.5 CARACTERÍSTICAS Y UBICACIÓN DEL DERECHO DE RECESO

3.5.1 Voluntad unilateral

3.5.2 Reembolso y reducción del capital

- 3.5.3 **Subsistencia o pervivencia de la sociedad**
- 3.5.4 **Extinción de los vínculos sociales**
- 3.5.5 **Irrenunciabilidad**
- 3.5.6 **Debe tener origen legal o estatutario**
- 3.6 **EL DERECHO DE RETIRO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO**

CAPÍTULO IV

- 4. **DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS**
 - 4.1 **LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO**
 - 4.1.1 **Noción**
 - 4.1.2 **Motivos de exclusión**
 - 4.1.3 **Vacíos legislativos sobre la exclusión**
 - 4.2 **EXCLUSIÓN EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS SAS**
 - 4.3 **SUSTITUCIÓN DE SOCIOS**
 - 4.4 **READQUISICIÓN DE ACCIONES**

CAPÍTULO V

- 5. **SUPUESTOS DEL DERECHO DE RECESO EN LA DOCTRINA**
 - 5.1 **POR LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL OBJETO SOCIAL**
 - 5.2 **POR EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO O A OTROS DOMICILIOS NACIONALES**
 - 5.3 **POR INCREMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO**
 - 5.4 **AL TRANSFORMARSE, FUSIONARSE O ESCINDIRSE LA SOCIEDAD**
 - 5.5 **POR LA MODIFICACIÓN EN LA VALORACIÓN DE APORTES NO DINERARIOS**

- 5.6 AL PRORROGARSE EL PLAZO PACTADO DE DURACIÓN DE LA SOCIEDAD O POR LA REACTIVACIÓN DE UNA SOCIEDAD DISUELTA
- 5.7 POR EL RETIRO DE LOS MERCADOS PÚBLICOS DE LAS ACCIONES O TÍTULOS O POR REGLAS QUE GRAVEN LA CIRCULACIÓN DE PARTES, CUOTAS O ACCIONES
- 5.8 POR ADQUIRIR LA SOCIEDAD LA CONDICIÓN DE VINCULADA ECONÓMICA DE UN CONTROLANTE O DE PARTÍCIPE EN UN GRUPO EMPRESARIAL O ECONÓMICO
- 5.9 POR JUSTA CAUSA O RENUNCIA JUSTIFICADA
- 5.10 POR NO REPARTO DE UTILIDADES DURANTE UN PLAZO DETERMINADO
- 5.11 POR MODIFICACIÓN EN LAS REGLAS DE VOTACIÓN O EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS DEL SOCIO
- 5.12 POR LA SUSPENSIÓN O LA INTRODUCCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS
- 5.13 POR LA SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE RETIRO
- 5.14 POR BLOQUEO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE UNA SOCIEDAD
- 5.15 CAUSAS CONVENCIONALES O PACTO ESTATUTARIO Y RETIRO AD NUTUM

CAPÍTULO VI

6. REGÍMENES COLOMBIANOS

6.1 RÉGIMEN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

6.1.1 Sociedades colectivas

6.1.2 Sociedades limitadas

6.2 LEY 222 DE 1995

- 6.2.1 **De la iniciativa preliminar del gobierno al texto final de la Ley 222 De 1995**
- 6.2.2 **Las principales causales desechadas por el Congreso**
- 6.2.3 **Causales del derecho de receso consagradas en la Ley 222 de 1995**
 - 6.2.3.1 **Cuando la transformación, escisión o fusión de las sociedades conlleve a una mayor responsabilidad al socio ausente o disidente o cuando le traiga una desmejora en sus derechos patrimoniales**
 - 6.2.3.2 **Desmejora en sus derechos patrimoniales**
 - 6.2.3.3 **Otra causal para ejercer el derecho de retiro o de receso es el retiro o cancelación voluntaria de las acciones en el Registro Nacional de Valores o en la bolsa de valores**
 - 6.2.3.4 **Causales convencionales**
- 6.3 **TITULARES DEL DERECHO DE RECESO**
 - 6.3.1 **Copropietarios, acreedores prendarios, usufructuarios, acciones o derechos por fuera del Comercio**
 - 6.3.2 **Cesión del derecho de receso**
- 6.4 **DISIDENTES, AUSENTES Y ABSTENCIONISTAS**
 - 6.4.1 **El disidente**
 - 6.4.2 **El ausente**
 - 6.4.3 **El abstencionista**
- 6.5 **PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL RECESO**
 - 6.5.1 **Información**
 - 6.5.2 **Plazo y forma para su ejercicio**
 - 6.5.3 **Facultad de la Superintendencia para decidir sobre la existencia de la causal**
 - 6.5.4 **Opción de compra**
 - 6.5.5 **Adquisición por la sociedad y órganos autorizados para su ejercicio**
 - 6.5.6 **Empresa unipersonal**
 - 6.5.7 **Disolución**

6.6 REEMBOLSO

6.6.1 Plazo

6.6.2 Avalúo

6.6.3 Rebaja de Capital

6.7 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL RECESO

6.7.1 Responsabilidad del socio recedente

6.7.2 Responsabilidad de los socios que continúan

6.7.3 Responsabilidad de la sociedad

6.8 CADUCIDAD DEL DERECHO DE RECESO

6.9 REVOCACIÓN DE LA CAUSAL DEL RECESO

6.10 TRÁMITE INDEPENDIENTE POR CADA RECEDENTE

6.11 RECESO PARCIAL

6.12 NATURALEZA DEL DERECHO DE RETIRO Y RENUNCIA

6.13 IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA Y EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

6.14 EL DERECHO DE RECESO EN LA REACTIVACIÓN Y EN LA RECONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY 1429 DE 2010

6.14.1 Reactivación

6.14.2 Reconstitución

6.15 DERECHO DE RETIRO EN LOS CASOS DE FUSIONES Y ESCISIONES, DENTRO DE LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL REGLADA EN LA LEY 1116 DE 2006

6.16 REGLAMENTACIONES Y PROCEDIMIENTO PARA DIRIMIR DIFERENCIAS SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

6.17 INNOVACIONES DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

6.18 OPINIÓN SOBRE EL DERECHO DE RECESO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL –CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 222 DE 1995

- 6.19 **DERECHO DE RETIRO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS SAS**
- 6.20 **DERECHO DE RETIRO PARA LOS ACCIONISTAS PROPIETARIOS DE ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL**
- 6.21 **NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO, AÑO 2012**

CAPITULO VII

- 7. **OTRAS LEGISLACIONES NACIONALES QUE CONTEMPLAN EL DERECHO DE RETIRO**
 - 7.1 **DERECHO DE RETIRO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS O ASEGURADORAS VIGILADAS POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA, HOY FINANCIERA**
 - 7.1.1 **Supuestos de receso**
 - 7.1.2 **Del avalúo independiente y del receso**
 - 7.1.3 **Comentarios Sobre este régimen**
 - 7.2 **DERECHO DE RETIRO EN EL CASO DE ENAJENACIÓN DE PARTICIPACIONES ESTATALES**
 - 7.2.1 **Consideraciones constitucionales**
 - 7.2.2 **Interpretación de este mecanismo por la Superintendencia de Sociedades**
 - 7.2.3 **Remisión a la legislación mercantil**
 - 7.3 **OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES O.P.A. Y DERECHO DE RETIRO DE DISIDENTES O AUSENTES EN EL MERCADO PÚBLICO ACCIONARIO**
 - 7.3.1 **Aspectos generales**
 - 7.3.2 **Legislación comunitaria europea y española**
 - 7.3.3 **Normas nacionales**

CAPÍTULO VIII

8. EL DERECHO DE RECESO EN OTRAS FORMAS DE ASOCIACIÓN MERCANTIL

8.1 DERECHO DE RETIRO O REEMBOLSO EN BONOS CONVERTIBLES EN ACCIONES-BOCEAS

8.2 ASOCIACIONES POR GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO: CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES

8.2.1 Características

8.2.2 Ley modelo del CCI y legislación española

8.2.3 Normatividad nacional

8.2.4 Característica de la norma colombiana

8.3 FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVAS

8.3.1 Antecedentes

8.3.2 Gestores

8.3.3 Normatividad

8.3.4 Administradores

8.3.5 Capital y objeto

8.3.6 Clases

8.3.7 Aportes

8.3.8 Órganos de administración y control

8.3.9 Estatus de Inversionista

8.3.10 Redención de la Inversión o derecho de receso

8.3.11 Una Anotación Final

CAPÍTULO IX

9. A MANERA DE CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

- **Fuentes bibliográficas**
- **Fuentes normativas**
- **Leyes**
- **Decretos**
- **Sentencias**
- **Conceptos y oficios**
- **Resoluciones y circulares de la Superintendencia de Sociedades de Colombia**
- **Gacetas del Congreso de la República de Colombia**
- **Otras fuentes normativas extranjeras**

DERECHO DE RECESO O DE RETIRO EN COLOMBIA

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS GENERALES

Sumario: Notas introductorias. Semántica y terminología. Evolución histórica del Derecho de sociedades en Colombia. Actualidad legislativa española, norteamericana e italiana. Recientes reformas en la legislación española. Legislación norteamericana actual. Recientes reformas en la legislación italiana. Normas de la Comunidad Europea. Normas de la legislación argentina. Una primera aproximación al tema. Institución y contrato. Fundamentos constitucionales del derecho de receso. Una noción del derecho de retiro o de receso.

1.1 NOTAS INTRODUCTORIAS

En el mundo jurídico-mercantil el derecho de asociación ha sido uno de los más reconocidos desde los inicios del comercio y de su normatividad. Toda la evolución del derecho comercial ha estado signada por la posibilidad de asociarse dos o más personas para la realización de negocios y, en general, de actividades económicas. Fue la sociedad colectiva, al comienzo de la actividad del tráfico de bienes, la primera expresión de esta facultad de adelantar negocios en conjunto. En el Medioevo mediterráneo se dio origen a las sociedades en comandita, que en alguna forma se ajustaban a un modelo de inversionistas de riesgo y ejecutores públicos de negocios¹. Posteriormente, con el advenimiento de la asociación

¹ Sin entrar a examinar los distintos procesos históricos de conformación de las figuras societarias es preciso subrayar, a los efectos que ahora interesan, que cada una de estas figuras nace en un contexto histórico determinado para atender específicas exigencias de carácter económico y social. Desde esta perspectiva se explica básicamente la aparición en el tráfico del comercio medieval de las sociedades colectiva y comanditaria y del condominio naval; el nacimiento de las compañías coloniales y de las corporaciones de origen y estructura jurídico-pública en la fase histórica del mercantilismo; el crecimiento y desarrollo de las sociedades anónimas hasta su completa privatización con el desenvolvimiento del capitalismo y, en tiempos más recientes, la creación de las cooperativas y las mutualidades como esquemas organizativos de carácter alternativo frente al sistema de economía de mercado. Cada una de estas figuras ha venido sirviendo, a lo largo de etapas históricas sucesivas, a parcelas diferentes del tráfico económico-social.

masiva de capitales que trajo el mercantilismo, y después con la llegada del capitalismo, se generó la creación del modelo de las sociedades anónimas. Recientemente, a finales del siglo XIX, apareció en Alemania el modelo de las sociedades limitadas, una forma intermedia entre las sociedades colectivas y las sociedades anónimas, y últimamente han surgido formas mucho más libres, como las llamadas sociedades por acciones simplificadas de origen francés y además se está en presencia de otra modalidad de asociación a través de los llamados fondos de inversión. Todos estos modelos o formas de asociación han tenido reconocimiento constitucional después del surgimiento, hace un poco más de doscientos años, de los Códigos constitucionales, los que reconocieron la libertad y autonomía de la voluntad para asociarse como uno de los derechos del modelo de la libertad individual preconizada por la Ilustración y por la Revolución Francesa².

En muchas ocasiones, el discurso sobre el derecho de asociación para la realización de empresas o negocios ha desconocido una parte importante de las consecuencias que este concepto conlleva. De hecho, si bien la libertad o derecho de asociación se ha regulado extensamente y con gran detalle, la otra cara que hace parte de esta libertad o derecho de asociación, contenida en la posibilidad de terminarla mediante decisión unilateral de voluntad, y que se refleja tanto en la exclusión como en el retiro de un asociado, no ha tenido mayores estudios o desarrollos, no obstante ser parte integral del muy reconocido derecho de asociación³.

² Artículo 38. Constitución Política de Colombia. “Se garantiza el derecho de la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

³ Por contraste en la asociación matrimonial que regulan las leyes civiles es notorio el equilibrio de disposiciones normativas entre las relativas al contrato de asociación matrimonial como de las referidas a la terminación bilateral o unilateral, como manifestaciones de la libertad de asociación en sentido positivo o negativo.

La terminación unilateral puede no consultar la voluntad del socio o asociado cuya relación concluye, al provenir esa decisión de la voluntad de los otros asociados facultados para ejercer el llamado **derecho de exclusión**, o puede ocurrir que la conclusión o finalización de esa relación jurídica del asociado surja de la voluntad exclusiva y unilateral del asociado, el cual, facultado legal o estatutariamente, puede terminar ese vínculo societario al ejercer el **derecho de receso**⁴, institución que se desarrollará en este escrito y que en palabras del profesor Francesco Galgano es el ejercicio de la *“libertad de iniciativa económica, que resulta amparada en esta forma en su aspecto negativo como libertad de renunciar al ejercicio en común con las otras partes, de una actividad económica que ya se ha emprendido”*⁵.

En la institución del derecho de receso, de retiro o de separación hacen presencia intereses públicos y privados que confluyen y sobre los cuales las legislaciones pretenden dictar normativas para armonizarlos. De un lado, se busca preservar la continuidad o preservación de la vida societaria, evitando traumatismos a los socios que desean continuar con el desarrollo del objeto social. Igualmente se aspira a proteger a los acreedores sociales, ya sean mercantiles, laborales o fiscales y, finalmente, a la misma economía de los países, pues para todos ellos: socios, acreedores y para el mundo de los negocios en general, el retiro de un socio podría generar riesgos derivados de la no continuidad de la sociedad que afectaren el pago de las deudas, o el desarrollo normal y sin sobresaltos de las actividades mercantiles. Paralelamente, surge la necesidad de proteger la libertad contractual y los derechos de las minorías societarias y del socio individual, quienes pueden sufrir cambios o menoscabo en sus derechos originarios

⁴ Del latín *recessus* que significa separación, apartamiento, desvío.

⁵ GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Volumen II. Bogotá, Editorial Temis, 1999. Págs. 141 a la 147.

derivados del pacto social, al modificarse por las mayorías las reglas societarias inicialmente pactadas o producirse desequilibrios de importancia en las relaciones de los socios y que, en caso de no existir el derecho de retiro, obligarían al asociado a sufrir, como dice Francesco Galgano, “*La perpetuidad del vínculo contractual*”⁶, expresión similar a la del profesor Guillermo Sánchez Jiménez cuando se refiere a los “*prisioneros de su inversión*”⁷, tanto en las pequeñas sociedades de familia como en las sociedades capitalistas.

1.2 SEMÁNTICA Y TERMINOLOGÍA

Antes de avanzar en el tema propuesto se desea hacer una reflexión sobre la utilización de términos, su significado y asimilación. Particularmente, nos referimos a los vocablos socios, consocios, asociados y accionistas, sociedad y compañía, aportaciones, aportes, causales, supuestos, causas, retiro y receso; todos los cuales serán repetidos en múltiples ocasiones en este trabajo.

En su libro “Un nuevo derecho societario”, el tratadista Ignacio Sanín B., se quejaba de la imprecisión de nuestros textos legislativos al referirse indistintamente a los socios, asociados, consocios y accionistas, alegando la necesidad de ser rigurosos conceptualmente y por tanto reconocer la expresión asociado como genérica para el vinculado a cualquier sociedad, el de socio para el relacionado con una sociedad por cuotas o partes de interés social, y el de accionista para quien participe de las sociedades por acciones⁸.

⁶ GALGANO, Francesco. Idem.

⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Guillermo. En el Prólogo del libro “El derecho de Separación del Accionista” de BRENES CORTÉS, Josefa. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 14.

⁸ SANIN BERNAL, Ignacio. Un nuevo Derecho Societario. Primera Edición. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1999, p. 48.

Una extensión de esta crítica llegaría a glosar la utilización del término compañía, asimilándola a sociedad, tal como se deduciría del empleo por el Código de Comercio de ese vocablo en los capítulos relativos a las fusiones societarias, al ejercicio de la acción social de responsabilidad o a la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada. Incluso para el tema que nos concierne, la ley 222/1995, de 20 de diciembre⁹, que reglamentó el derecho de retiro en sus artículos 12 al 17, lo asimila al derecho de receso, expresión comúnmente utilizada por la doctrina para referirse al retiro de la sociedad, pero que no tiene definición en nuestra legislación.

Sin desconocer la importancia de la precisión en el léxico científico y mucho más en materia jurídica, este estudio se tomará la licencia de utilizar en forma indistinta los términos socio, asociado y consocio, reservando el de accionista para los partícipes de las sociedades anónimas, de las comanditas por acciones o de las sociedades por acciones simplificadas. Igualmente, se usará en forma indistinta los vocablos sociedad y compañía, retiro y receso. Justifica esta licencia, en primer lugar, la misma sistemática que en el lenguaje adoptó el Código sin formalizar definiciones o deslindes de los términos, salvo los anotados para los accionistas o los socios colectivos o gestores en las colectivas o comanditarias. En segundo lugar, debe recordarse cómo el espíritu tradicional de las normas mercantiles, desde su origen, pretendía minimizar al máximo los formalismos y aceptar el contenido de las verdades o realidades del mundo comercial, que en el

“Se incurre en una generalización incorrecta e innecesaria, al llamarse “asociado” a quien hace parte de una sociedad por cuotas o partes de interés en los artículos 161, 229,243 inciso segundo, y 252 inciso segundo; y el Código comete ya sí un craso error cuando hace referencia a los “socios” como a los vinculados a sociedades por acciones, confundiéndolos con los accionistas, en los artículos 161 inciso segundo, 235 y 252 inciso primero; y como si lo anterior no fuera ya suficiente, al accionista lo denomina “asociado” (también generalizado) en los artículos 235 inciso segundo, y 253.

No obstante la diafinidad original de la naturaleza específica y genérica de los “asociados”, es aterradora la confusión del Código en su articulado, entre “asociado”, “socio” y “accionistas”.”

⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

caso presente conllevan a la utilización por el común de los usuarios, comerciantes y empresarios, los términos aquí mencionados en forma indistinta o como equivalentes.

Adicionalmente existen diferencias geográficas y culturales en la denominación de iguales instituciones jurídicas, por ejemplo en España y en México las contribuciones al capital o fondo social se denominan aportaciones, en cambio en la legislación argentina y en la colombiana se distinguen como aportes. Igualmente surge otra confusión en los términos causa, causal y supuestos que son utilizados en este trabajo al referirse a los fundamentos para el ejercicio del derecho de receso, pues en Argentina y Colombia se utiliza los términos causales y supuestos y en la península causas y supuestos. Por estar dirigido este trabajo a la revisión de la legislación colombiana en esta materia, previa la explicación aquí comentada, se utilizarán los términos aportes, causales y supuestos¹⁰.

1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN COLOMBIA

La legislación mercantil colombiana heredó del sistema colonial español las muy conocidas Ordenanzas de Bilbao de 1737, estatuto que rigió hasta 1.853, año en el cual se dictó el primer Código Nacional, en buena parte tomado del Código de Comercio Español de 1829, de 30 de mayo, conocido como el de Sáinz de Andino. Este Código regulaba las compañías colectivas, las compañías en

¹⁰ Aportes: Se refieren por ejemplo los artículos 38 y 39 de la Ley 19550 que regula el régimen de sociedades comerciales en la Argentina. El capítulo tercero del título primero del libro segundo del Código de Comercio colombiano se titula y regula los “aportes de los asociados”. Igualmente el artículo 218 del Código de Comercio de Colombia se refiere a las causales de disolución. El diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia de la Lengua reconoce la utilización en Hispanoamérica de causal como sustantivo en asuntos jurídicos. “En América se emplea *causal* como sustantivo femenino sinónimo de *causa*: «Pero esta no puede ser la única causal del empate entre Racing y Ferro» (Clarín [Arg.] 21.12.87). Es muy frecuente en el lenguaje jurídico, aunque no privativo de él. Debe evitarse su uso en masculino: *el causal*”

comandita y las anónimas. El segundo Código nacional fue adoptado en 1.887, después de haberse superado el efímero y caótico período federalista y de haberse unificado las normativas comerciales terrestre y marítima. Esta codificación era originaria del entonces colombiano Estado de Panamá, el cual había adoptado el Código de comercio chileno de 1867, de 1º de enero, inspirado por el jurista argentino Gabriel Ocampo, codificación con raíces en el ya mencionado Código Sáinz de Andino y en el mismo Código napoleónico de 1807, de 15 de septiembre¹¹.

En el año 1.937¹² se consagró legislativamente la forma de las sociedades limitadas, modelo tomado de Inglaterra, aunque su origen inicial era alemán. Esta forma social fue revolucionaria al ser un intermedio entra la sociedad colectiva y la sociedad anónima, con la ventaja de limitar la responsabilidad del asociado. Durante setenta años fue la forma social de mayor utilización en nuestro medio.¹³

Mediante el Decreto 2521/1950, de 27 de julio, se modernizó el marco legal de las sociedades Anónimas, en buena parte adoptando los modelos normativos de los estudios previos que dieron lugar a la gran modificación ibérica de la Ley de Sociedades anónimas de 1.951. Lo anterior a iniciativa de los profesores Gabino Pinzón y Luis Carlos Neira, en ese entonces vinculados a la Superintendencia de Sociedades¹⁴.

¹¹ Francia. Código de Comercio Napoleónico de 1807. Aprobado por la Cámara Legislativa el 15 de septiembre de 1807, entra en vigencia el 1 de enero de 1808.

¹² Manuel Caamaño, parlamentario de Santa Marta -Magdalena- fue el inspirador de la Ley 124 de 1937. Ver VILLA URIBE, William. Las sociedades de Responsabilidad limitada en Colombia. Segunda edición. Bogotá. Librería Voluntad S.A., 1946.

¹³ Sigue siendo la mejor obra sobre las sociedades de responsabilidad limitada el tratado del profesor BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. La sociedad de responsabilidad limitada en Colombia. Primera edición, Legis S.A., 1977.

¹⁴ Testimonio directo del profesor Luis Carlos Neira, corroborado en el libro de Gabino Pinzón. Sociedades Comerciales. Vol. II, p. 161.

En el año 1971, se aprobó el Código de Comercio¹⁵ vigente que recoge las formas colectivas, comanditarias, limitadas y anónimas. Posteriormente, mediante la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁶, gran reforma societaria, se crea el derecho de receso como institución autónoma con las características que adelante se indicarán, para los casos de fusiones, escisiones y transformaciones. Este estatuto que reformó el Código Mercantil acoge la figura de las empresas unipersonales y de la escisión.

Recientemente, la Ley 1258/2008, de 5 de diciembre¹⁷, incorporó a nuestra legislación las llamadas sociedades por acciones simplificadas – S.A.S. –. Esta novísima forma societaria, proveniente de Francia¹⁸, conlleva un incremento en la autonomía de la voluntad, con mayor carácter dispositivo en su regulación, ausente de muchos formalismos, tales como la posibilidad de constituirse por documento privado, permitiendo que cada compañía sea confeccionada a la medida o a la necesidad de los asociados. Debe destacarse cómo, en esta forma social expresamente se reguló la posibilidad de exclusión de un asociado al

¹⁵ Colombia. Decreto 410/1971, de 27 de marzo. Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339, 16 de junio de 1971.

¹⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹⁷ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

¹⁸ La referencia al origen francés del modelo adoptado por Colombia de las sociedades por acciones simplificadas SAS, lo revela el inspirador de este tipo societario el profesor Francisco Reyes V., quien presentó la propuesta ante legisladores interesados en los cambios societarios, los cuales lo impulsaron en el Congreso colombiano. En su libro sobre el tema reconoce esa influencia gala. *“Debe insistirse en que los principales antecedentes normativos de la ley colombiana sobre sociedades por acciones simplificadas son de origen nacional. Ellos se encuentran, en efecto, en las leyes 222 de 1995 y 1014 de 2006. Sin embargo, se estimó útil revisar los desarrollos más relevantes ocurridos en Estados Unidos y en Europa Continental durante los últimos años. Luego de comparar las diversas legislaciones sobre formas asociativas híbridas (tales como la sociedad nueva empresa española, la sociedad de personas con responsabilidad limitada para actividades profesionales de Alemania –Partnerschaftsgesellschaft- y la sociedad por acciones simplificada de Francia), se consideró que la ley francesa podría utilizarse, debido a la tradicional afinidad de la legislación colombiana con el régimen de ese país. Por lo demás, se consideró procedente utilizar la denominación francesa pues, además de caracterizar adecuadamente un nuevo tipo societario autónomo, el nombre de la especie asociativa permite diferenciarla de la sociedad anónima.”*

REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS La Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá, Legis S.A., 2009, pág. 23.

modificarse el control jurídico de su propiedad. Igualmente, en algunos casos, se estableció la facultad de ejercer el derecho de receso a los socios ausentes o disidentes, particularmente en los casos de venta mayoritaria de los bienes que componen la compañía¹⁹. Esta forma societaria se ha tornado en la de mayor utilización en la vida nacional de los negocios, en especial, por excluir, en cualquier evento, la responsabilidad solidaria de los accionistas por las deudas fiscales, laborales o de cualquier índole de la sociedad y facilitar a los socios crear un marco estatutario a la medida de sus necesidades o intereses.

Es evidente como ha sido histórica la evolución de las formas sociales y su conformidad con el ahorro de los costos de transacción que van insertos en la utilización de las sociedades como agentes del tráfico jurídico y la globalización de las formas sociales, fenómenos evidentes en el devenir nacional y universal.

Es notoria la ausencia de un interés académico y estatal en una de las materias de permanente conflictividad mercantil, como lo son las relaciones entre los socios. No corresponde la escasa producción de literatura jurídica y de pronunciamientos judiciales sobre las confrontaciones que surgen de los vínculos societarios con la realidad negocial. Un rastreo sobre decisiones de la jurisdicción ordinaria o de la arbitral confirman las casi inexistentes controversias en estas materias –como si este fuera un mundo pacífico-, tan solo son recuperables algunos conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, la que se ha pronunciado sobre la exclusión del socio y muy escasamente sobre el derecho de retiro. Es de esperarse que con la reciente inauguración de una especie de jurisdicción mercantil en la Superintendencia de Sociedades, en la cual se incluyen estas materias para decisión de jueces especializados, salgan a la luz controversias y

¹⁹ PUYO VASCO, Rodrigo. Los Diez Grandes Capítulos de la Legislación de las Sociedades Comerciales en Colombia. Compilador Francisco Reyes. Estudios Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

soluciones en materia societaria, las cuales además de la muy criticable legislación sustantiva, como se deduce del análisis del derecho de retiro, padecen otra barrera o inconveniente originada en los muy deficientes procedimientos y en una impropia jurisdicción mercantil.²⁰

²⁰ Decreto 1023 de 2012 de 18 de mayo. Diario Oficial No. 48.434. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones.

Artículo 18. Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles las siguientes:

1. Asesorar al Superintendente de Sociedades en lo relacionado con la implementación, operación y manejo de las atribuciones de conciliación y arbitraje que le corresponden a la Superintendencia, con el fin de promoverlas como alternativas de solución de los conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social;
2. Coordinar las actividades de conciliación de competencia de la Superintendencia respecto de los entes que no estén tramitando un proceso de insolvencia;
3. Reconocer los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio;
4. Conocer los procesos para designar los peritos que fijarán el valor de los aportes en los casos previstos en la ley o del ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuotas sociales o partes de interés, cuando surjan discrepancias entre los asociados, o entre éstos y la sociedad con ocasión del reembolso de aportes;
5. Resolver las discrepancias sobre la ocurrencia de causales de disolución o sobre la ausencia de *animus societatis* de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad;
6. Declarar la disolución de la sociedad cuando la asamblea o la junta de socios no lo haga;
7. Designar en ejercicio de funciones jurisdiccionales al liquidador principal y suplente en la forma prevista en la ley o en los estatutos, cuando la sociedad no lo haga;
8. Conocer la acción de responsabilidad contra socios y liquidadores en los trámites de liquidación voluntaria;
9. Resolver la oposición judicial de los acreedores a la reactivación de la sociedad;
10. Reconocer los presupuestos de ineficacia por constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios sin autorización previa de la Superintendencia de Sociedades;
11. Adelantar los procesos de ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos de accionistas;
12. Resolver las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre los accionistas y los administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral;
13. Resolver la impugnación de actos de asambleas; juntas directivas; o junta de socios con fundamento en cualquiera de las causas legales;
14. Declarar la desestimación de la personalidad jurídica, la responsabilidad solidaria y la nulidad de los actos defraudatorios, en los eventos de que trata la ley;
15. Resolver sobre la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios derivados de los actos defraudatorios;
16. Declarar la nulidad absoluta y ordenar la indemnización de perjuicios ocasionados por abuso del derecho;
17. Conocer las acciones sobre responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante respecto de la insolvencia de la subordinada;
18. Conocer de las acciones revocatorias o de simulación de los actos o negocios realizados por el deudor insolvente;
19. Conocer la acción de responsabilidad civil para el pago del faltante del pasivo externo, de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, en los eventos en que la prenda común de los acreedores sea desmejorada;

1.4 UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA

El derecho de retiro o de receso es una institución originaria de la doctrina y de la ley italiana consagrada en el Código de Comercio de 1882, la que fue posteriormente adoptada por la generalidad de las legislaciones de derecho continental y por el derecho norteamericano. Entre nosotros, salvo en las últimas décadas, han sido pocos los progresos dentro de la dogmática y la normatividad nacional apegadas durante muchos años a los criterios civilistas de la cultura jurídica francesa, abiertamente refractarios a modificaciones parciales del acuerdo genésico social, basada en una rigurosa teoría contractualista para la cual todos los contratos, entre ellos el de sociedad, **son ley para las partes**²¹, no susceptibles de mutaciones unilaterales en su cumplimiento.

En el tránsito reciente, en la búsqueda normativa de formulaciones jurídicas que hagan compatible la supervivencia social y el respeto a unos mínimos derechos de socios o de minorías afectadas por decisiones mayoritarias adoptadas por los órganos sociales, irrumpe el derecho de receso, que al decir de Muguillo y Mascheroni²², constituye una transacción entre el principio de modificabilidad del estatuto o contrato social y el que propugna por su inmutabilidad.

-
20. Coordinar las actividades referentes al Centro de Conciliación y Arbitramento;
 21. Resolver los conflictos derivados de las suscripciones de acciones o enajenación, de acciones efectuadas con desconocimiento de los requisitos establecidos en la ley o los estatutos;
 22. Resolver las controversias originadas en la inscripción de acciones cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal;
 23. Las demás que le correspondan, de acuerdo con la ley o los reglamentos.

²¹ El Principio denominado *Pacta Sant Servanda*. Código Civil Artículo 1602.

²² MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A. Régimen jurídico del Socio. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, págs. 312-336

“Se armoniza, así, el interés social con el interés individual de los socios, y si bien en doctrina se discute la justificación de su vigencia en el ordenamiento societario, consideramos que cumple los fines que motivaron su inclusión en nuestra ley de sociedades, los cuales, de acuerdo a la exposición de motivos de esta última, consisten en evitar decisiones de

1.4.1 Institución y Contrato. En esta materia aflora la reiterada discusión sobre el carácter contractual de la sociedad o su naturaleza institucional.

El debate doctrinario nacional y extranjero enfrentó a aquellos que insistían en la naturaleza estrictamente contractual de la sociedad y los que opinaban que la estructura y la vida de la sociedad, su autoregulación, sus instancias de administración y su autonomía en el mundo jurídico como persona independiente hacían que la institución sociedad desdibujara totalmente a las formas contractuales²³.

mayorías escasas, en receso de capitales importantes, con las consecuencias que ello acarrea para el cumplimiento del objeto social.

Concilia así el respeto a la libertad de la sociedad de modificar y alterar sus estatutos, con el respeto a la libertad del socio de separarse de aquélla al no compartir tales alteraciones, resguardando el derecho de ambos; el de la primera a desarrollar su labor dentro de sus nuevas metas u objetivos, y el del segundo a reasumir su libertad de actuación individual al alterarse las originarias condiciones de creación de su acceso a la sociedad.”

²³ La doctrina nacional y extranjera recogió este debate, que como ya se ha comentado carece de mayores proyecciones en la actualidad al haberse llegado a una especie de consenso sobre su naturaleza en la cual conviven el contrato de sociedad y la institución o persona jurídica que se crea.

Se transcriben conceptos sobre la materia:

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Selección de Estudios de Derecho Comercial. Medellín, Dike, 2013, págs. 177 y 178.

“De la Sociedad Contrato a la Sociedad Institución

En algún momento del pasado se comenzó a pensar que la sociedad anónima de gran magnitud ya no era simplemente un negocio privado entre particulares, sino una entidad de mayor importancia y alcance cuyo funcionamiento adecuado tenía quizás mayor interés y conveniencia para la comunidad en general que para las personas directamente involucradas.

Se quiso ver en ella, entonces, un asunto de orden público en lugar de un simple contrato de derecho privado y se le dio mayor trascendencia a la empresa en sí misma considerada. Que a las ganancias que ésta se encontraba en condiciones de generar.

Ya no se trataba tanto de satisfacer al socio con la distribución de utilidades cuanto de satisfacer a la comunidad toda con el desarrollo de una actividad empresarial muy importante para ella.

Para ilustrar lo anterior, conviene no olvidar el dicho del director o dueño de una empresa de navegación para quien la operación correcta de los buques era más importante que la generación de utilidades.

Y se llegó así a la conclusión según la cual la sociedad no era ya un contrato sino una institución, dando a entender con ello que en concepción se había producido un cambio cualitativo porque la empresa social no sólo era más grande sino también algo distinto.

Pero quizás no sea exagerado decir que en esta tesis falta claridad y exactitud porque no se sabe bien que deba entenderse por “institución”, cuál sea su diferencia con la sociedad y de qué manera habría que concebir frente a ella a esas personas que ya no serían contratantes sino miembros de algo que se dice llamar “institución”.

Tal vez se esté olvidando que los viejos esquemas del contrato y del ánimo de lucro todavía funcionan y todavía pueden explicar el fenómeno de la gran empresa en la que parece no existir la necesidad de admitir un cambio de naturaleza sino, simplemente, de envergadura.

Es posible así tener el atrevimiento de afirmar que la sociedad, inclusive la gran sociedad anónima moderna, sigue siendo una relación contractual entre personas que, seguramente no tendrán vínculos tan estrechos como los que caracterizan las sociedades personales, pero que de todas maneras han coincidido en un negocio y una actividad que les son comunes, motivo por el cual tendrán que afrontar y resolver colectivamente sus problemas.

Por supuesto que esa sociedad, sobre todo la gran sociedad, pasa a ser un personaje de orden público, ligado a la obligación de darle una función social a la empresa, como sucede con todo propietario, especialmente con aquellos titulares de muchos bienes.

Pero los deberes sociales de solidaridad a los que toda empresa ésta sujeta, aunque agregan responsabilidad a sus socios, no cambian, al menos de manera decisiva, su condición de contratante.”

PINZÓN, Gabino. *Sociedades Comerciales*. Bogotá, Temis, 1977, págs. 8 y 9.

“La Formación Contractual de la Sociedad

El título primero del libro segundo del Código se denomina Del contrato de sociedad y el artículo 98 es explícito en que es en virtud de un contrato como los socios se obligan a hacer un aporte, con el fin de repartirse las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa social a la cual se destina ese aporte. Ha quedado, pues, clausurada legalmente la discusión de quienes han pretendido que la sociedad no tiene su origen en un contrato, sino en una institución o en un acto complejo o en otras figuras jurídicas no menos vagas e imprecisas, como la de la institución, que ha sido la de mayor fortuna entre las teorías que se han propuesto para sustituir la clásica y muy consolidada noción contractual de la sociedad y que, aunque en decadencia, sigue teniendo apóstoles, precisamente por esa imprecisión o vaguedad que le anotan RIPERT y SAVATER.

Desde luego que no es la noción incompleta de contrato que se esboza en el artículo 1495 del Código Civil –“acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”- la que debe tenerse en cuenta en relación con la sociedad comercial. Porque en el artículo 864 del nuevo Código de Comercio se ha dicho, como en el artículo 1321 del Código italiano de 1942, que “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Con lo cual se ha hecho una integración institucional de los acuerdos de voluntad y se ha dado a la idea de contrato una comprensión suficiente para incluir en ella no solamente los contratos de contraprestación, en los que una parte se obliga para con la otra, sino también los contratos de colaboración, o contratos con un fin común, o con una causa común, es decir, contratos en los todas las personas que los celebran se obligan en aras de un interés común que sirve de móvil común. Que es la idea que mejor corresponde al contrato de sociedad y con la cual se salvan las dificultades que han encontrado los expositores al pretender vaciar la sociedad comercial en el estrecho molde de los contratos bilaterales de contraprestación.”

MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. *Cátedra del Derecho Contractual Societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, págs. 73 y 74.

“La Sociedad como Contrato

Naturaleza Contractual de la Sociedad

Concepto

Uno de los aspectos más debatidos en la teoría societaria tiene que ver con la naturaleza de las sociedades. Ripert enseña que la concepción contractualista, de origen romano, se refiere únicamente al acto creador de la sociedad y ha sido definida a ultranza desde la doctrina decimonónica, porque permite encuadrar la sociedad dentro del principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en su sentir, es insuficiente para explicar los efectos que siguen a la creación de la sociedad y, en particular, el surgimiento de la persona jurídica, que si bien tiene su fuente en la voluntad contractual, lo cierto es que ésta no determina libremente su condición jurídica. Frente a esta crítica al contractualismo ha surgido la teoría de la institución, que “implica una subordinación de derechos y de intereses privados a los fines que se trata de realizar”, aunque para el profesor francés se trata de una teoría “bastantes imprecisa”.

Frente al debate doctrinario entre la teoría contractualista y la institucionalista, el epígrafe del Título I del Libro Segundo del Código de Comercio, relativo a las sociedades mercantiles, no deja –ab initio- duda alguna acerca del carácter contractual de la sociedad, y a renglón seguido el art. 98 la define como un contrato, en los siguientes términos:

“Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”.

El acuerdo que subyace a la sociedad es un contrato, si por tal entendemos el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, como lo enseña el art. 864 del Código de comercio.

La fuente de la sociedad es el acuerdo de voluntades de los asociados para explotar una empresa común, con miras a distribuirse las utilidades de la misma, a partir de los aportes que efectúan al fondo social.

Desde siempre ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “La sociedad resulta de la figura jurídica llamada contrato. La autonomía de la voluntad y su corolario, la libertad contractual, sin otras limitaciones que las que les imponen las leyes por motivos de interés social y aun de orden público, son suficientes para crear la compañía”.

NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Tercera edición. Bogotá, Ediciones librería del profesional, 1980, págs. 43 y 44.

“Emilio Gaillard, en su obra “La Société Anonyme de Demain”, fue quien desarrolló la teoría institucional sobre estos supuestos: 1) del contrato nace una institución cuya finalidad es un interés intermedio entre los del individuo y los del Estado. Ese interés social es la idea directriz de la institución; 2) la sociedad es un sujeto de derechos por cuanto tiene un interés legítimo distinto del de sus socios, (los críticos dicen de esta teoría que frente a ese interés social el socio pierde la noción exacta de sus derechos; 3) la sociedad lleva implícita una autoridad en la búsqueda del fin que la institución debe cumplir, autoridad que proviene de la comunión de fuerzas comprometidas en la sociedad; 4) el poder es atribuido en vista del interés social y no se reparte en forma igualitaria sino proporcionalmente a los servicios rendidos a dicho interés; 5) la institución cuenta con órganos para realizar cada función; 6) existe continuidad en la gestión por cuanto la institución lleva implícito un interés perdurable y no tiende a una sola operación; 7) las cláusulas estatutarias son simples medios para la consecución del interés social y de ahí que puedan ser modificada según las necesidades.

Como se ve esta teoría se asiente sobre dos pilares: la creación del ente social y la existencia de una organización que en ciertos actos hace prevalecer la voluntad colectiva sobre la individual. Se trata de una refutación a la teoría contractualista, considerada insuficiente y caduca. Ha sido acogida por eminentes tratadistas franceses como J. Escarra, M. Roger, J. Hamel y G. Lagarde. Precisamente éstos últimos –Hamel y Lagarde- en su “Tratado de Derecho Comercial” (Tomo I, No 384), cuando se refieren a las llamadas sociedades de capital, afirman que la multiplicidad de normas imperativas, en principio, el funcionamiento y la función económica y social atribuida a las empresas de esta naturaleza, distan cada día más de la concepción tradicional del contrato. Por su parte, Louis Josserand afirmó en su Curso de Derecho Civil cómo es de incomprensible que una persona moral con tanta influencia en el desarrollo económico y social pueda ser un mero ser abstracto.”

DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado. Buenos Aires, Tipografía editora Argentina S.A., 1957, págs. 23 a la 25.

“Algo parecido puede decirse de la noción contractual de mandato que todavía figura en tantos códigos y leyes aplicada a los administradores. Los hechos han mostrado que en las grandes sociedades, los accionistas no confieren mandato alguno a los administradores y que la administración funciona según reglas que nada tienen que ver con el mandato, ni se ve por asomo la relación contractual entre accionistas y administradores. Afortunadamente una gran parte de la doctrina moderna lo ha reconocido así y se ha elaborado la teoría orgánica que ha señalado un camino que no es contractual y están ya siguiendo las legislaciones más modernas.

La concepción germánica de la corporación había considerado la sociedad por acciones como una asociación que no representa un vínculo contractual entre los miembros sino entre cada miembro y la corporación creada. Esta teoría por diversos motivos ha perdido terreno en la propia Alemania, pero tuvo el mérito de iniciar la concepción no contractual de la sociedad por acciones.

Posteriormente los hechos han mostrado la imposibilidad de continuar utilizando la noción contractual y se acude a la noción institucional. La evolución es en el sentido de convertir la sociedad anónima contractual en institucional. Desafortunadamente no se ha elaborado todavía una teoría institucional de la sociedad por acciones que dé satisfacción

Esta discusión ha llenado parte sustancial de la doctrina mercantil moderna y ha tenido posiciones extremas que, en nuestra opinión, en la actualidad, son irrelevantes al haberse obtenido una especie de consenso según el cual el origen de la sociedad es contractual, pero una vez constituida adquiere no solo personalidad jurídica diferente de los socios, sino una organización institucional sin que desaparezca el contrato.

Este concepto se encuentra contenido en el artículo 98 de nuestro estatuto mercantil, similar a la vieja definición del Código Civil colombiano²⁴.

Para el nacimiento y aplicación del derecho de retiro o de receso se ha intentado diferenciar las relaciones originadas en las llamadas sociedades de personas, en las cuales el *intuitu personae* y la *afectio societatis* aparecen como elementos esenciales que le dan la razón de ser a la asociación, de aquellas otras sociedades de capital en las cuales el rendimiento de la inversión prima sobre cualquiera otra consideración. Igualmente se ha pretendido distinguir en los casos en los cuales se ha pactado plazo para la vida o existencia social, de aquellos en los cuales el plazo es indefinido. Sin embargo, como atrás se expresó, la

a la doctrina y pueda ser utilizada por los legisladores. La teoría francesa de la institución creada por Hauriou y desarrollada por Renard y otros juristas franceses y de otros países, ha sido aplicada a la sociedad por acciones considerándola no como simple contrato entre particulares, sino como organismo autónomo y permanente sometido a un estatuto legal con órganos propios y con un fin colectivo que está entre el derecho privado y el derecho público y al cual no pueden aplicarse las reglas de los contratos.”

²⁴ Artículo 2079. Código Civil (hoy derogado): “*La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.*”

La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”

Artículo 98. Código de Comercio. “*Por el contrato se sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.*”

La sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

posibilidad de retirarse, de dejar la sociedad, obedece a un principio jurídico político derivado del derecho de asociación, y si bien debe tenerse en cuenta las diversas modalidades societarias para definir las reglas de su ejercicio, el derecho de receso es connatural a todas las formas sociales.

1.4.2 Fundamentos constitucionales del derecho de receso. En su artículo 38²⁵ la Constitución colombiana garantiza el derecho a la libre asociación, garantía que incluye la libertad para la creación de sociedades comerciales. Igualmente, el artículo 58²⁶ del mismo texto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Posteriormente el artículo 333²⁷ de la Carta Fundamental ratifica la libertad para el desarrollo de la actividad económica y de la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común. Esta última norma prescribe la función social de la empresa y el deber del Estado de estimular el desarrollo empresarial y de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica. A su vez, dentro de las funciones constitucionales del Presidente de la República se encuentra la de ejercer, conforme a la ley, la inspección, vigilancia y el

²⁵ Artículo 38. Constitución Nacional. *Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.*

²⁶ Artículo 58. Constitución Nacional. “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

²⁷ Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

control de las actividades financieras, bursátil, aseguradora y de captación de recursos del público y de las entidades cooperativas y **de las sociedades mercantiles**²⁸. Dentro de este marco constitucional, en el cual se destacan la facultad de asociación, la protección y estímulo a la propiedad y a la empresa y la intervención estatal, se desarrolla la vida de las sociedades comerciales y por tanto de los derechos y deberes de sus asociados.

Del análisis de estos textos constitucionales se deducen los parámetros dentro de los cuales deben ejercerse los derechos y deberes en las sociedades mercantiles, los cuales, se insiste, transitan entre la libertad de asociación, la protección y estímulo a la empresa y la actuación del Estado con miras a la garantía del bien común. Este marco de referencia constitucional lógicamente debe inspirar la aplicación del derecho de receso.

Respecto del derecho de asociación ya relacionado en la introducción puede afirmarse que es bifronte, es decir, al lado de la facultad para realizar uniones o alianzas que de él se deriva, existe la facultad de no asociarse o de terminar una asociación o sea el ejercicio negativo del derecho que determina la libertad de no asociación, fundamento final de la institución. En este sentido, en importante sentencia, se ha pronunciado nuestro máximo tribunal constitucional:

“Sobre la materia, en Sentencia T-003 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), esta Corporación manifestó que: (...) En primer lugar, la Sala comparte la preocupación de los actores, toda vez que considera que la libertad de asociación no se reduce a la simple

²⁸ Constitución Política, artículo 189, numeral 24. “24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”

*posibilidad ciudadana de crear y disolver organizaciones o personas jurídicas, o acceder a ellas con el (sic) derecho de participar en sus decisiones a través de las asambleas, por medio del voto. No. Este derecho es más amplio. Y esta idea tiene asidero tanto en la noción misma de la asociación, como en la extensión que de esta libertad consagró el artículo 38 de la Constitución, respecto del cual es notable la falta de limitaciones expresas. Así, las ventajas que para unos y otros individuos tiene el aunar capitales y esfuerzos, solamente están limitadas por el respeto del derecho ajeno y la propia licitud de las actividades en común. De esta suerte, como lo afirma el conocido iuspublicista, profesor de la Universidad de Buenos Aires, RAFAEL BIELSA, (...) ‘El derecho de asociación también se viola, no ya cuando se la impone coactivamente, en forma directa o en forma indirecta -como acabamos de advertirlo-, sino cuando, por el contrario, se impide o traba la asociación arbitrariamente. Es éste un principio elemental, y por eso fundamental. **Un derecho se viola cuando su ejercicio se impide sin causa jurídica y también cuando se compele a que se ejercite contra la voluntad del titular.***

Finalmente, nótese que aun cuando la libre asociación proyecta en el universo jurídico, la tendencia natural de los hombres hacia la socialización; su órbita o núcleo esencial también protege y garantiza la individualidad de las personas en su actuar. Por ello, esta Corporación ha dicho que el derecho de asociación se adjudica para sí una doble esfera de comportamiento, esto es, involucra tanto un aspecto positivo de acción como un aspecto negativo de omisión. Así, “a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse, ya que el Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro.”²⁹

Se reafirma pues esa doble condición del derecho a la libertad de asociación, que para este estudio se tratará en su aspecto más desconocido, como lo es su ejercicio negativo.

1.4.3 Una noción del derecho de retiro o de receso. Sin duda, este interesante instituto societario suscita indagaciones acerca de la verdadera esencia de la sociedad, tema en el cual las teorías contractualistas o institucionales presentan diferentes y en algunos casos opuestas tesis sobre su naturaleza

²⁹ Colombia. Sentencia C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

y consecuencias de la misma. Si se aceptase sin discusión que la naturaleza de las sociedades obedece a un mero contrato entre las partes asociadas, carecería de valor toda reflexión sobre su personalidad jurídica y sobre sus funciones o actividades externas en el mundo mercantil. Por el contrario, si se adoptase el criterio que intenta asimilar las sociedades a una institución, descartando toda vinculación contractual, rebajarían en importancia los derechos y obligaciones que se originan entre los asociados y entre estos y la sociedad. En este campo debe destacarse cómo las legislaciones y la doctrina mercantil han llegado a un criterio mixto que en materia contractual acepta la modalidad denominada como contratos plurilaterales y de colaboración, o mejor, tendentes a la obtención de un fin común, muy diferentes de la especie de los contratos sinalagmáticos en los cuales las prestaciones mutuas se sirven de causa recíproca. Estos contratos de finalidad común gozan de otra característica que es la **plurilateralidad**, mediante la cual cada relación de quienes participan en el contrato es considerada en forma independiente, por lo cual la afectación de una relación social solo compromete a aquella que la sufre, salvo que sea indispensable para el desarrollo del objeto social.

Ahora bien, es innegable que la característica de la **plurilateralidad** prevalece en el Código Mercantil colombiano, tal como se desprende del contenido de los artículos 101, 104, 107 y 108 del Libro Segundo de las sociedades comerciales, artículos relativos a los requisitos de validez, a las nulidades, al error de hecho respecto de las personas o formas de las sociedades y al saneamiento por ratificación o prescripción de las mismas, que confirman esta posición, y guardan concordancia con las normas consagradas en los artículos 865 y 903 del mismo estatuto comercial, referidas al incumplimiento o nulidad en los negocios **plurilaterales**. Particularmente en esta última norma el legislador describe o

define como **plurilaterales** a aquellos contratos en los que “*las prestaciones se encaminen a la obtención de un fin común*”³⁰.

1.4.4 Noción de la Superintendencia de Sociedades: La Superintendencia de Sociedades, como orientador doctrinario oficial del tema societario, se ha

³⁰ **ARTÍCULO 101. VALIDEZ DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.** *Para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. Se entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes.*

ARTÍCULO 104. VICIOS EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD-NULIDADES. *Los vicios del contrato de sociedad o el defecto de los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurren.*

La incapacidad relativa y los vicios del consentimiento sólo producirán nulidad relativa del contrato; la incapacidad absoluta y la ilicitud del objeto o de la causa producirán nulidad absoluta.

Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.

ARTÍCULO 107. ERROR DE HECHO, ERROR SOBRE LA ESPECIE DE SOCIEDAD - VICIO DEL CONSENTIMIENTO. *El error de hecho acerca de la persona de uno de los asociados viciará el consentimiento cuando el contrato se celebre en consideración a la persona de los mismos, como en la sociedad colectiva respecto de cualquiera de ellos, y en la comanditaria respecto de los socios gestores o colectivos.*

El error sobre la especie de sociedad solamente viciará el consentimiento cuando ésta sea distinta de la que el socio ha entendido contraer y, a consecuencia del error, asuma una responsabilidad superior a la que tuvo intención de asumir, como cuando entendiendo formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada se asocie a una colectiva.

ARTÍCULO 108. RATIFICACIÓN Y PRESCRIPCIÓN COMO MEDIDAS DE SANEAMIENTO. *La nulidad relativa del contrato de sociedad, y la proveniente de incapacidad absoluta, podrán sanearse por ratificación de los socios en quienes concurren las causales de nulidad o por prescripción de dos años. El término de la prescripción empezará a contarse desde la fecha en que cesen la incapacidad o la fuerza, cuando sean estas las causales, o desde la fecha del contrato de sociedad en los demás casos.*

Sin embargo, las causales anteriores producirán nulidad de la sociedad cuando afecten a un número de socios que impida la formación o existencia de la misma.

Estas nulidades no podrán proponerse como acción ni alegarse como excepción sino por las personas respecto de las cuales existan, o por sus herederos.

ARTÍCULO 903. NULIDAD EN NEGOCIOS JURÍDICOS PLURILATERALES. *En los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto.*

referido al derecho de receso, destacando su excepcionalidad o forma restringida de surgir, la importancia del principio de permanencia del capital, las referencias a las reglas del reembolso del mismo, sin que se refiera a los derechos de defensa del socio minoritario y menos al ejercicio del derecho constitucional de la libre asociación, en este caso en sentido negativo. Este concepto es coherente con la mínima trascendencia doctrinal y legislativa que ha tenido el derecho de receso entre nosotros:

EL DERECHO DE RETIRO O DE RECESO.

Este surge como el mecanismo o instrumento jurídico mediante el cual puede el socio separarse de la sociedad en unos precisos eventos, perdiendo su condición de tal y adquiriendo el derecho cierto a obtener el reembolso de los aportes efectuados al fondo social. Al tener en cuenta el principio de permanencia del capital social sustentado en diversas disposiciones de la legislación mercantil que tienden por la integridad del mismo, así como la circunstancia de ser el capital, parte de la prenda general de los acreedores del ente societario, que conlleva como regla general a que el reembolso de los aportes, sólo tenga lugar dentro de la liquidación, luego de haber atendido el pasivo externo a cargo de la sociedad, es evidente el carácter excepcional que tiene el derecho de retiro, lo que permite afirmar desde ya que su procedencia está restringida a los supuestos consagrados en la ley.

Ahora bien, la ley 222 de 1.995, introdujo importantes modificaciones al derecho de retiro, no sólo por el procedimiento que para ese fin previó, sino fundamentalmente por la determinación taxativa de los supuestos que dan lugar al mismo. Es así como el artículo 12 ídem, estableció la posibilidad de ejercerlo en los eventos de transformación, fusión o escisión de la sociedad, siempre y cuando con ocasión de cualquiera de ellos, surja para los socios una mayor responsabilidad a la que originalmente tenían o, suceda una desmejora de sus derechos patrimoniales, entendida ésta por la verificación de situaciones como las indicadas en el párrafo de la disposición señalada. Igualmente contempló su procedencia para las sociedades cuyas acciones estén inscritas en el Registro Nacional de Valores o en bolsa de valores, cuando quiera que cancelen voluntariamente dicha inscripción.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho de retiro no es impuesto per se, como un derecho absoluto a favor de todos los socios, sino únicamente en relación con los ausentes en la reunión del máximo órgano social donde fue adoptada la decisión y con aquellos que disientan de la misma.

Es importante destacar también como el ejercicio de ese derecho, si bien lleva aparejada la pérdida de la condición de socio casi de forma inmediata, en la medida en que el retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que el socio comunica la decisión de hacer uso del mismo y frente a terceros, desde su inscripción en el registro mercantil o en el libro de registro de accionistas, según el caso, no ocurre lo propio con el reembolso, por cuanto previamente a éste opera la opción de compra de las respectivas partes alícuotas a favor de los restantes socios y de la sociedad, amén de que si ésta resulta fallida por la ausencia de interés en la adquisición de las mismas, el reembolso al que habría lugar, podría truncarse si la entidad de vigilancia y control correspondiente, dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión, determina improcedente el derecho de retiro por considerar que el reembolso puede afectar sustancialmente la prenda común de los acreedores.

*De lo expuesto, es claro el carácter restrictivo que el legislador le imprimió a esta figura jurídica, tanto por la precisión y por ende limitación de los supuestos que dan lugar a ella, como por los eventos conducentes a que el fin principal y último de este derecho, cual es el reembolso de los aportes, tenga real ocurrencia.” **Concepto “220-24650, 18 de mayo de 2005, de la Superintendencia de Sociedades.***

1.5 ACTUALIDAD LEGISLATIVA ESPAÑOLA, NORTEAMERICANA, ITALIANA y EUROPEA.

La preocupación por la defensa de los accionistas minoritarios y, en general, por la preservación de la posibilidad de retiro del asociado, es tema del presente en la vida de los negocios mercantiles, lo que se refleja en las normatividades mercantiles foráneas.

A continuación se presenta un somero panorama sobre las legislaciones comunitaria europea, española, italiana y norteamericana relativo al derecho de receso. Las primeras con similares orígenes en el llamado sistema continental y la última en el llamado *common law*. Se advierte como esta visión ratifica, no obstante ser diferentes los modelos y antecedentes legislativos, que el derecho de receso o de retiro es una actual y común preocupación jurídica a la cual se le busca una solución por los diferentes Estados.

1.5.1 Recientes reformas en la legislación española. La legislación sobre el derecho de receso ha tenido importantes novedades en el Derecho español, contenidas en las siguientes normativas: Ley 3/2009, de 3 de abril³¹, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio³², por el cual se aprueba el texto refundido de las sociedades de capital, la Ley 25/2011, del 1 de agosto³³, que reforma la ley de sociedades de capital e incorpora la directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de accionistas de las sociedades cotizadas.

Estas nuevas reglas tienden a unificar y a darle mayor transcendencia al derecho de receso en la legislación hispana, haciendo evidente que contrario al pensamiento de algunos doctrinantes, cada día es de mayor interés el tema en la legislación europea.

Las principales modificaciones en el **Texto Refundido en la Ley de Sociedades de Capital TRLSC**, relativas a las causales para el ejercicio del derecho de receso son las siguientes:

1. **Sustitución o modificación sustancial del objeto social**

La doctrina ha reconocido como uno de los elementos de mayor transcendencia dentro del contrato de sociedad el relativo al objeto o actividad que desarrollará la compañía. Es indudable que la voluntad de los asociados en buena parte depende

³¹ España. Ley 3/2009, de 3 de abril. Boletín Oficial del Estado, 4 de abril de 2009, núm. 82, pág. 31982.

³² España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2009, núm. 161, pág. 58472.

³³ España. Ley 25/2011, de 1 de agosto. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pág. 87462.

de la empresa o actividad mercantil que se adelante y por tanto las modificaciones o cambios pueden entrar en pugna con la voluntad genésica de la asociación.

El TRLSC fue modificado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto³⁴, la cual apela al concepto de **modificación sustancial** como supuesto para el ejercicio del derecho de receso³⁵.

2. El derecho de separación del socio en caso de prórroga y de reactivación de la sociedad anónima disuelta

Esta causal, reconocida anteriormente para la Ley de Sociedades Limitadas, fue considerada por el artículo 346 del TRLSC e incluye dos casos diferentes, pero que tienen su conexidad por la habilitación de un mayor tiempo de funcionamiento de la sociedad, como son la prórroga y reactivación de la sociedad disuelta.

3. Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias

Se incluyen como causales los cambios realizados ya sea por creación, por modificación o por extinción de la obligación de realizar prestaciones accesorias. Este derecho de receso desaparece en aquellos casos en los cuales los cambios hubiesen sido aceptados por el socio.

4. Modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales

Originalmente la causal fundada en modificaciones en el régimen de transmisión de la propiedad social estaba restringida a los accionistas de las compañías anónimas, ahora, por medio del artículo 342.2. del TRLSC, se adopta la misma

³⁴ España. Ley 25/2011, de 1 de agosto. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pág. 87462.

³⁵ Este punto se desarrollará con mayor extensión en el numeral 5.1. del Capítulo V.

disposición para las sociedades limitadas. Es evidente que la restricción del tráfico jurídico de las acciones o participaciones sociales o el levantamiento de esas limitaciones pueden influir en forma negativa en el estatus de los accionistas o de los socios en general, por lo cual es acertado trasladar esa causal de retiro a la generalidad de los accionistas.

5. Derecho de separación en los supuestos de transformación previstos en la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ley 3/2009 de 3 de abril –LME-

En eventos tales como: transformación, fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos y traslado internacional del domicilio, la Ley 3/2009, de 3 de abril³⁶, reconoce el derecho de separación como instrumento de protección de los socios.

En el caso de las transformaciones existe el derecho del socio para ejercer el receso o una separación automática al no adherir a esa decisión, evento este último reglado en la LME. Igualmente se definen las llamadas transformaciones homogéneas y las heterogéneas, refiriéndose las primeras a un cambio que no modifica la responsabilidad entre los asociados, como ocurre en las sociedades de capital. En cambio, en las transformaciones heterogéneas, se da una mutación cualitativa en la responsabilidad de los asociados.

6. Fusión transfronteriza no consentida

Los artículos 54 al 67 de la LME aplicables para las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias consagran el derecho de separación en los casos de fusión transfronteriza intracomunitaria.

³⁶ España. Ley 3/2009, de 3 de abril. Boletín Oficial del Estado, 4 de abril de 2009, núm. 82, pág. 31982.

7. Cambio de domicilio social al extranjero

El cambio de domicilio de las sociedades españolas al extranjero ha sido consagrado como otra causal de receso para aquellos socios que hubiesen votado en contra de esa decisión, pues en muchos casos se generarán perjuicios a estos socios minoritarios.

8. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

Otra modificación de la Ley 25/2011, de 1 de agosto³⁷, que reforma la ley de sociedades de capital y que incorpora la directiva 2007/36 del Parlamento y del Consejo Europeo es la consagración del derecho de separación cuando se cumpla el quinto ejercicio contable de la sociedad sin reparto de al menos un tercio de los beneficios del ejercicio anterior. La entrada en vigor de esta causal fue suspendida hasta el 31 de diciembre de 2014, tal como lo ordena la Ley 1/2012, de 2 de agosto³⁸.

Esta causal ordena, a favor de los accionistas minoritarios, que en caso de no acordarse reparto de utilidades por la asamblea de accionistas durante cinco años consecutivos, existiendo beneficios para distribuir y sin justificación legal, pueda ejercerse el derecho de receso.

En este punto siempre existirán tensiones entre dos extremos: el derecho de los socios mayoritarios que buscan la capitalización con fondos propios de la sociedad y de esta manera contribuir a la consolidación económica y financiera de la compañía y el derecho de los accionistas minoritarios, cuya inversión está

³⁷ España. Ley 25/2011, de 1 de agosto. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pág. 87462..

³⁸ España. Ley 1/2012, de 22 de junio. Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2012, núm. 150, pág. 44684.

destinada a recibir en forma permanente una retribución. Aunque, en principio, esta norma es plausible, en algunos casos puede ser factor de desestabilización de la misma sociedad.

9. Causales convencionales de separación y retiro ad nutum.

El artículo 347 del TRLSC, ha autorizado pactar causales de receso por los asociados y, en caso de aprobarse como reforma estatutaria, deberán contar con la aprobación unánime de los asociados. Como bien se ha dicho este es uno de los temas clásicos sobre el derecho de receso³⁹, lo cual había sido prolijamente controvertido, sin embargo tanto en la ley de sociedades anónimas LSA con el reciente estatuto o texto refundido de las sociedades de capital TRLSC, artículo 347, se ha establecido que en los estatutos podrán existir causas de separación diferentes a las previstas en la ley, acreditándose la forma de su existencia, de su ejercicio y el plazo para el mismo, incorporándose estas normas bajo el consentimiento de todos los socios. Esta norma atiende a la libertad de contratación o autonomía de la voluntad que preside la legislación mercantil ibérica.

Sin embargo esta discusión sobre la posibilidad de incluir causales convencionales de separación, lleva al debate relativo a la posibilidad de ejercer *ad nutum* el derecho de receso. Sobre este punto controversial, en Sentencia del 15 de noviembre de 2011⁴⁰, el Tribunal Supremo español ha aceptado este tipo de

³⁹ BRENES CORTÉS, Josefa. 2011. El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades. Revista de Sociedades No. 37, págs. 19 – 45.

⁴⁰ “La admisión de las cláusulas de separación ad nutum no supone vulneración de lo previsto en el art. 1256 CC, ya que no deja al arbitrio de uno de los socios la validez y eficacia del contrato de sociedad, dado que se limitan a facultar al socio, no ya por el contrato de sociedad sino por los estatutos, para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida (...)”. Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Tribunal Supremo Español. Tomado del diario la Ley.

causal para el ejercicio del retiro, dándole una absoluta preponderancia a la voluntad de los socios, al advertir que el Ordenamiento español no la prohíbe en forma expresa, como sí lo hace, por ejemplo, la ley mercantil portuguesa. Se trata de una interpretación a favor de la libertad de los pactos estatutarios entre los cuales se puede prever el derecho de separación sin causa.

En nuestra opinión siempre debe tenerse presente como el derecho de receso y por tanto la autonomía individual del asociado a ejercer la libertad de asociación en sentido negativo debe compaginarse con los principios de preservación de la continuidad de la empresa y de protección de los derechos de terceros, razón por la cual esta libertad absoluta de separación, podría pugnar con el mismo fundamento constitucional y filosófico en el cual se basa el derecho y requeriría siempre una justificación para el ejercicio de esa libertad de retiro por parte del asociado.

10. Ejercicio y procedimiento del derecho de separación.

Según el artículo 348 del TRLSC para ejercer el Derecho de Receso existe un plazo de un mes contado a partir de la publicación del acuerdo en el boletín oficial del Registro Mercantil o de la recepción de la comunicación por parte del socio, cumpliéndose así el requisito de publicidad. Igualmente, se fija un plazo máximo para el reembolso de dos meses después de la recepción del informe de valoración.

Es evidente como el ejercicio del derecho de receso conlleva una disminución del patrimonio, o sea de la prenda común de los acreedores, no obstante, éstos gozarán de una nueva garantía, pues los recedentes responderán hasta el límite

de las sumas recibidas, durante cinco años contados a partir de la publicación de la reducción del patrimonio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Sin duda, la solución adoptada por la legislación española para el derecho de receso genera inconvenientes para los recedentes, pues no obstante su retiro, continúa su responsabilidad en una sociedad sobre la cual carecen de control y dirección⁴¹.

⁴¹ Para esta aproximación a la legislación española se han tomado muy de cerca los comentarios de Josefa Brenes en su obra *El derecho de separación del accionista*. Marcial Pons. Madrid. 1999.

“I. Introducción. Panorama Legislativo Actual del Derecho de Separación

En relación a las sociedades de capital el reciente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital –en adelante TRLSC- reconoce el derecho de separación de manera expresa en los supuestos de disconformidad del socio con los acuerdos de sustitución del objeto social, de prórroga y reactivación de la sociedad, así como aquellos que supongan la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, si bien en este último caso la norma permite que los estatutos limites o excluyan la posibilidad de desvincularse. Por otra parte, establece una mayor protección al socio de la sociedad de responsabilidad limitada al conferirle la posibilidad de separación, además de en los casos señalados, frente a los acuerdos de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales (art. 346 TRLSC). Recientemente, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2997/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, ha incorporado dos importantes modificaciones en los casos de separación, a saber: en primer lugar, ha añadido en su Artículo Primero, apartado Diecisiete una modificación a la letra a) del apartado 1 del artículo 346 quedando redactada de la siguiente forma “*a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social*”, y en segundo lugar, el apartado Dieciocho introduce un nuevo artículo 348 bis que reconoce un nuevo supuesto de separación en caso de falta de distribución de dividendos. El TRLSC va más allá y el art. 347 del TRLSC contempla la posibilidad de que los estatutos puedan establecer otras causas de separación distinta a las previstas en dicha ley, en cuyo caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo para su ejercicio. La inclusión de causas estatutarias de separación, su modificación o supresión requerirá eso sí el consentimiento de todos los socios. Así pues, además de las causas legales de separación en el TRLSC (que ahora también incluyen la prórroga de la sociedad y su reactivación), se admite la previsión en estatutos de supuestos adicionales, lo que constituye una destacada novedad para las sociedades anónimas (art.347).

Podemos advertir que el TRLSC toma como base de la regulación que en él se contiene la establecida en la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada –en adelante LSRL- en materia de separación con algunas limitaciones en el caso de las sociedades anónimas abiertas, que por su estructura no son aptas para aplicar postulados propios de sociedades cerradas, de forma que no sólo se amplían las causas legales para la sociedad anónima sino que, además, se extiende a éstas la posibilidad de que los estatutos puedan establecer otras distintas, en lo que, como ya tendremos ocasión de comentar, y sin perjuicio de la valoración que en cuanto a su conveniencia mantengamos, parece una auténtica extralimitación del Texto Refundido.

Por su parte, para la inscripción del acuerdo que origine el derecho de separación, en el supuesto de que la sociedad opte por la adquisición de las acciones o participaciones, no basta con la concesión al efecto de la autorización de la junta, sino que los administradores deben declarar que las ha adquirido. Se generaliza, de esta forma, el régimen de las sociedades en las normas comunes a la separación y exclusión de socios del TRLSC. También en materia de disolución y liquidación se extiende la regulación de la reactivación de la LSRL.

1.5.2 Legislación norteamericana actual. En la legislación Norteamericana igualmente es reconocido el derecho de receso dentro de las sociedades.

La figura del *appraisal right* tiene básicamente dos acepciones: la primera similar al derecho de receso aquí comentado, y la segunda, un derecho al reconocimiento del valor patrimonial de la participación cuando termine la vinculación societaria ya sea por voluntad o por receso, o por retiro forzado o exclusión.

Una destacada autora de derecho mercantil, a quien se sigue de cerca en esta aproximación al Derecho Societario en la legislación norteamericana, anota que la gran diferencia entre el régimen español, similar al nuestro y que se incluye en las normatividades llamadas continentales, y el régimen estadounidense, consiste en que en el primero el **derecho de receso** surge al revivir el aspecto contractual que estaba latente, mientras en el segundo no vuelve a cobrar protagonismo lo contractual, que es sustituido por la idea de la protección del socio y su inversión, en cuanto a su valor y a su liquidez⁴².

Si bien esta vocación unificadora y, consecuentemente, clarificadora llevada a cabo a través del TRLSO respecto del régimen jurídico del derecho de separación, así como la ampliación del mismo respecto de las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones, merece un reconocimiento especial, no podemos obviar que la fragmentariedad del Derecho mercantil se manifiesta también en relación a esta institución, traduciéndose en el hecho de que la regulación del mismo en los casos de transformación societaria y de traslado de domicilio al extranjero se contiene en otro texto legal, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –en adelante LME-. En esta Ley, el art. 15 generaliza el derecho de separación en el nuevo tipo de sociedad reintroduciéndola en el caso de transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada en sustitución de la técnica de la *vocatio* contemplada en el art. 226 LSA, combina la amplia aplicación del régimen propio de las separación en la LSRL con la conservación de aspectos de régimen contenidos en la LSA (separación automática) procedentes del art. 225, derogado (art. 15.1 LME) con la ratificación, implícita en la fórmula utilizada en este último de la extensión de la misma a los supuestos de transformación de sociedad anónima en agrupación española de interés económico, que había operado el art. 219 RRM, quizás no con la terminología más adecuada.

En cualquier caso, toda vez que el TRLSO nace con decidida voluntad de provisionalidad y, por tanto, como una solución transitoria, habrá que esperar a la definitiva compilación del Derecho de Sociedades Mercantiles para valorar la postura del legislador respecto del ya consagrado derecho de separación.”

⁴² PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. El derecho de Separación del Socio en las Sociedades de capital. Madrid, Editorial La ley, 2001, págs. 18 y 19.

Dentro de la multiplicidad de normas estatales Norteamericanas, por ser el tema societario de competencia estatal y no federal, se presentan tendencias favorables al reconocimiento amplio del **appraisal right** o derecho de receso y otras más restrictivas como la legislación del Estado de Delaware⁴³ que, dicho sea de paso, lleva un liderazgo jurídico en el campo societario.

La *Model Business Corporation Act* - **MBCA** -, una especie de ley modelo para los Estados Unidos, ha inspirado la mayoría de las leyes estatales en materia de las denominadas *Corporations*. Para el caso del **appraisal right** presenta dos causales legales:

1. En los casos de fusión y escisiones, de intercambios accionarios, de cesión parcial o total de activos.
2. Al operarse modificaciones de los derechos de los socios en relación con la preferencia en la adquisición de acciones, en la limitación del derecho al voto y en el fraccionamiento accionario.

Las fusiones abreviadas - *Short Form merger* -, introducidas entre nosotros por la ley de sociedades por acciones simplificadas, se encuentran en la legislación norteamericana, particularmente en los casos de fusiones entre una sociedad matriz y una o varias subordinadas. En este supuesto también opera el **appraisal right**, pero solo para los accionistas de la subordinada.

En las denominadas **partnerships**, en alguna forma similares a las conocidas entre nosotros como sociedades de personas y en las cuales se advierten

⁴³ El Estado de Delaware solo reconoce el appraisal right en caso de fusión, la cual no aplica en la *Market exception*, es decir, cuando puede venderse las acciones. Comentario de María del Pilar Perales. Op Cit., págs. 304 y 305.

variantes en la responsabilidad, ya sean **General Partnerships o Limited Partnerships** o las nuevas **Limited Liability partnerships LLP**, se presentan los casos de denuncia, denominada “*dissociation*”, fundamentalmente en los casos de fusiones (*mergers*), similares al derecho de separación. Estas normas comunes a varios estados están guiadas por las leyes uniformes denominadas *Uniform Partnership Act* – UPA – y su reforma, llamada *Revised Uniform Partnership Act* - RUPA -. También existe el derecho de receso en los **Business trust** y en las **Investment companies**.

1.5.3 Recientes reformas en la legislación italiana. La legislación italiana es pionera desde el siglo XIX en la consagración normativa del derecho de receso⁴⁴, el cual tiene su ratificación en el Código Civil de 1942. Recientemente, mediante el Decreto Legislativo número 6/2003, de 17 de enero, que entró en vigencia el 1 de enero de 2004, se reformó el artículo 2437 del Código Civil, ampliando las causales para el ejercicio del derecho de retiro.

En palabras de un connotado profesor italiano⁴⁵, las nuevas normas, por un lado, aumentaron el número de causas imperativas frente a las cuales un accionista goza del derecho de desistimiento (originalmente limitado a cuatro hipótesis), pero simultáneamente consagraron una mayor libertad para que en los Estatutos de las sociedades no cotizadas en el mercado público de valores se introduzcan

⁴⁴ MARTÍN PENNACCA, Carlos. El Derecho de Receso. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978, pág. 19.

“*Pero es en Italia donde el derecho de receso aparece por vez primera claramente expresado durante los trabajos preparatorios de la Memoria relativa a la legislación de las sociedades comerciales, a propósito del art. 153 del proyecto, pero considerando esta institución exclusivamente para el caso de disminución del capital social. Posteriormente, en el proyecto de Código de Comercio presentado en el Senado italiano, el 18 de junio de 1877, por el ministro de Justicia Mancini, reaparece el derecho de receso.*”

⁴⁵ Traducción libre y paráfrasis del documento investigativo del Profesor Marco Ventoruzzo, *Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law*; disponible en *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: <http://www.ssrn.com>

causales adicionales para ejercer el derecho de retiro. En segundo lugar, en el pasado la valoración, de las acciones o de la participación de los asociados que ejercían el derecho de retiro, casi inevitablemente, conducía a una infravaloración de su interés en la compañía (valor en libros). La nueva normativa prevé el pago de las acciones o participaciones a un valor razonable o, más precisamente, a un valor que en la gran mayoría de los casos será más ventajoso que el anterior, por lo tanto, hace que el derecho de retiro sea una opción posible en la práctica, y no sea sólo un teórico último recurso. Por último, la reforma ha regulado con mayor precisión el procedimiento y la forma en que las acciones o participaciones se valoran y pagan, previendo un mecanismo mediante el cual la participación se ofrecerá primero a los actuales accionistas, posteriormente a terceros y sólo después podría ser adquirida por la empresa, y únicamente cuando no exista ninguna otra opción, podrá readquirirse mediante una reducción del capital legal. En un sistema basado en el capital social como herramienta para proteger a los acreedores (prenda general de los acreedores) e inversionistas, y a la luz del mayor número de casos en que el derecho de retiro puede ser y será ejercido, el hecho de que la reducción del capital opere sólo cuando no existe ninguna otra manera de liquidar la participación del accionista que se retira, supone una importante garantía para la estabilidad del capital.

(...) Para las sociedades anónimas, el artículo 2437 del Código Civil de 1942⁴⁶, luego de la reforma, establece siete causales de carácter imperativo frente a las que opera el derecho de retiro: **a) una modificación del objeto social que suponga un "cambio significativo" en los negocios de la empresa, b) la transformación de la empresa en una entidad diferente (por ejemplo, de una sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada), c) la transferencia de la sede o domicilio de la empresa al extranjero (...), d) la revocación del estado de liquidación de la**

⁴⁶ Italia. Código Civil 1942. R.D., 16 de marzo de 1942, núm. 262.

empresa una vez que se ha decidido (en consideración a que en ese momento todo asociado tiene derecho a obtener la liquidación de su participación), e) la supresión de una causal de derecho a retiro, f) la modificación de los criterios de valoración establecidos por la ley para la liquidación de la participación del asociado que se retira (en la medida en que tal modificación esté permitida), y g) la modificación estatutaria de los derechos económicos o de voto de los asociados. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 5 de 2003, que regula varios aspectos del procedimiento civil relacionados con procesos contenciosos societarios, cuando la asamblea de accionistas o junta de socios modifica los estatutos mediante la introducción o supresión de una cláusula compromisoria, los asociados disidentes o ausentes pueden retirarse.

Otras causales de retiro de obligatoria observancia son otorgadas a favor de los accionistas que, (i) en una sociedad que cotiza en el mercado público, no concurran a la reunión de la asamblea de accionistas en la que se decide la salida de la empresa del mercado regulado (**artículo 2437-literal d, C.C.**), y (ii) cuando la sociedad se constituye sin un término de duración determinado y las acciones no cotizan en un mercado regulado (artículo 2437, párrafo 3, C.C.).

También establece la ley, como se mencionó anteriormente, dos causas de retiro que pueden ser eliminadas en los estatutos. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2437 C.C.: La **prórroga de la duración de la sociedad** (ya que si la empresa no tiene duración, cada accionista puede retirarse a voluntad, a menos que las acciones coticen), **y la introducción o eliminación en los estatutos de limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones.** Además de estas hipótesis, los estatutos de las sociedades no cotizadas también pueden introducir otras causales de retiro.

Así mismo, en la nueva regulación de grupos de empresas, hay algunos casos de derecho de retiro que no están vinculados a una decisión de la asamblea de accionistas de la compañía de la que el accionista tiene la intención de retirarse. De hecho, de conformidad con el artículo 2497 C.C., los accionistas de una empresa sujeta a la dirección y coordinación de otra compañía pueden ejercer el derecho de retiro en cualquiera de las siguientes tres situaciones: a) si la sociedad matriz cambia su propósito de una manera que afecte directamente las condiciones económicas de la filial, b) si se profiere una sentencia condenando a la sociedad matriz a pagar los daños y perjuicios causados a la filial como consecuencia del abuso de su poder de dirección y coordinación; c) si al empezar o finalizar la dirección y coordinación, esta circunstancia «modifica el riesgo asociado a la inversión», siempre que las acciones no se coticen en bolsa y no haya una oferta pública en marcha. Teniendo en cuenta que la ley establece una presunción (desvirtuable) según la cual una empresa ejerce la dirección y coordinación cuando se consolida o controla a otra empresa, este último caso podría ser relativamente común, como veremos, en las adquisiciones transfronterizas que pueden preceder a una fusión, ya que la adquisición del control podría legitimar el ejercicio del derecho de retiro.

1. Procedimiento para ejercer el derecho de retiro.

Cuando el ejercicio del derecho de retiro se basa en una resolución de la asamblea de accionistas, únicamente los accionistas que no votaron a favor de ella pueden ejercer su derecho de retiro, bien porque han estado ausentes de la reunión, o no estuvieron de acuerdo de manera explícita (votaron en contra), o **simplemente se abstuvieron de votar**. Por el contrario, cuando el hecho que legitima a los accionistas a ejercer el derecho de retiro es diferente de una decisión de la asamblea de accionistas, cada accionista tiene derecho a ejercer el

derecho, aunque puede ser que los accionistas que manifestaron su beneplácito por el hecho relevante no puedan retirarse.

2. Plazo.

(...) La empresa tiene 90 días para decidir si confirma la decisión de la asamblea de accionistas que desencadenó el ejercicio del derecho de retiro, o la revoca, por ejemplo, porque el número de accionistas que se retiran es tan extenso que la operación proyectada ya no es factible o conveniente. A la luz del ejercicio del derecho de retiro, la empresa también puede optar por la liquidación. Después de transcurrido este segundo plazo, si ninguna resolución de la junta de accionistas (cuando la hay) es revocada, ni se opte por la liquidación de la empresa, los accionistas que se retiran deben recibir el valor de sus acciones, en todo caso, dentro de 180 días siguientes contados a partir de la comunicación de la intención de retirarse.

3. Valoración.

Antes de la nueva ley, la valoración de las participaciones no cotizadas en el mercado público se hacía teniendo presente el valor en libros. Esta solución subestima el valor económico del capital y por lo tanto de las participaciones. El nuevo artículo 2437 C.C., establece que el valor de las participaciones no cotizadas es determinado por los administradores, con un dictamen no vinculante de la Junta de Auditores y del auditor externo, teniendo en cuenta el valor razonable de la empresa, los activos y pasivos, sus perspectivas de ganancias y el posible valor de mercado de las acciones. El legislador italiano adoptó, en este aspecto, los llamados criterios "mixtos" de evaluación, que incluye una ponderación de tres elementos diferentes: a) una valoración "patrimonial" de los activos y pasivos a su valor razonable; b) una evaluación "dinámica" que consiste en descontar el flujo futuro de ingresos "normalizados" (o, mejor aún según los

criterios financieros más modernos, flujos de efectivo); c) el valor de mercado, es decir un precio, representativo de las participaciones de la compañía por ejemplo, el precio obtenido si en las semanas anteriores a su retirada.

Para las acciones cotizadas, la ley requiere simplemente el cálculo de la media aritmética (es decir, no ponderado) de los precios de cierre de cada día de negociación en los seis meses anteriores a la publicación de la decisión de la junta de accionistas. Un problema de interpretación delicado surge cuando no hay datos sobre los precios de mercado durante seis meses, por ejemplo, porque la negociación de las acciones ha sido suspendida por la Bolsa de Valores de Italia. En casos similares, deberían integrarse los criterios legales previstos antes mencionados para la evaluación de las acciones no cotizada.

(...) Por último, es importante subrayar que la valoración de las participaciones debe preceder a la junta de accionistas que puede dar lugar al ejercicio del derecho de retiro. La razón es, que los accionistas disidentes deben ser conscientes del valor determinado por los directores (que pueden desafiar a través de un procedimiento especial) antes de la reunión, para que puedan tomar una decisión informada sobre cómo comportarse con respecto a la decisión propuesta. La ley prevé pues, que los accionistas tienen derecho a saber - y tener una copia de - la evaluación de las acciones preparadas por los directores con 15 días de antelación a la fecha en que la junta de accionistas tiene su primera reunión (artículo 2437, párrafo 5, CC).⁴⁷

⁴⁷ Traducción libre y paráfrasis del documento investigativo del Profesor Marco Ventoruzzo, *Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law*; disponible en *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: <http://www.ssrn.com>

Con esta reforma la legislación italiana, cuna del instituto de receso, se han acogido reformas indispensables para la actualización normativa, basadas estas preocupaciones en tres elementos fundamentales: 1) la ampliación de las causales que dan origen al receso, 2) un método de valoración objetiva para el reembolso, y, 3) un procedimiento ágil para el ejercicio del mismo.

1.5.4 Normas de la comunidad europea. La Unión Europea ha tenido una preocupación permanente de establecer políticas dirigidas a la protección de los asociados minoritarios mediante la garantía y fortalecimiento de sus derechos societarios en el marco de una regulación efectiva y eficaz para las sociedades y del denominado Gobierno Corporativo.

Hace más de una década, el 21 de septiembre de 2001, la Comisión Europea designó, por conducto del entonces comisario Frits Bolkestein, un Grupo de Alto Nivel de expertos en derecho de sociedades, el cual fue presidido por el abogado Jaap Winter. El Grupo de Alto Nivel presentó el 4 de noviembre de 2002 su informe final titulado *Un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa*. Este informe abordaba el tema de Gobierno Corporativo en la Unión Europea y la modernización del Derecho de sociedades, no obstante, de forma previa, el 30 de septiembre de 2002, el Consejo de Competencia Europeo había invitado a la Comisión Europea “a elaborar, en coordinación con los Estados miembros, un Plan de acción para el Derecho de sociedades que incluya la gobernanza empresarial, lo más pronto que se pueda, manifestando su intención de tratar dicho plan de acción como un tema prioritario”⁴⁸.

⁴⁸ Comunicación Final de la Comisión Europea, *COM (2003) 284 final*, página 4; disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0284:ES:HTML>

Como resultado de aquella invitación, el Grupo de Alto Nivel elaboró el texto que sería comunicado el 21 de mayo de 2003 por la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, y que se denominó *Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar –*, en él se explicaron las razones para modernizar el Derecho de sociedades europeo y las normas sobre Gobierno Corporativo. Dentro de las recomendaciones presentadas por el Grupo de Alto Nivel se encontraba el que:

“(…) b) debería exigirse a los Estados miembros la creación, al menos en las empresas con cotización oficial, de derechos de exclusión de los accionistas minoritarios o squeeze-out rights (en beneficio de los accionistas mayoritarios) y de derechos de venta obligatoria o sell-out rights (en favor de los accionistas minoritarios), cuya aplicación se condicionaría a determinados límites máximos.

Estos mecanismos de salida de los accionistas minoritarios, como bien se anunciaban en la recomendación, ya se encontraban de forma similar en lo que para entonces era la propuesta de la Decimotercera Directiva sobre Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición, que terminó finalmente convirtiéndose en la Directiva 25 del 21 de abril de 2004 (*Directiva 2004//25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*) sobre ofertas públicas de adquisición. En ella, en su artículo 5, se conminó a los Estados miembros a que *“Cuando una persona física o jurídica, de resultas de una adquisición por su parte o por la de personas que actúen de concierto con ella, venga en posesión de valores de una sociedad a efectos del apartado 1 del artículo 1 tales que, sumados, en su caso, a los que ya poseyera y a los de las personas que actúen de concierto con ella, le confieran directa o indirectamente un determinado porcentaje de derechos de voto en dicha sociedad y le brinden así el control de la misma, los Estados miembros*

velarán porque dicha persona esté obligada a presentar una oferta a fin de proteger a los accionistas minoritarios de la sociedad. Dicha oferta se dirigirá cuanto antes a todos los titulares de valores y se realizará por la totalidad de sus valores al precio equitativo que se define en el apartado 4.⁴⁹ En palabras del profesor alemán Klaus J. Hopt, “en este contexto se tiene que recordar también que la oferta de adquisición vinculante bajo la Decimotercera Directiva también equivale a un primer derecho de salida de cada accionista en el caso de que un nuevo accionista adquiera el control, que, a este respecto, se considera normalmente que existe a partir del umbral del 30 por 100.”⁵⁰

Posteriormente, como desarrollo adicional de las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel designado por la Comisión Europea, se promulgó la Directiva 36 del 11 de julio de 2007 (*Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*) sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas; en esta se garantizaron una serie de derechos para los accionistas, tales como votar mediante representación, formular preguntas, incluir puntos en el orden del día de la junta general y presentar proyectos y participar en la junta general por medios electrónicos, entre otros.

Es de esperarse que en el constante esfuerzo de la Unión Europea por modernizar su derecho de sociedades y brindar a los accionistas minoritarios de mecanismos aptos para la protección de sus derechos, los países miembros adopten leyes que amplíen las causales de derecho de retiro y agilicen el procedimiento para ejercerlo.

⁴⁹ Subrayado por fuera del texto original.

⁵⁰ HOPT, Klaus J.; Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 278.

CAPÍTULO II

Sumario: Tendencias doctrinales sobre su naturaleza. De la resolución del contrato. Rescisión parcial. Teoría de la imprevisión. Antecedentes de la teoría de la imprevisión, características de la institución. Renuncia a la calidad de asociado. Abuso del derecho. Antecedentes de la teoría del abuso del derecho. Abusos del derecho en materia societaria. Diferencia entre el abuso del derecho y el derecho de receso. Conductas abusivas en las sociedades. Opinión sobre las tendencias doctrinales.

2. TENDENCIAS DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RECESO

Alrededor de toda institución jurídica aparecen diversas posiciones doctrinales que pretendan explicar su naturaleza. En el caso del derecho de receso o de retiro se destacan las siguientes:

2.1 DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Se ha intentado explicar el derecho de receso acudiendo a la facultad contractual para resolver los contratos que surgen por incumplimiento de una de las partes. Sin embargo, en los contratos plurilaterales de cooperación o de fin común, desaparece esta tradicional facultad, puesto que los intereses de los asociados contratantes no son contrapuestos, sino complementarios. Además, en el más representativo contrato de esta especie, el de sociedad, surge un tercer partícipe en la relación: la persona jurídica societaria, la cual es la parte facultada para exigir al asociado el cumplimiento de sus obligaciones. A su vez, se le otorga al asociado la facultad para exigir como contraprestación el cumplimiento de las reglas legales o estatutarias.

El alcance de la discusión teórica sobre el sinalagma y la clasificación de los contratos es un tema clásico de las obligaciones del Derecho Civil, que también ha sido objeto de análisis en el Derecho Mercantil, particularmente en el contrato de sociedad.

Para algunos el sinalagma equivale a la existencia de obligaciones dependientes entre las partes contractuales, que puede resumirse en la alocución latina *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias, –doy para que tu des; doy para que hagas; hago para que des; hago para que hagas-*. Es decir, la existencia de una obligación depende de la existencia de otra obligación correspondiente. Para otros, se exige que las obligaciones interdependientes sean equivalentes en sus respectivas contraprestaciones.

En la legislación mercantil colombiana el artículo 98º del Código de Comercio define el contrato de sociedad, definición que consagra la pluralidad de contratantes, la diversidad de las prestaciones y la existencia de una finalidad común. De esta definición y de los artículos posteriores de la ley comercial, que adelante se citan, se concluye, que si bien al momento de la constitución de la sociedad existen obligaciones entre quienes comparecen a la creación de la misma, pudiendo hablarse en principio de un sinalagma genésico, estas prestaciones pueden ser diferentes y solo exigibles por la persona jurídica que se crea y no por los demás asociados⁵¹. Además la nulidad o la imposibilidad en el cumplimiento obligacional solo afecta la relación contractual que la sufre.

⁵¹Artículo 98. Código de Comercio. CONTRATO DE SOCIEDAD. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Se ha hecho referencia al sinalagma genésico, que difiere del funcional, entendiendo por el primero que al momento de nacer las obligaciones existan contraprestaciones recíprocas y por el segundo, que las contraprestaciones surjan al momento de su cumplimiento⁵².

Existe uniformidad en la doctrina sobre las consecuencias que genera la existencia del sinalagma contractual en cuanto a:

1. El incumplimiento de una de las obligaciones determina la no exigibilidad de la otra, fenómeno conocido obligacionalmente como la *exceptio non adimpleti contractus*.
2. La nulidad de una de las obligaciones conlleva la nulidad del contrato.
3. Si una prestación se hiciese imposible, se extinguen los demás derechos y obligaciones.

Las disquisiciones sobre la materia han servido para plantear extensos interrogantes sobre la naturaleza del contrato de sociedad y sus consecuencias. En relación con el tema en discusión, el Código Unificado Italiano de 1942, el cual en esta materia inspira la normatividad mercantil nacional, parecería haber definido estos claroscuros, al haberle otorgado, como lo advirtió un importante sector de la doctrina italiana⁵³, la naturaleza de contrato plurilateral de organización, cuyas prestaciones son atípicas y dirigidas a un fin común.

⁵² BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. Argentina, Editorial Uteha, 1960, p. 133.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. México, Editorial Porrúa S.A., 1977, págs. 17 y siguientes.

GIRÓN TENA, J. Derecho de sociedades. Tomo I. Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976, p. 127.

⁵³ Al respecto resulta definitiva la obra del jurista italiano Tulio Ascarelli: ASCARELLI, Tulio. Panorama del Derecho Comercial. Buenos Aires, Editor De Palma, 1949.

Lo anterior conlleva a hacer inútiles las discusiones sobre la resolución del contrato y su asimilación al derecho de receso, pues la institución resolutoria no existe para los contratos plurilaterales, tal como expresamente lo ordena la legislación mercantil nacional, la cual ha dado diferentes soluciones al incumplimiento contractual, reservando la resolución para los contratos bilaterales y la extinción o terminación parcial de los vínculos para los contratos plurilaterales⁵⁴, perviviendo el contrato plurilateral, en este caso la sociedad, salvo que sea indispensable la relación afectada para la continuidad de la vida social.

La relación obligacional del asociado con la sociedad le permite exigir sus derechos políticos, o sea, los relativos a participar mediante el ejercicio del voto en las decisiones del máximo órgano social, a intervenir en su reglamentación estatutaria, a hacer parte en la adopción de políticas para su manejo, a participar en la elección de sus órganos de dirección y a recibir un trato igual por los administradores. Igualmente, se le autoriza el ejercicio de sus derechos económicos, o sea a percibir las utilidades y los demás beneficios, a participar en la distribución de su cuota parte al momento de la liquidación del patrimonio social y, como veremos adelante, a exigir el receso cuando esté autorizado.

⁵⁴ Artículo 1546. Código Civil. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Artículo 865. Código de Comercio. En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto.

Artículo 870. Código de Comercio. **En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.**

Correlativamente la sociedad está facultada para exigir del socio el cumplimiento de deberes económicos de aportes al fondo social y de sus obligaciones de lealtad comercial, a guardar la reserva o confidencialidad de secretos o de información reservada y a un ejercicio no abusivo de sus derechos. En la realidad se presenta una relación de reciprocidad de deberes y obligaciones entre la sociedad y los asociados.

Sin embargo, buena parte de los deberes de la sociedad y los correspondientes derechos de los asociados, pueden sufrir alteraciones por la voluntad de los mismos, a través de decisiones de los órganos sociales, que determinen la modificación de las reglas estatutarias o simplemente de su estatus con menoscabo o alteración de su posición política o económica. Estos cambios de la sociedad, que modifican el estatus de derechos o prerrogativas de los asociados, obedecen a decisiones de terceros, en este caso, de asociados mayoritarios que imponen su voluntad en los órganos sociales o en la administración, siendo la sociedad como tal ajena a esas decisiones. La doctrina ha intentado explicar este escenario jurídico, creando la figura del sinalagma funcional. Este último tendría lugar entre la sociedad y los asociados. Sin embargo, debe reiterarse que estos, asociados y la sociedad, nunca pactaron una relación contractual y que sus derechos y obligaciones son consecuencia de la normatividad legal y no del acuerdo de voluntades.

Un argumento más para no asimilar la resolución del contrato al derecho de receso, obedece a las causales establecidas para el surgimiento de uno u otro instituto: tratándose del derecho de receso, este se pacta por causales ajenas al incumplimiento de deberes, incluso en algunas circunstancias, puede pactarse *ad nutum*, o sea que por voluntad propia del socio puede darse su ejercicio. En el receso *ad nutum* se configura una típica renuncia que, como adelante se

observará, tuvo vigencia en nuestras sociedades civiles y se autoriza en otras legislaciones. Esta renuncia facultativa del recedente no implica actuación alguna por fuera de la ley o de los estatutos. Tampoco lo son las decisiones que adopten las mayorías y que conlleven demérito en las condiciones del asociado, al estar facultadas para adoptarlas, y que no conllevan un incumplimiento de deberes, requisito indispensable jurídicamente para predicarse la resolución del contrato, pues esta institución deriva su origen en el hecho de actuar por fuera de sus obligaciones por una de las partes contratantes.

Cuando se expresa que el espejo o cara contraria del derecho de retiro es el llamado derecho de exclusión, parcialmente se incurre en un error, pues la facultad de exclusión en algunos casos sí obedece a incumplimientos de la ley o del pacto social por el asociado excluido, lo que da lugar al nacimiento de la acción societaria de la exclusión, tal como en el aparte correspondiente se examinará, lo cual no sucede en el caso del derecho de receso.

Debe recordarse que el remedio o solución legal para enmendar o resarcir a un socio por el incumplimiento de los deberes de la sociedad o de los administradores se encuentra tanto en la posibilidad de impugnar las decisiones de los órganos sociales, si ellas fueren adoptadas sin observar las formalidades de la ley mercantil o si excedieren los límites del contrato social, tal como lo disponen los artículos 190 y 191 del Código de Comercio⁵⁵, o a través de reclamaciones

⁵⁵ ARTÍCULO 190. Código de Comercio. DECISIONES INEFICACES, NULAS O INOPONIBLES TOMADAS EN ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

Artículo 191. IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

judiciales de responsabilidad contractual o por medio de las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores⁵⁶.

Por tanto, es clara la distinción entre la llamada por la doctrina **condición resolutoria tácita** y el derecho de receso, pues este último surge de un ejercicio del recedente sin confrontación, de facultades consagradas en la ley o en los

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

⁵⁶ Artículo 25. Ley 222 de 1995. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

Artículo 200 del Código de Comercio – modificado por el Artículo 24 de la Ley 222 de 1995: Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos, el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

estatutos sociales, por el contrario la condición resolutoria tácita nace de la mora o del incumplimiento de las obligaciones por alguna de las partes de la relación jurídica.

Finalmente, dentro de estas reflexiones aflora la característica del contrato **plurilateral**, en el cual la finalización de una relación obligacional, per se, no determina el final del contrato, sino el de la relación que se afecta, pudiendo pervivir la sociedad como institución o como persona jurídica independiente de los asociados sin que sufran menoscabo las relaciones preexistentes entre los demás asociados y la sociedad.

2.2 RESCISIÓN PARCIAL

Podría argumentarse que esta es una modalidad similar a la resolución, pero aplicable a los contratos plurilaterales. Sin embargo, la rescisión obedece tanto a una causa justificada como a una conjunción de voluntades de las partes, lo que no corresponde con el instituto estudiado, cuyo ejercicio – el receso – obedece exclusivamente a la voluntad unilateral del socio recedente, aunque los efectos sean similares a los de la rescisión, en cuanto a que solo se afectan los vínculos del recedente, subsistiendo la sociedad y los demás miembros entre los asociados.

Entre nosotros esta teoría ha sido aceptada por algunos tratadistas⁵⁷ en aquellos casos en los cuales, como en el contemplado en el artículo 125 del Código de

⁵⁷ Entre ellos se destaca la posición del profesor Gabino Pinzón, que una de sus obras manifiesta: “*La exclusión de una socio por el no pago oportuno de su aporte tiene cierto sentido de sanción que se reafirma en los artículos 298 del Código de Comercio (...) Por eso no estuvieron afortunados los expertos que denominaron exclusión lo que es apenas la renuncia o el retiro de un socio.*” (PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales. Bogotá: Temis, 1977, págs. 83 y 84). Esta cláusula, en los casos de aportes en especie que resulten total o parcialmente fallidos, puede asimilarse a la que se encuentra en otras legislaciones como la española, la italiana o la argentina y que se denomina “Derecho de separación resultante de la valoración de las aportaciones no dinerarias.”

Comercio, existe un incumplimiento del socio. No obstante, de la lectura de esta norma se deduce que se está en realidad ante una facultad de exclusión⁵⁸.

2.3 TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Para algunos tratadistas⁵⁹ la teoría de la imprevisión ha servido de fundamento del derecho de receso. Entre nosotros, un importante sector de la doctrina colombiana también acoge esta tesis⁶⁰, siguiendo de cerca una doctrina de la Superintendencia de Sociedades.

⁵⁸ Artículo 125. Código de Comercio. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE APORTES-ARBITRIOS O RECURSOS EN LA NO ESTIPULACIÓN. Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización estipulados en el contrato.

A falta de estipulación expresa al respecto, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios o recursos:

- 1) Excluir de la sociedad al asociado incumplido;
- 2) Reducir su aporte a la parte del mismo que haya entregado o esté dispuesto a entregar, pero si esta reducción implica disminución del capital social se aplicará lo dispuesto en el artículo 145; y
- 3) Hacer efectiva la entrega o pago del aporte.

En los tres casos anteriores el asociado incumplido pagará a la sociedad intereses moratorios a la tasa que estén cobrando los bancos en operaciones comerciales ordinarias.

“Excluir de la sociedad al asociado incumplido’, sin perjuicio de que este sea obligado al pago de los mismos intereses moratorios previstos en el artículo 125 del Código. Este recurso de la exclusión resulta muy conveniente para la sociedad. Porque, por tratarse de una empresa de colaboración, es apenas natural que se prescinda de un socio que no puede ser tal, por cuanto no se allana a cumplir la principal obligación derivada del contrato social; y porque, como se dijo en otro lugar (núm.3), con este recurso se reemplaza en materia de sociedades la resolución propia de los contratos de contraprestación en el caso de incumplimiento de alguna de las partes, para que la sociedad continúe solamente con quienes estén colaborando o estén dispuesto a colaborar con sus aportes al desarrollo de la empresa social” Gabino Pinzón. Sociedades Comerciales. Editorial Temis. Bogotá. 1.997.

⁵⁹ En este sentido son de singular relevancia los tratadistas argentinos Fernando Mascheroni y Roberto H. Muguillo, quienes exponen esta tesis en la obra: MASCHERONI, Fernando H., MUGUILLO, Roberto A. Régimen Jurídico del Socio. Editorial Astrea. Buenos Aires, p. 315. 1996.

ANGEL DASSO, Ariel. El Derecho de Separación o Receso del Accionista. Buenos Aires, Editorial La Ley, 1985, págs. 57 a la 60.

⁶⁰ En Colombia esta tesis ha sido expuesta por diversos juristas, siendo tal vez el mayor exponente el doctor Francisco Reyes Villamizar, quien sostiene: “*El fundamento del derecho de retiro estriba en el cambio fundamental de circunstancias (rebus sic stantibus), que puede hacer que algunos socios pierdan el interés de continuar asociados*”. (REYES V., Francisco. Derecho Societario. Tomo II. Bogotá, Editorial Temis, 2006, págs. 245 y 246.). Para lo cual se apoya en el Oficio 100-87155 de 20 de septiembre de 1999 de la Superintendencia de Sociedades.

En esta materia es evidente la tensión existente entre la teoría de la imprevisión, que tiende a remediar las situaciones de inequidad que aparecen con ocasión de alteraciones sustanciales en las circunstancias originales de la contratación y que modifican las obligaciones de una de las partes, tornándolas excesivamente onerosas, lo cual conlleva la posibilidad de su revisión, según el principio ***rebus sic stantibus***, y el principio según el cual los contratos **son una ley para las partes o principio *pacta sunt servanda***, como lo predica la ley civil⁶¹, y en virtud del cual debe cumplirse en forma estricta el contenido contractual, sin que exista justificación o excusa alguna para su inobservancia; de allí que de forma armonizada el brocardo original fuere *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* – los pactos son para cumplirlos, mientras que las circunstancias (o las cosas, en una traducción literal) no varíen –. Entre estos dos extremos gira una controversia o tensión, pues uno de ellos acepta la posibilidad de su modificación al presentarse sustanciales alteraciones en las circunstancias genésicas de la contratación, imprevisibles para las partes⁶² y el otro pugna por su inmodificabilidad, argumentando la seguridad jurídica.

2.3.1 Antecedentes de la teoría de la imprevisión. El principio de la imprevisión se remonta en sus orígenes al Derecho Romano, posteriormente fue aceptado por el Derecho canónico, por los glosadores, y en el mundo moderno, tanto en Francia como en Alemania, ha tenido seguidores en la doctrina y en la jurisprudencia.

⁶¹ Artículo 1602. Código Civil. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

⁶² En la antigua lucha entre los principios **Pacta Sunt Servanda** y **Rebus Sic Stantibus**, el Derecho francés acostumbra favorecer al primero mientras que el Derecho italiano, con sus normas en materia de excesiva onerosidad, tiende a favorecer el segundo “La otra cara del arbitraje internacional”, DRAETTA, Ugo. Universidad del Rosario, pág. 12. Bogotá 2012”.

En Colombia, bajo la influencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, surgió en la doctrina y en pioneros pronunciamientos jurisprudenciales⁶³. Son reconocidas como precursoras las sentencias de la Corte Suprema, denominada como la Corte de Oro, cuyos ponentes fueron los magistrados Liborio Escallón, Juan Francisco Mujica y Arturo Tapias Pilonieta, quienes introdujeron esta noción en nuestro medio jurídico.⁶⁴ A pesar de estos pronunciamientos de singular trascendencia, proferidos por la más alta corte judicial⁶⁵), durante más de

⁶³ PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Volumen I., Editorial Temis. Bogotá. 1966.

Este tratadista introdujo la teoría de la imprevisión en la doctrina colombiana en su tratado sobre las obligaciones, en el cual desarrolla un estudio histórico desde los juristas romanos como Cicerón y Seneca, en la Edad Media con los escolásticos como Santo Tomás, el glosador Bartolo y finalmente en el siglo XX, los publicistas Grotius y Puffendorf. Reseña fallo del Consejo de Estado de Francia sobre la compañía de gas de Burdeos, fallo fechado en marzo de 1936. Igualmente cita a Ripert en su “Regla Moral de las Obligaciones”, a Hanoi, a Josserand, a Bonnecasse. Según Pérez Vives, los requisitos para que sea aplicable la teoría de la imprevisión son los siguientes:

1) Que el negocio haya sido celebrado sobre bases ciertas y conocidas de ambas partes, de modo que sus prestaciones sean aproximadamente equivalentes y que constituya mala fe pretender, una vez variadas dichas bases, que una de ellas cumpla su obligación, no obstante que, de haberse podido prever ese cambio, el contrato se hubiera concluido sobre bases diferentes. 2) Que el acontecimiento que ha producido el cambio o alteración de las circunstancias sea excepcional y acontezca sin la intervención voluntaria de ninguna de las partes contratantes. 3) Que ese acontecimiento no haya sido previsto ni fuera previsible al momento de celebrarse el contrato por las partes. 4) Debe producir la ruptura de la economía contractual más allá de los cálculos que indudablemente debieron tenerse en cuenta al celebrarse el contrato. 5) A consecuencia de lo cual, la presentación de una de las partes ha llegado a ser en extremo onerosa o difícil, de modo que sea ajustado a la equidad considerarla como imposible de cumplir.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Bogotá, Editorial Temis, 1978, págs. 442 al 449.

⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 23 de mayo de 1938; Magistrado Ponente, Arturo Tapias Pilonieta: “JURISPRUDENCIA. – Alcances de la teoría de la imprevisión. “Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, los dificulta en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deban alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia”.

⁶⁵ Puede consultarse el extenso y elaborado estudio del programa de maestría en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia, publicado bajo el título “Sobre Principios y Reglas, los Problemas del Razonamiento Jurídico Frente al “Nuevo Derecho” en el Sistema Jurídico Colombiano”. Autor William Jiménez Gil, director de la investigación doctor Diego Eduardo López Medina, octubre 2001. Este trabajo originalmente destinado al análisis de los principios generales del Derecho derivó en un análisis de la teoría de la imprevisión en su

cuarenta años la teoría de la imprevisión no fue aplicada en nuestras decisiones judiciales y las sentencias mencionadas quedaron simplemente como evidencias testimoniales.

La entonces nueva normatividad mercantil del año 1971, dio positividad a varios principios generales del Derecho, tales como el de la **buena fe, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la teoría de la imprevisión**. Esta última fue definida así en el “*Artículo 868 del Código de Comercio: “Cuando circunstancias imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa podrá esta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”*

2.3.2 Características de la institución. La norma mercantil que consagra la imprevisión exige que los cambios de las circunstancias contractuales sean **imprevistos e imprevisibles**, que se modifique la ecuación de las obligaciones pactadas al tornarse muy onerosa para una de ellas, sin que sea imposible su cumplimiento, lo cual la diferencia de la fuerza mayor que impide totalmente su cumplimiento. Obviamente, en el origen de las modificaciones, no debe participar ninguna de las partes contratantes. Además, los contratos deben ser de tracto sucesivo, de ejecución periódica o indefinida, excluyéndose los instantáneos. En presencia de estas

origen y evolución, en la doctrina italiana, holandesa, alemana, francesa e inglesa y en la jurisprudencia y legislación colombiana.

alteraciones, la ley faculta a la parte afectada para solicitar al juez la revisión o reajuste de las obligaciones y aun para decretar la terminación de la relación jurídica.⁶⁶

Es de anotar que las eventuales modificaciones que se presentan en el contrato y que dan origen al ejercicio del derecho de receso, no pueden ser calificadas como de imprevistas o imprevisibles, pues esa posibilidad – la de las modificaciones –

⁶⁶ Otro importante estudio reciente sobre la teoría de la imprevisión está contenido en la sentencia fechada el 21 de febrero de 2012 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuyo Magistrado ponente fue William Namen Vargas y de la cual reseñamos un apartado sustancial:

“Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “*que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional*” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto *ex ante*, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.

La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.

Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (*duty to mitigate damages*), y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, a más de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalecerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho, dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos.”

está contemplada en la ley mercantil o autorizada en los estatutos sociales, cuyas normas autorizan la adopción de cambios, por ejemplo, al presentarse reformas o transformaciones de los estatutos y de las obligaciones sociales, que sirven como causales para ejercer el derecho de retiro del socio.

Igualmente, pueden presentarse modificaciones del pacto social que den origen al ejercicio del derecho de retiro y que no generen cargas adicionales onerosas al socio, por ejemplo: el cambio del objeto social o la forma de negociación de las partes, cuotas o acciones, en principio pueden no representar deterioro o alteración en las condiciones del socio, por lo cual no podría predicarse *ab initio*, el surgimiento de desequilibrios propios de la imprevisión y, sin embargo, surgir el derecho de receso.

Una de las características del derecho de receso es la de que sus causales se originan en la voluntad de los demás asociados, al modificarse las condiciones iniciales del acuerdo social, pero con autorización de la ley o de los estatutos sociales y, por tanto, la alteración o la modificación del estatus del socio que ocasionaron el retiro, a diferencia de los casos de la imprevisión, se generan por actuaciones de una de las partes y no por hechos de terceros o de la naturaleza. Por lo expuesto y admitiendo similitudes con la teoría de la imprevisión, encontramos diferencias esenciales entre esa teoría o principio general del Derecho y los fundamentos del derecho de receso.

2.4 RENUNCIA A LA CALIDAD DE ASOCIADO

Es necesario analizar la posibilidad de la renuncia al contrato social por parte de un asociado.

Sobre la materia existe un antecedente en la legislación civil nacional⁶⁷, la cual autorizaba la renuncia del asociado en las sociedades de esa naturaleza, trayendo como consecuencia la disolución de la sociedad, salvo acuerdo entre los demás socios. Esta renuncia no tenía validez en caso de hacerse de **mala fe** o de realizarse en forma **intempestiva**. Las normas sobre sociedades civiles, en forma antitécnica, fueron expresamente derogadas en su totalidad por la ley 222/1995,

⁶⁷ “Artículo 2099. Antiguas normas del Código Civil. En el caso de justa renuncia o justa remoción del socio administrador designado en el acto constitutivo, podrá continuarse la sociedad siempre que todos los socios convengan en ello, y en la designación de un nuevo administrador, o en que la administración pertenezca en común a todos los socios. Habiendo varios socios administradores designados en el acto constitutivo, podrá también continuar la sociedad, acordándose unánimemente que ejerzan la administración los que restan.

Artículo 2134. La sociedad puede expirar también por la renuncia de uno de los socios.

Sin embargo, cuando la sociedad se ha contratado por tiempo fijo, o para un negocio de duración limitada, no tendrá efecto la renuncia, si por el contrato de sociedad no se hubiere dado la facultad de hacerla, o si no hubiere grave motivo, como la inejecución de las obligaciones de otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no pueda reemplazarse entre los socios, enfermedad habitual del renunciante que le inhabilite para las funciones sociales, mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas, u otras de igual importancia.

Artículo 2135. La renuncia de un socio no produce efecto alguno sino en virtud de su notificación a todos los otros.

La notificación al socio o socios que exclusivamente administran, se entenderá hecha a todos.

Aquellos de los socios a quienes no se hubiere notificado la renuncia, podrán aceptarla después, si vieren convenirles, o dar por subsistente la sociedad en el tiempo intermedio.

Artículo 2136. No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente.

Artículo 2137. Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad: en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito.

Podrán asimismo excluirle de toda participación en los beneficios sociales, y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas.

Artículo 2138. Renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales. La sociedad continuará entonces hasta la terminación de los negocios pendientes, en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.

Aún cuando el socio tenga interés en retirarse, debe aguardar para ello un momento oportuno.

Los efectos de la renuncia de mala fe indicados en el inciso final del artículo precedente, se aplican a la renuncia intempestiva.

Artículo 2139. Las disposiciones de los artículos precedentes comprenden al socio que de hecho se retira de la sociedad sin renuncia.”

de 20 de diciembre⁶⁸, creando una laguna legal respecto a las sociedades colectivas, puesto que, en lo relativo a la renuncia o retiro de un socio, su normatividad remite expresamente a las disposiciones del Código Civil que se derogaron⁶⁹.

Particularmente, en relación con las sociedades constituidas a término indefinido, se ha planteado la duda sobre la posibilidad de la renuncia o retiro del socio o la obligatoriedad de permanecer en ella en forma indefinida. Este asunto carecía de importancia en nuestra legislación al no estar autorizada la constitución de sociedades a término indefinido, aunque, de hecho, los plazos de prolongada extensión podrían asimilarse a indefinidos. Sin embargo, con el advenimiento de las normatividades de las sociedades prestadoras de servicios públicos y de las sociedades por acciones simplificadas -S.A.S.-, que consagraron la existencia social a término indefinido, apareció este interrogante, hasta ahora no resuelto a favor del ejercicio de este derecho⁷⁰.

Tampoco se ha definido si, bajo la autorización que consagra el numeral 14 del artículo 110⁷¹ del Código de Comercio, podría pactarse voluntariamente una facultad de renuncia del socio, lo cual, en nuestra opinión, es posible con el

⁶⁸ “Artículo 242. Ley 222 de 1995. NORMAS DEROGADAS. Esta Ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Capítulo I del Título II del Libro Segundo, el Título II del Libro Sexto y los artículos 121, 152, 292, 428, 439, 443 y 448 del Código de Comercio; los artículos 2079 a 2141 del Código Civil; el Decreto 350 de 1989; el Título 28 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 4o, 5o. y 6o del Decreto 2155 de 1992.”

⁶⁹ Artículo 322. Código de Comercio: “En los casos de renuncia o retiro de un socio, se aplicarán las disposiciones que al respecto consagra el Código Civil.”

⁷⁰ “Artículo 19.2. Ley 142 de 1994. La duración podrá ser indefinida.”

“ Artículo 5, numeral 4o. Ley 1258 de 2008. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.”

⁷¹ Artículo 110. Código de Comercio: “*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: 14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.*”

cumplimiento de las normas sobre reembolso de capital de que trata el artículo 145 de la ley mercantil, y en muchos escenarios podría ser causal de disolución, cuando, por ejemplo, el que renuncia es el socio mayoritario o un socio indispensable para la vida social y con ello se hace inviable el desarrollo de la compañía.

Consideramos que la facultad de renuncia, en caso de existir, solo sería una causal más para el ejercicio del derecho de receso. La no existencia de esta facultad de renuncia en las sociedades a término o plazo de existencia indefinido, determina una obligación irredimible y una imposibilidad de ejercicio negativo del derecho de asociación, razón por la cual debería buscarse una solución legislativa que bien podría enmarcarse en los lineamientos de las antiguas normas del Código Civil sobre la **causa justa** y la **oportunidad del retiro**, por lo menos en las sociedades a término indefinido. También podría aplicarse a una causal de disolución al haber desaparecido el *affectio societatis*.

2.5 ABUSO DEL DERECHO

2.5.1 Antecedentes de la teoría del abuso del derecho. En el vigente Código Mercantil de 1971, la teoría del **Abuso del Derecho** fue consagrada como uno de los principios de la legislación mercantil colombiana.

Al referirse a las obligaciones mercantiles, el Código predica que quien **abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause**. Con posterioridad, la Constitución de 1991, en su artículo 95⁷², fue explícita al referirse

⁷² Artículo 95. Constitución. *La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.*

a los deberes y a garantías, al prescribir que toda persona o ciudadano debe respetar los derechos ajenos y **no abusar de los propios**.

Desde 1936, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de trascendencia doctrinaria, introdujo esta noción, atendiendo a las tendencias de la dogmática francesa⁷³, la cual había superado la estricta concepción individualista que llevaba a negar cualquier limitación de un derecho, no obstante que su ejercicio determinase un daño injusto a un tercero producto de un acto doloso, de un error de conducta o de una anomalía en el ejercicio del derecho.

En nuestra opinión, uno de los más acertados discursos sobre la naturaleza de esta institución jurídica se encuentra en la exposición de dos de los más importantes profesores españoles de todos los tiempos, quienes ubican el abuso del derecho en la categoría de ilícitos atípicos, tales como **el fraude a la ley y la desviación del poder** y cuya característica principal es la discordancia entre la

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*
- 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.*
- 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;*
- 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;*
- 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;*
- 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;*
- 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;*
- 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.*

Artículo 830. Código de Comercio. ABUSO DEL DERECHO-INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

⁷³ De la cual fue gran exponente el jurista Georges Ripert, entre otros a partir de su obra *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles*. (RIPERT, Georges. *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles*. Bogotá: Editorial La Gran Colombia, 1946.)

regla legal y un principio que informa el sistema, debiendo prevalecer este último como mecanismo de rectificación del ejercicio equivocado de un derecho⁷⁴.

2.5.2 Abusos del derecho en materia societaria. En materia societaria se presentan situaciones típicas de abuso del derecho, por ejemplo, en el caso del ejercicio del voto. De hecho, tanto los socios mayoritarios como los minoritarios pueden tomar decisiones que favorecen sus intereses particulares y que aparentemente están dentro de la ley, pero que no son benéficas para la sociedad, y perjudican a los demás asociados. Un ejemplo es el del no reparto de utilidades sociales en forma sistemática, sin que exista necesidad de retenerlas. Igualmente, es común el abuso en capitalizaciones excesivas tendentes a diluir la participación de los socios minoritarios y, por contraste, la oposición de socios minoritarios, con capacidad de veto, para impedir una capitalización requerida por la sociedad⁷⁵.

⁷⁴ En palabras de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero “Dos son las ideas fundamentales a partir de las cuales hemos tratado de elaborar en este libro la noción de “ilícitos atípicos”. Una es que las tres figuras del abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación del poder obedecen, por así decirlo, a una misma lógica; son concreciones de una mismo concepto general (precisamente, el de ilicitud atípica). Y la otra idea es que lo que caracteriza a los ilícitos atípicos (frente a los ilícitos típicos) es la oposición a los principios (pero no a las reglas) del sistema jurídico; ello hace que se trate de una noción difícil de analizar teóricamente, pero de una gran importancia práctica.

(...) Todo lo anterior nos permite presentar una definición de la figura del abuso del derecho que, creemos, viene a ser una reconstrucción y generalización adecuadas de la manera como la misma opera. La definición es la siguientes:

La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.

3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1.) Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2.) Que D es un daño excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) Y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2) la acción A está prohibida.” (ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos Atípicos. 2000, Editorial Trotta S.A.. Págs. 9, 56 y 57.)

⁷⁵ Cita de Ernesto Rengifo G. del texto del tratadista Samuel Finkielstein, pág. 70.

2.5.3 Diferencia entre el abuso del derecho y el derecho de receso. Ahora bien, esta desviación en el ejercicio de un derecho, en este caso en materia societaria, se constituye en una fuente autónoma de creación de obligaciones para un socio, situación diferente a la que da origen al derecho de receso que, como se ha expresado, surge de la ley o de los acuerdos societarios, sin que se advierta violación alguna de norma estatutaria o legal, como sí sucede en el abuso del derecho.

La Ley 1258/2008⁷⁶, que regula las **Sociedades por Acciones Simplificadas S.A.S.**, en su artículo 43⁷⁷ reglamentó el abuso del derecho al voto en situación de mayorías, minorías y de paridad. Obliga esta norma a ejercer el derecho al voto sin producir daño a la compañía, a otros accionistas o el obtener privilegios para sí o para un tercero, exigiendo que el ejercicio de este derecho sea en interés de la sociedad.

“Si la mayoría tomó decisiones que están fuera del ámbito que se les ha fijado, están actuando sin un derecho que pueda ampararlas o, en otros términos, y de acuerdo con la terminología jurídica pertinente, estaríamos frente a un caso de abuso del derecho (...) Se ha aceptado por los tratadistas que así como puede existir un abuso del derecho por parte de la mayoría, también puede existir ese mismo abuso por parte de una minoría (...) De acuerdo con lo anterior, se desprende que las causas del abuso del derecho en las decisiones que se toman o se dejan de tomar a nombre de la sociedad, pueden agruparse, *grosso modo*, en las siguientes clases: A. Decisiones en contra del interés social; B. Decisiones en contra de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad, y C. Decisiones a favor de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad. Necesariamente deberá estudiarse los hechos en cada caso, para poder determinar la existencia de ese abuso del derecho”: Samuel Finkielstein. “El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales”, Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, t.xx, n°. 36, Bogotá, Imprenta Nacional, 1965, p.317.”

⁷⁶ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

⁷⁷ Artículo 43. Ley 1258. ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

De manera menos precisa, esta ley reglamenta el abuso del derecho del accionista en las determinaciones de la asamblea, norma aparentemente comprendida en la parte inicial del artículo.

Esta consagración legal del abuso del derecho en aspectos societarios supera la doctrina y la jurisprudencia y se convierte en un hito aplicable no solo a las sociedades por acciones simplificadas, la más socorrida forma social en la actualidad, sino, además, por mandato legal, aplicable analógicamente de acuerdo a la autorización del artículo 1º de la ley mercantil, a todas las formas societarias⁷⁸.

Por lo expuesto, es evidente la diferencia del **abuso del derecho**, principio ya consagrado como regla constitucional y legal en materia societaria, y el **derecho de receso**. No obstante, debe reconocerse cómo, pese a la muy precaria reglamentación normativa sobre el derecho de receso, es aún más débil la posibilidad de defensa de las minorías en los eventos del abuso del derecho, particularmente al no autorizarse la salida o retiro del socio abusivamente oprimido, quien tendrá algún bálsamo o mejoría con la novísima regla sobre el abuso del derecho reglada en las S.A.S., que puede elevar a la nulidad los actos abusivos y determinar una indemnización de perjuicios, pero no su retiro, debiendo permanecer encadenado a la sociedad el socio afectado con las mayorías abusadoras.

2.5.4 Conductas abusivas en las sociedades. Se han reconocido diferentes tipos de conductas abusivas de las mayorías: un primer grupo estaría

⁷⁸ ARTÍCULO 1o. Código de Comercio. APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos **por analogía de sus normas**.

dirigido a limitar en forma sistemática el reparto de utilidades; un segundo grupo, destinado a la apropiación de bienes o de oportunidades de negocios sociales, y un tercero, dirigido a suprimir o a rebajar los derechos políticos o económicos de las minorías⁷⁹.

2.6 OPINIÓN SOBRE LAS TENDENCIAS DOCTRINALES

Después del examen de las tendencias doctrinales que intentan explicar la naturaleza del derecho de receso, en nuestra opinión, éste se evidencia como un instituto autónomo que participa parcialmente de la naturaleza de otros, pero que goza de plena identidad y que, para los asociados, surge al modificarse alguna de las condiciones genésicas del contrato cuya alteración está consagrada como causal de retiro.

El fundamento de la existencia de este derecho ha estado vinculado a la necesaria y justificada protección de las minorías en los esquemas societarios, la cual se revela en la garantía de tener un trato igualitario, en la posibilidad de acceder a los órganos sociales, a percibir utilidades o a revisar las cuentas sociales y a participar en la liquidación del patrimonio.

Sin embargo, más allá de la protección de las minorías, fundamento válido para su existencia, el derecho de receso tiene su origen en el ejercicio negativo de la libertad de asociación, es decir, en el derecho a voluntariamente establecer o terminar lazos o relacionamientos. Si bien en la mayoría de los casos este derecho – el de asociación – se expresa en el ejercicio positivo del mismo, éste también

⁷⁹ Es ilustrativo el estudio del profesor Tomás Vasquez Lépinette sobre una propuesta legislativa tendiente a mejorar este aspecto en las minorías sociales en la ley mercantil española, situación similar a la nacional en relación con la protección de las minorías societarias frente a la oposición. Al respecto véase VASQUEZ LÉPINETTE, Tomás. La Protección de las Minorías Societarias Frente a la Oposición. Colección “Estudios de Derecho Mercantil”. Primera Edición. España: Editorial Thomson Citivas, 2007.

supone una cara negativa, o sea, poder concluir esos vínculos sociales. Por tanto, este derecho supera la protección de las minorías, al basarse en el derecho a la libertad de asociación.

Por lo expuesto, consideramos que la resolución y la rescisión contractual, la renuncia, la imprevisión y el abuso del derecho, si bien son institutos de trascendencia y con consecuencias de defensa de los derechos de los asociados en la vida societaria, claramente se diferencian del derecho de receso.

CAPÍTULO III

Sumario: Ubicación del derecho de receso Dentro de los derechos de los socios. Entre los económicos se encuentran. Entre los políticos se encuentran. Dentro de los derechos de orden general pueden enumerarse. Excepciones a los derechos. Características y ubicación del derecho de receso. Voluntad unilateral. Reembolso y reducción del capital. Reembolso y restitución de aportes. Subsistencia o pervivencia de la sociedad. Extinción de los vínculos sociales. Irrenunciabilidad. Debe tener origen legal o estatutario.

3. UBICACIÓN DEL DERECHO DE RECESO DENTRO DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS

La calidad de socio confiere a su titular unos derechos llamados **económicos**, otros denominados **políticos** y unos de orden **general**.

3.1 DERECHOS ECONÓMICOS

Se trata de aquellos que generan ventajas de orden patrimonial y que acercan al socio a la categoría de inversionista, lo que implica que su inversión debe rendir en términos monetarios, y determinan la calidad de propietario parcial de la sociedad y de los beneficios que de ésta se derivan. En estos derechos se suelen ubicar:

- a) La participación en las utilidades. Derecho que hace parte esencial de la naturaleza de la asociación mercantil.
- b) La participación en el patrimonio social al momento de la finalización de la compañía.
- c) El derecho de preferencia en la adquisición de cuotas partes, interés social o acciones, cuando haya sido pactado, o, por el contrario, el derecho a la libre enajenación de las participaciones sociales.

- d) La suscripción preferencial de acciones en las sociedades anónimas.
- e) El derecho de retiro o de renuncia, que, dada la naturaleza plurilateral del contrato social, equivale a obtener la participación patrimonial de la sociedad por el recedente.

3.2 DERECHOS POLÍTICOS

Estos derechos dan lugar a participar en la dirección de la sociedad a través de sus órganos sociales. Estos derechos son de mayor trascendencia en las tradicionalmente llamadas sociedades de personas, y tienden a diluirse, o a ser menos importantes, en las sociedades de capital. Entre ellos se ubican:

- a) El derecho a participar en las asambleas o juntas de socios, de conformidad con su porcentaje de participación social
- b) Derecho a participar en la elección de juntas, funcionarios, revisor fiscal e igualmente a ser elegido.

3.3 DERECHOS DE ORDEN GENERAL

Estos derechos van más allá de los derechos económicos o políticos y obedecen a la necesidad de los socios de tener información de la compañía, de oponerse a tratos discriminatorios o a decisiones contrarias a la ley o los estatutos.

- a) El derecho a obtener información de los negocios de la sociedad de acuerdo con la ley y los estatutos de determinados actos societarios, entre otros, de los proyectos de fusiones, escisiones o de transformaciones y del contenido del orden del día de las asambleas extraordinarias. Dentro del derecho de información se incluye la facultad de inspeccionar los libros y

papeles contables, con antelación a las reuniones en las cuales se examinen estados contables de la sociedad.

- b) El derecho a impugnar las decisiones sociales contrarias a la ley o a los estatutos.
- c) El derecho a recibir un trato equitativo o igual a los demás socios por parte de los administradores.

3.4 EXCEPCIONES A LOS DERECHOS

Los anteriores derechos, en algunos casos, pueden ser limitados o suprimidos. A continuación veremos algunos ejemplos de estas excepciones:

La ley mercantil nacional, al igual que muchos estatutos foráneos, autoriza la estipulación estatutaria de privilegios accionarios, ya sea en las utilidades, en el derecho al voto, (en reembolso en caso de liquidación), en el establecimiento del voto múltiple y el fraccionamiento del mismo, posibilidades excluidas tradicionalmente de nuestra legislación, pero aceptadas a partir de la ley 1258 de 2008. Igualmente, en las acciones privilegiadas, se puede pactar la limitación al voto.

3.5 CARACTERÍSTICAS Y UBICACIÓN DEL DERECHO DE RECESO

En relación con el derecho de receso, queda claro que éste hace parte de los derechos económicos y puede considerarse como una variable al derecho de

recibir parte del patrimonio al momento de la liquidación, pues para el recedente es la facultad de finalización de su vínculo social, pero con reembolso.⁸⁰

A continuación expondremos las características esenciales del derecho de receso, en buena parte siguiendo las orientaciones de una tratadista que con profundidad ha abordado el tema⁸¹:

3.5.1 Voluntad unilateral. El ejercicio del derecho de receso o de retiro obedece a la voluntad unilateral del socio que se encuentre dentro de los presupuestos jurídicos que para su desarrollo ha tipificado la ley. Por esta razón no está obligado a solicitar el consentimiento de la sociedad o de los demás socios para adelantar su retiro y obtener el reembolso de su aporte o, mejor, de su participación en el patrimonio social.

3.5.2 Reembolso y reducción del capital. El derecho de receso conlleva el reembolso del porcentaje de capital que posee el socio recedente en el fondo social. Siguiendo nuestra regulación contable mercantil, el reembolso está referido al porcentaje del capital original y de los acrecimientos por valorización o utilidades no repartidas, esto es, técnicamente, de la cuota que le corresponde en el patrimonio social. Este reembolso trae como consecuencia una rebaja o reducción en el patrimonio y obviamente en el capital de la sociedad.

⁸⁰ Ver SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de derecho mercantil. Decimosexta Edición. 1993. Madrid. Editorial revista de derecho privado, págs. 212 y siguientes.

Ver REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario, tomo I. Segunda Edición. 2006. Bogotá. Editorial Legis, p. 391.

⁸¹ BRENES, op. cit. págs. 49 y siguientes.

La rebaja de capital puede afectar la prenda común de los acreedores que es el patrimonio social. En este caso es evidente la tensión entre el derecho de asociación, en su facultad negativa representada en el ejercicio del derecho de receso, y los derechos de crédito de los acreedores. Al respecto la ley comercial colombiana en su artículo 145⁸² establece garantías a los acreedores para autorizar la rebaja del capital social. Posteriormente la ley 222 de 1.995 facultó a la autoridad de vigilancia para impedir el ejercicio del derecho de receso si peligrare la estabilidad de la sociedad por la rebaja de capital o patrimonio.

Sobre el reembolso y la restitución de aportes. Debe diferenciarse la figura del reembolso de la de restitución de aportes, que solo ocurre en los supuestos consagrados en el artículo 143 del Código de Comercio. Cuando se habla de reembolso se trata de la entrega al socio de su participación en el patrimonio de la sociedad, por tanto, se incluyen valorizaciones y se restan las pérdidas de valor; por el contrario, cuando se habla de restitución, se hace referencia a la devolución de lo efectivamente aportado por el socio y, por tanto, corresponde a un bien determinado y no a una participación en el patrimonio⁸³.

⁸² Artículo 145, Código de Comercio.. AUTORIZACIÓN PARA LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales.

Cuando el pasivo externo proviniera de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo.

⁸³ Los supuestos de restitución se encuentran en el artículo 143 del Código de Comercio, que estipula:

“Los asociados no podrán pedir la restitución de sus aportes, ni podrá hacerlo la sociedad, sino en los siguientes casos:

1. Durante la sociedad, cuando se trate de cosas aportadas sólo en usufructo, si dicha restitución se ha estipulado y regulado en el contrato;
2. Durante la liquidación, cuando se haya cancelado el pasivo externo de la sociedad, si en el contrato se ha pactado su restitución en especie, y
3. Cuando se declare nulo el contrato social respecto del socio que solicita la restitución, si la nulidad no proviene de objeto o causa ilícitos.”

Por su parte, el artículo 144 del Código de Comercio trata el tema del reembolso de aportes en los siguientes términos:

Como se regula en el mencionado artículo, la restitución, durante la vida social, solo es posible en relación del aporte dado en usufructo, si dicha restitución ha sido acordada en el contrato. Los otros dos casos que contemplan restituciones, o sea en los casos de ocurrir la disolución y adelantarse la liquidación del patrimonio o cuando se presentare una nulidad respecto del socio no proveniente de objeto o causa ilícita, superan la vida normal de la sociedad, pues surgen en la liquidación o en la nulidad parcial de la relación societaria.

La limitación legal a establecer restituciones parecería excesiva, pues en muchos casos puede ser de interés considerar la posibilidad de admitir la realización de aportes temporales por parte de los asociados, que hagan viables estructuras de negocios con conocimiento previo y público de los acreedores.

3.5.3 Subsistencia o pervivencia de la sociedad. El ejercicio del derecho de receso no implica la disolución de la sociedad, aunque bien podría hablarse de disolución parcial de un vínculo social. Solo habría disolución total en aquellos casos en los que fuere imposible la continuidad de la vida social con ocasión del ejercicio del derecho de receso. Debe recordarse que, en los casos de fusión y de escisión, la ley colombiana mercantil y fiscal regula la continuidad de la persona jurídica o del sujeto de imputación jurídica, o sea que subsiste la sociedad sin solución alguna de continuidad, por lo cual el ejercicio del derecho de retiro en la fusión o en la escisión no puede considerarse como excepción al principio de subsistencia o pervivencia del ente societario⁸⁴.

“Los asociados tampoco podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo. El reembolso se hará entonces en proporción al valor nominal del interés de cada asociado, si en el contrato no se ha estipulado cosa distinta”

⁸⁴ Artículo 172. Código de Comercio. FUSIÓN DE LA SOCIEDAD-CONCEPTO. Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

3.5.4 Extinción de los vínculos sociales. Los vínculos o relaciones sociales del socio recedente con la sociedad de la cual se retira concluyen con el receso. Como ya se afirmó, el reembolso y la rebaja del patrimonio finalizan los vínculos de orden económico. Igualmente desaparecen los derechos políticos.

Sin embargo, en algunos casos, es posible que a la finalización o retiro continúen temporalmente obligaciones del antiguo asociado surgidas durante su vinculación, ya sea con terceros o con el Estado.

3.5.5 Irrenunciabilidad. En la mayoría de las legislaciones se reconoce esta característica que considera que la normatividad del derecho de receso se encuentra en la categoría de las normas de orden público. Escenario diferente se presenta una vez surgida una causal que faculte el ejercicio del derecho de receso, en ese momento sí puede ser objeto de renuncia el derecho ya consolidado o simplemente no ejercerse. Esta característica es común en las legislaciones que buscan garantizar a los asociados el ejercicio de este derecho no solo al momento del inicio del pacto social, sino al de sus posteriores reformas estatutarias.

En la ley colombiana, la consagración de este derecho como una norma de orden público se encuentra reglada en el artículo 17 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre⁸⁵, que declara ineficaz toda estipulación que despoje al asociado del derecho de retiro, modifique su ejercicio o lo haga nugatorio. No obstante, una vez

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

⁸⁵ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

haya nacido el derecho de receso, puede renunciarse. Tratamiento similar se encuentra en el Código Civil italiano de 1.942 en el inciso final de su artículo 2437. La actual ley –TRLSC- de las sociedades anónimas españolas no lo contempla, pero sí la de sociedades limitadas dictada en 1.995, que es similar a la colombiana⁸⁶.

3.5.6 Debe tener origen legal o estatutario. Puede afirmarse que el nacimiento del derecho de receso es reglado y limitado a unos presupuestos legales o convencionales previamente definidos. Este escenario es distinto de aquel que surge en otras relaciones jurídicas cuyas facultades de ejercer derechos se presentan por la violación o por el incumplimiento de los deberes de las partes.

No parecería tener discusión la posibilidad de establecer la existencia de un pacto estatutario que permita el surgimiento del derecho de receso, pues la ley autoriza convenir otros pactos en el estatuto social⁸⁷, obviamente sin que sean contrarios al tipo de sociedad de la cual se trate tal como adelante se discutirá.

⁸⁶ La renunciabilidad de los derechos en Colombia tiene como principio general la regla establecida en el artículo 15 del Código Civil que se transcribe:

Artículo 15. “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.

⁸⁷ Artículo 110. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:
(...)

14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

3.6 EL DERECHO DE RETIRO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO

Desde la óptica del análisis económico es evidente la rebaja en los costos de transacción que conlleva la existencia de las sociedades mercantiles dentro del mundo negocial. Baste imaginarse el ahorro que representa para la economía contratar con una sola persona jurídica y no con múltiples comerciantes individuales, lo cual conllevaría incluso en muchas ocasiones a impedir el desarrollo de transacciones comerciales. Lo anterior, en relación con las vinculaciones externas de las sociedades en el mundo de las obligaciones contractuales y en el ejercicio positivo del derecho de asociación⁸⁸.

La otra visión, o sea al interior de la sociedad, las posibilidades de retiro voluntario o forzado de un asociado, es decir, la desvinculación de un socio y por tanto el ejercicio negativo del derecho de asociación, determina costos mayores o ahorros transaccionales de acuerdo a la facilidad o dificultad para la desvinculación que surja de la normatividad. Es claro como en términos micro o macroeconómicos la facultad de finalizar la vinculación económica de un asociado y su mayor o menor grado de dificultad es determinante en la circulación de la riqueza, en la estabilidad y mejor manejo de las compañías comerciales; por factores tales como poder excluir a asociados opuestos radicalmente a las políticas de los gestores, el ahorro administrativo al no tener que atender reclamos permanentes, la ausencia de costos judiciales, los beneficios para el socio excluido que puede invertir en

⁸⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Análisis Económico del Derecho Societario. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 48.

Sobre este tema se ha referido Reyes Villamizar en su obra Análisis Económico del Derecho Societario. En este texto y siguiendo el pensamiento de Ronald H. Coase en “The Nature of the Firm” se afirma que una de las justificaciones que se atribuyen a la existencia de la firma (sociedad) “se encuentra en la posibilidad de reducir tales costos, pues en lugar de existir una multiplicidad de contratos temporales requiriendo ser renegociados permanentemente, el contrato reduce tales contratos a uno solo”

otros negocios. Por lo cual es muy favorable para la sociedad y los socios la existencia de reglas precisas para la exclusión o receso de la sociedad, lo cual conlleva ahorros y utilidades para socio y sociedad, además estabilidad societaria y de la economía en general, sin mayores perturbaciones, con disminución de costos de información y de intervención de agentes públicos. Debe recordarse como las facilidades para crear una asociación mercantil es calificada internacionalmente como parte fundamental de los índices del llamado *Doing Business*⁸⁹, o facilidad para hacer negocios que califican las agencias internacionales de desarrollo. En igual forma consideramos que la facilidad para el retiro de un socio o liquidación de la sociedad hacen parte de ese análisis.

En conclusión, los esquemas legales o estatutarios que creen un clima de seguridad jurídico patrimonial al autorizar el retiro forzado o voluntario de los socios en las compañías mercantiles con mitigación por tanto en los costos de transacción, generan valor a la sociedad y a sus inversionistas, por lo cual es indispensable tener presente este análisis.

⁸⁹ El más importante análisis del Doing Business como factor de competitividad lo realiza el Banco Mundial y su Corporación Financiera Internacional. Ver www.bancomundial.org

CAPÍTULO IV

Sumario: Diferencia con otras instituciones jurídicas. La exclusión del socio. Noción. Motivos de exclusión. Por la muerte del socio. Por imposibilidad sobreviniente o cambio de estatus del socio. Por incumplimiento en las obligaciones de los socios. Vacíos legislativos sobre la exclusión. La falta de definición de las mayorías requeridas en la junta de socios para ejercer el derecho de exclusión, en caso de incumplimiento de deberes propios. La ausencia de un criterio para realizar el avalúo de los derechos del socio excluido y fijación del plazo para el pago. Inexistencia de formas procesales para adelantar la exclusión. Inconsistencia en las regulaciones sobre exclusión en las sociedades limitadas al estar asimiladas a las sociedades anónimas, de capital, pero cuyos socios tienen facultades de administración como en las sociedades de personas. Ausencia de un plazo o término de caducidad o de prescripción para ejercer la exclusión. Opinión o conceptos de la Superintendencia de Sociedades sobre la exclusión. Exclusión en las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS. Sustitución de socios. Readquisición de acciones.

4. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Varias instituciones jurídicas guardan familiaridad con el receso, en cuanto implican la finalización del vínculo del socio con la sociedad. A continuación se discuten las más sobresalientes y sus diferencias con la institución que se estudia.

- La exclusión del socio.
- La sustitución del socio.
- La readquisición de acciones.

4.1 LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO

Mediante la exclusión del socio y en sentido contrario al derecho de receso o de retiro, se concluye la vinculación del socio por motivos ajenos a la voluntad de este, siendo forzada su baja o cese de la sociedad. Entre las causas más conocidas para que opere la exclusión se encuentran: la muerte del socio, el incumplimiento de sus obligaciones y la imposibilidad sobreviniente por cambio de

su estatus jurídico. No sobra anotar cómo en la reforma del derecho de retiro o de receso contenida en la Ley 222/1995, de 20 diciembre⁹⁰, no se hizo referencia al derecho de exclusión como institución independiente, a pesar de estar incluido como tal en el proyecto de ley que dio origen a esa gran reforma⁹¹. Por lo anterior, continúan graves vacíos en aspectos fundamentales de la legislación nacional,

⁹⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

⁹¹ Los artículos referidos a la exclusión en el proyecto de ley presentado por el gobierno eran los comprendidos entre los números 108 y 112 del texto original..

Artículo 108. Causales de Exclusión. Cualquier socio en las sociedades colectivas o los gestores en las en comanditas podrá ser excluido de la sociedad en los siguientes supuestos:

1. Cuando use los activos, bienes sociales o la firma social para negocios ajenos a la sociedad.
2. Cuando ejerza funciones administrativas que según el contrato social no le corresponda.
3. Cuando incumpla lo dispuesto en los numerales 3° y 4° del artículo 234 de esta ley.

En las sociedades de responsabilidad limitada, los socios podrán ser exclusivos en los supuestos previstos en el numeral tercero del presente artículo. Igualmente, cuando los socios sean administradores, habrá lugar a su exclusión en los eventos previstos en los numerales 1° a 3° de este artículo.

En las sociedades a que se refiere el presente artículo, podrán pactarse por unanimidad otras causales de exclusión. No obstante, la exclusión procederá en los casos en que el socio lo haya aceptado expresamente.

Artículo 109. Órgano Competente para la Exclusión.

La Superintendencia de Sociedades ordenará la exclusión del socio a solicitud de la sociedad o de cualquier socio, previa decisión de la Asamblea o Junta de Socios, que se adoptará, con el voto favorable de quienes representen por lo menos el setenta por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. Dicha mayoría se formará sin la intervención del socio o socios a excluir.

Tratándose de sociedades integradas por dos socios, el trámite de exclusión se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, a petición de cualquiera de los socios.

Parágrafo. Para efectos de lo previsto en este artículo, la Superintendencia de Sociedades podrá ordenar, a petición de parte, la convocatoria de la asamblea o junta de socios o convocarla directamente.

Artículo 110. Publicidad de la Exclusión.

La decisión administrativa se inscribirá en el Registro Mercantil y a partir de ese momento será oponible a terceros. La exclusión produce efectos frente a la sociedad desde la ejecutoria de la decisión administrativa.

Artículo 111. Término para la Solicitud de Exclusión.

La solicitud de exclusión deberá presentarse ante la autoridad administrativa, dentro de los tres meses siguientes a la ocurrencia de la causal.

Artículo 112. Reembolso en Caso de Exclusión.

Decretada la exclusión del socio, éste tendrá derecho al reembolso de su aporte de acuerdo con lo previsto en el artículo 106 de la presente ley, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar.” Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Año III- No. 85. Santafé de Bogotá D.C., miércoles 22 de junio de 1994.

tales como su definición, la precisión de las mayorías necesarias para tomar la decisión en caso de incumplimiento de los deberes propios del socio, la forma de realizar los avalúos y la determinación de los plazos para el pago de los derechos al socio excluido. Además, subsisten inconsistencias en las regulaciones en las sociedades limitadas y una ausencia de formas o ritos procesales para ejercer este derecho. Debe anotarse que la nueva Ley de sociedades por acciones simplificadas S.A.S., expresamente consagró el derecho de exclusión.

4.1.1 Noción. Por exclusión o retiro involuntario o forzoso del socio puede entenderse la terminación de su vínculo con la sociedad por la muerte, por el cambio en su estatus personal o por el incumplimiento de sus obligaciones sociales, causales que una vez ocurridas la ley o los acuerdos estatutarios facultan para concluir su vínculo con la sociedad.

Se ha distinguido entre exclusión **en sentido amplio**, que comprendería todas las causales de retiro forzoso de los socios y exclusión **en sentido estricto**, la cual obedecería al incumplimiento de los deberes propios de los asociados. En este estudio se presentará los tres motivos o causas fundamentales que inducen o determinan la exclusión y que, por tanto, tienen orígenes diferentes, aunque hacen parte del mismo instituto jurídico⁹²:

⁹² Otra clasificación, un tanto similar, es la presentada por Angela Rodríguez Pérez en su estudio sobre la exclusión del socio en sociedades profesionales. Academia Sevillana de Notariado, págs. 64, 65 y 66.

En similar sentido se expresa el profesor Galgano refiriéndose a la legislación italiana al clasificar las causas de exclusión como aquellas que proceden de graves incumplimientos de las obligaciones, la interdicción, la inhabilitación del socio y la inidoneidad posterior del mismo.

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Volumen II., Editorial Temis S.A. Bogotá. págs. 143 a la 145. 1999; págs. 143 a la 145.

“En concreto, los justos motivos de exclusión pueden dividirse en tres grupos de casos: 1) incumplimientos graves de obligaciones sociales relevantes para el fin común programado –que incluye el incumplimiento del deber de fidelidad del socio-; 2) circunstancias concurrentes en el socio que hacen igualmente inexigible para los demás la continuación de la sociedad con el socio en cuestión; y 3) comportamientos extrasociales del socio cuando destruyan el clima de colaboración y confianza en el seno de la sociedad (por ejemplo, actos de denigración contra los socios o la sociedad y, en

4.1.2 Motivos de exclusión

- Por la muerte del socio.
- Por la imposibilidad sobreviniente o cambio de status del socio.
- Por el incumplimiento de obligaciones sociales.

a. **Por la muerte del socio.** Inicialmente consideraremos las consecuencias de la muerte del socio, en cuanto a las relaciones sucesorales y de los herederos con la sociedad. Este aspecto ha sido regulado especialmente en las sociedades colectivas, en las sociedades comanditarias en cuanto a sus gestores y en las sociedades limitadas. El tratamiento legislativo al hecho de la muerte del socio difiere en los distintos estatutos comerciales, pues si bien la legislación Italiana, consecuente con el postulado de preservación de la sociedad, establece como solución la exclusión de los herederos en las sociedades colectivas, con la obligación de liquidar la cuota a los socios sobrevivientes, salvo que se haya establecido su continuidad o que estatutariamente haya sido consagrada la muerte del socio como causal de disolución de la sociedad; para la legislación francesa, por el contrario, la muerte del socio colectivo es causal de disolución de la compañía y tan solo jurisprudencialmente en la doctrina se admite la existencia de pactos estatutarios que permitan la continuidad social. La legislación española y la colombiana tienen una misma solución en caso de muerte del socio colectivo, pues consideran el hecho como causal de disolución, pero admiten pacto expreso de los socios para su continuidad, siempre que los herederos tengan la capacidad para ejercer el comercio⁹³.

general, todo hecho o acto susceptible de atentar contra el buen nombre de la sociedad, de perjudicar su crédito o de comprometer su prosperidad)”

⁹³ Artículo 319. Código de Comercio. CAUSALES DE DISOLUCIÓN EN LA SOCIEDAD COLECTIVA. La sociedad colectiva se disolverá por las causales previstas en el artículo 218 y, en especial, por las siguientes:

Estas mismas reglas se aplican al desaparecer el socio colectivo en las sociedades comanditarias.

En conclusión la legislación colombiana, en lo que respecta a la muerte de uno de los socios en las sociedades colectivas o de los gestores en las comanditas, es de un gran rigor en su concepción contractualista y, por tanto, este suceso afecta la estabilidad social al constituirse en una causal de disolución, salvo pacto estatutario.

En nuestro régimen de sociedades limitadas, la muerte del socio no es considerada como causal de disolución anticipada. Este régimen autoriza el pacto de preferencia para la adquisición de los derechos del socio fallecido, por parte de los socios sobrevivientes⁹⁴. Esta figura difiere de la exclusión atrás comentada,

1) Por muerte de alguno de los socios si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más de los herederos, o con los socios supérstites;

2) Por incapacidad sobreviniente a alguno de los socios, a menos que se convenga que la sociedad continúe con los demás, o que acepten que los derechos del incapaz sean ejercidos por su representante;

3) Por declaración de *quiebra* de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés social o no aceptan la cesión a un extraño, una vez requeridos por el síndico de la *quiebra*, dentro de los treinta días siguientes;

4) Por enajenación forzada del interés de alguno de los socios en favor de un extraño, si los demás asociados no se avienen dentro de los treinta días siguientes a continuar la sociedad con el adquirente, y

5) Por renuncia o retiro justificado de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés en la sociedad o no aceptan su cesión a un tercero.

Artículo 321. Código de Comercio. CONTINUACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA CON SOCIOS SOBREVIVIENTES. Cuando la sociedad no pudiese continuar con los herederos de un socio fallecido y se hubiere estipulado la continuación con los socios sobrevivientes, deberá liquidarse y pagarse de inmediato el interés de dicho socio por el valor que acuerden las partes, y en su defecto, por el que fijen peritos designados por ellas, debiéndose solemnizar la correspondiente reforma estatutaria.

Artículo 333 numeral 2°. Código de Comercio. Por las causales especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores.

⁹⁴ Artículo 368. Código de Comercio. CONTINUACIÓN DE LA SOCIEDAD CON LOS HEREDEROS. La sociedad continuará con uno o más de los herederos del socio difunto, salvo estipulación en contrario. No obstante, en los estatutos podrá disponerse que dentro del plazo allí señalado, uno o más de los socios sobrevivientes tendrán derecho de adquirir las cuotas del fallecido, por el valor comercial a la fecha de su muerte. Si no se llegare a un acuerdo respecto del precio y condiciones de pago, serán determinados por peritos designados por las partes.

pues técnicamente es un derecho de preferencia obligatorio que pueden ejercer los socios sobrevivientes respecto de los derechos del socio fallecido y que no afecta el capital o fondo social al no rebajar o disminuir su monto. Estatutariamente puede pactarse como causal de disolución la muerte del socio.

b. Por imposibilidad sobreviniente o cambio de estatus del socio. Al igual que la anterior causal de exclusión, tampoco procede del incumplimiento de obligaciones sociales. Puede obedecer a hechos propios del socio, de un tercero, a la fuerza mayor o al surgir un caso fortuito, sin que ello implique acciones u omisiones culposas en el cumplimiento de los deberes sociales. Entre estas causales se encuentran la interdicción del socio en el ejercicio de los derechos, ya sea por demencia, por disipación o mal manejo de los bienes, por sanciones penales, administrativas o civiles, como las derivadas de la condena por ciertos delitos o por la quiebra o concurso.

Está claro que puede operarse una modificación del socio en su estatus que le reste capacidad de ejercicio para participar en las sociedades por interés o por cuotas, en las cuales obligatoriamente debe ejercer por sí o a través de terceros actos de administración o gestoría. En estas situaciones se producirá necesariamente la exclusión del socio que ha sufrido esa limitación en su capacidad jurídica de obrar. Igual circunstancia puede sobrevenir en algunos casos de pérdida del aporte social en especie, si fuere ese aporte la única causa de su vinculación.

La legislación colombiana sobre las sociedades colectivas ha consagrado la incapacidad sobreviniente como causal de disolución de la compañía, según reza

Si fueren varios los socios que quisieren adquirir las cuotas, se distribuirán entre ellos a prorrata de las que posean en la sociedad.

el art. 319, numerales 2 y 3 del Código de Comercio⁹⁵. Se mitiga esta posición al permitirse pactos o acuerdos privados entre los socios, una vez sucedido el evento, lo que evitaría las consecuencias de la disolución⁹⁶.

En relación con la declaración de quiebra del socio, también opta por otorgarles un derecho de preferencia a los demás socios, e incluso admite la cesión a un tercero y, en caso de no producirse ninguno de estos eventos, se generaría la disolución de la sociedad con efectos negativos en algunos casos para la masa concursal.

También debe examinarse dentro de las imposibilidades sobrevinientes el perecimiento de la cosa dada en usufructo o de la cosa prometida antes de su entrega a la sociedad. En el primer caso, se atendería a las normas civiles que regulan el régimen del usufructo y, por tanto, se entendería terminado el aporte y la relación o vínculo social. En cuanto a la desaparición del bien prometido, debe

⁹⁵ Artículo 319, numerales 2 y 3. Código de Comercio. 2) Por incapacidad sobreviniente a alguno de los socios, a menos que se convenga que la sociedad continúe con los demás, o que acepten que los derechos del incapaz sean ejercidos por su representante;

3) Por declaración de quiebra de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés social o no aceptan la cesión a un extraño, una vez requeridos por el síndico de la *quiebra*, dentro de los treinta días siguientes.

⁹⁶ En referencia a la normatividad española, la tratadista Ángela Rodríguez Pérez presenta un comentario sobre esta materia coincidente con lo expuesto.

“Esto es, por circunstancias sobrevenidas en el socio que le impiden colaborar en la sociedad o que hacen inexigible a los demás la continuación en sociedad con el socio en cuestión atendiendo a las circunstancias concretas del caso: por ejemplo, la incapacidad; una enfermedad grave y prolongada o una dolencia que determine que el socio sea incapaz de asegurar su colaboración en los asuntos sociales en condiciones normales; edad excesiva; traslado de residencia a otro lugar; declaración de ausencia; insolvencia; embargo de la cuota por parte de los acreedores del socio; concurso con apertura de la fase de liquidación; pérdida de las cualidades personales que llevaron a los demás socios a asociarse con el socio en cuestión –por ejemplo, el divorcio de un socio que ha entrado en una sociedad familiar por razón de su matrimonio-; la desaparición de las condiciones particulares exigidas para su admisión en la sociedad cuando sean necesarias para la realización del objeto social o para el buen funcionamiento de la sociedad (por ejemplo, ejercer una determinada actividad profesional; fabricar una gama de productos determinados; ser socio de una sociedad determinada; ser trabajador de la sociedad); la adquisición fraudulenta de la condición de socio –por ejemplo, por silenciar antecedentes penales; simular conocimientos técnicos en el ramo de la actividad a la que se dedica la sociedad-; el carácter insoportable del socio; en las sociedades profesionales, la pérdida de los requisitos legales para el ejercicio profesional o la incapacidad profesional-, etc.” (RODRÍGUEZ PÉREZ, Ángela. La exclusión del socio en sociedades profesionales; en *Conferencias del Curso Académico 2008/2009*, Academia Sevillana Notariado; Tomo XX. 2010. Sevilla. Academia Sevillana del Notariado; páginas 64, 65 y 66.)

distinguirse entre los bienes de género que no perecen y deben restituirse, y aquellos que sean cuerpo cierto, los cuales al perecer pueden sustituirse por su valor estimado en dinero, lo cual daría derecho para el retiro de la sociedad, pues finalmente se configuraría una causal de exclusión.

Estas situaciones de deficiencias en los aportes están reguladas por el artículo 125 del Código de Comercio, que autoriza a ejercer la exclusión, al reducirse el aporte social o a hacerlo efectivo⁹⁷.

c. **Por Incumplimiento en las obligaciones de los socios.** Un tercer motivo para la exclusión de un socio obedece al incumplimiento de las obligaciones prescritas por la ley o pactadas en los estatutos corporativos.

En algunas legislaciones se ha adoptado una cláusula genérica de exclusión, tal como lo prevén los códigos italiano y alemán para los casos de relevante incumplimiento de las obligaciones por parte de los socios y cuya ocurrencia genera justos e importantes motivos que facultan a los demás socios para ejercer el derecho de exclusión. Esta modalidad presenta ventajas, pues al no ser taxativas las causales pueden mantenerse al día atendiendo la evolución normativa y comercial. No obstante, se critica esta fórmula por la dificultad interpretativa, tanto cualitativa como cuantitativa, para calificar los incumplimientos

⁹⁷ Artículo 125. Código de Comercio. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE APORTES-ARBITRIOS O RECURSOS EN LA NO ESTIPULACIÓN. Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización estipulados en el contrato.

A falta de estipulación expresa al respecto, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios o recursos:

1) **Excluir de la sociedad al asociado incumplido;**

2) Reducir su aporte a la parte del mismo que haya entregado o esté dispuesto a entregar, pero si esta reducción implica disminución del capital social se aplicará lo dispuesto en el artículo 145; y

3) Hacer efectiva la entrega o pago del aporte.

En los tres casos anteriores, el asociado incumplido pagará a la sociedad intereses moratorios a la tasa que estén cobrando los bancos en operaciones comerciales ordinarias.

de los socios que justificarían la exclusión. Las legislaciones española, mexicana y colombiana adoptaron un régimen puntual al precisar las causales de exclusión, lo cual conlleva a que múltiples comportamientos de los socios que atentan contra de los intereses sociales no estén sancionados con la exclusión. Como acabamos de anotar, la legislación colombiana es casuística o taxativa para determinar las causales de exclusión y no incluyó una forma genérica que abarcara todos los incumplimientos graves en las obligaciones de los socios, ni un régimen general que la defina como institución o que regule la forma de su ejercicio y las consecuencias jurídicas de la misma.

En esta materia, o sea, en lo relativo al incumplimiento de las obligaciones de los socios, se plantean tres tipos diferentes de faltas que dan origen a la exclusión del socio: **las primeras obedecen a faltas de carácter jurídico administrativo; unas segundas, de carácter jurídico patrimonial, y las últimas, de incumplimiento de los deberes de lealtad o de fidelidad**⁹⁸.

- a) En el primer grupo de faltas, denominadas faltas de **orden jurídico administrativo**, se encuentran los casos de mal uso de la firma social, cuando la administración no esté delegada, o la injerencia del socio en esa área sin estar

⁹⁸ Esta clasificación parte de la ya propuesta por el tratadista hispano Rafael García Villaverde, quien sostiene en su obra: “En este sentido se aprecia, en primer lugar, que algunos casos suponen graves vicisitudes personales de los socios, que dificultan seriamente o imposibilitan la continuación de a sociedad con los mismos, como nota más destacada. Entre ellos se encuentran la muerte, la interdicción y la inhabilitación de uno de los socios. Ahora bien, el que aquella sea la nota más relevante no supone ni que sea la única a destacar, ni que implique de modo absoluto una homogeneización de supuestos. En algunos de ellos –piénsese a título de ejemplo en la quiebra en relación con el deber de aportación-, por el contrario, puede pensarse como nota también decisiva para ser encuadrados aquí el que inciden en materia de cumplimiento dificultándolo o imposibilitándolo. En segundo lugar, los demás supuestos pueden ser encuadrados bajo la idea de graves incumplimientos a las obligaciones importantes del socio.

En este sentido, y dada la necesaria conexión de incumplimiento como obligaciones derivadas de la posición de socio, me parece que puede servir de cuadro delimitador del estudio la siguiente clasificación de los mismos por ser suficientemente comprensiva: A) Incumplimientos a obligaciones de carácter jurídico-administrativo. B) Incumplimientos a obligaciones de carácter jurídico-patrimonial. C) Incumplimientos al deber de fidelidad. D) Otros posibles incumplimientos.”
La Exclusión de Socios (GARCÍA VILLAVARDE, Rafael. La Exclusión de Socios, Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1977, págs. 109 a la 185.

facultado para ello. También sucede al presentarse una ausencia injustificada del socio, existiendo la obligación común de administrar, y en los casos de administración fraudulenta. En la ley colombiana, en relación con la sociedad colectiva y, por tanto, extensiva a los socios gestores en las sociedades en comandita, se regula la exclusión en el artículo 298 del Código de Comercio⁹⁹, al ocurrir el retiro de los bienes sociales por parte de un socio o por la utilización de la firma social en negocios ajenos a la sociedad. Adicionalmente y como sanción, el socio incumplido sufrirá la pérdida de su aporte y estará obligado al pago de una indemnización de perjuicios.

- b) El segundo grupo de faltas de los socios, denominadas de **carácter jurídico patrimonial**, está referida al incumplimiento en el aporte prometido. La falta de aporte en nuestra legislación faculta a la sociedad para que alternativamente exija el cumplimiento coercitivo de la obligación o reduzca la participación del socio en el fondo social, tipificándose la exclusión. Lo anterior está regulado en el artículo 125 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 397¹⁰⁰ del mismo estatuto, para el caso particular de las sociedades anónimas, caso en el cual se faculta a la sociedad, ante el incumplimiento en el aporte, para exigir el

⁹⁹ Artículo 298. Código de Comercio. CAUSALES PARA EXCLUSIÓN DE UN ASOCIADO EN LA SOCIEDAD COLECTIVA. Sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley penal, el socio que retire cualquier clase de bienes de la sociedad o que utilice la firma social en negocios ajenos a ella, podrá ser excluido de la compañía, perdiendo en favor de ésta su aporte y debiendo indemnizarla si fuere el caso.

¹⁰⁰ ARTÍCULO 397. Código de Comercio. MEDIDAS CONTRA ACCIONISTAS MOROSOS EN EL PAGO DE CUOTAS DE ACCIONES SUSCRITAS. Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato.

cumplimiento coactivo del mismo, para vender las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso o para proceder a la rebaja en la participación en el fondo social del accionista incumplido; situación asimilable, como hemos dicho, a la figura de la exclusión. Esta regla también es aplicable en el caso de aportes de créditos que resultaren total o parcialmente insolutos, según lo dispone el artículo 129¹⁰¹ del Código de Comercio, el cual remite al artículo 125 atrás citado, y, en el caso de aportes al capital o fondo social de contratos que no fueren cumplidos, evento en el cual el aportante responderá por esas obligaciones de acuerdo con el artículo 131¹⁰² de la misma legislación mercantil.

En cuanto a la exclusión del socio industrial que incumple sus obligaciones, la ley mercantil colombiana fija un régimen procesal especial. Sus obligaciones, de acuerdo con el artículo 138 del Código de Comercio, se regirán por el Código Civil en su artículo 1610¹⁰³ relativo a las llamadas obligaciones de hacer. En este campo no debe desconocerse la participación de las normas laborales en estas relaciones jurídicas, lo cual ha llevado a confusiones en la interpretación judicial del estatus jurídico del socio industrial.

¹⁰¹ ARTÍCULO 129. Código de Comercio. ABONO EFECTIVO DE APORTES DE CRÉDITO. El aporte de un crédito solamente será abonado en cuenta del socio cuando haya ingresado efectivamente a la caja social.

El aportante de cualquier crédito responderá de su existencia, de la legitimidad del título y de la solvencia del deudor. Dicho crédito deberá ser exigible dentro del año siguiente a la fecha del aporte.

Si el crédito no fuere totalmente cubierto dentro del plazo estipulado, el aportante deberá pagar a la sociedad su valor o el faltante, según el caso, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento, con los intereses corrientes del monto insoluto y los gastos causados en la cobranza. Si no lo hiciere, la sociedad dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 125.

¹⁰² Artículo 131. Código de Comercio. APORTES DE CESION DE CONTRATOS. Cuando la aportación consista en la cesión de un contrato, el aportante responderá del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, salvo estipulación en contrario.

¹⁰³ Artículo 1610. Código Civil. MORA DEL DEUDOR EN OBLIGACIONES DE HACER. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

- 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
- 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.
- 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

- c) Un último capítulo de inobservancia en las obligaciones de los socios y que otorga o faculta para el ejercicio del derecho de exclusión, está referido **a las faltas a los deberes de lealtad y de fidelidad de los socios para con la sociedad**. Estas normas se encuentran consagradas en todas las legislaciones para los socios colectivos y, por lo general, para los socios con responsabilidad limitada. Obedecen estos mandatos a la natural incompatibilidad en el desarrollo de actividades similares entre la sociedad y los socios, máxime cuando estos, por ley, tienen la facultad de administrar y de acceder a la información privada del comerciante social.

La legislación mercantil nacional, en su artículo 296, numerales 3º y 4º¹⁰⁴, exige a los socios colectivos obtener autorización expresa de la junta de socios para adelantar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta persona, negocios con un objeto social similar al de la sociedad, o para participar en sociedades por cuotas o partes de interés, o para intervenir en la administración de compañías que adelanten actividades similares. La consecuencia de la trasgresión de estas obligaciones faculta a los demás consocios para proceder a decretar la exclusión o la finalización anticipada del vínculo social de quien viola esos deberes y la apropiación de las utilidades del excluido en el fondo social, al igual que el cobro de los perjuicios que hubiere ocasionado.

Al haber sido asimilado el régimen legal de las compañías de responsabilidad limitada al régimen de las sociedades anónimas, las normas que sancionan la infidelidad del socio no son aplicables a este tipo de compañías y solo pueden exigirse cuando hayan sido pactadas en el acuerdo social, situación que

¹⁰⁴ Artículo 296, numerales 3º y 4º. Código de Comercio. 3) Explotar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta persona, la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía, y

4) Formar parte de sociedades por cuotas o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que exploten el mismo objeto social.

estatutariamente deben prever los asociados. Sin duda este es un error legislativo, pues las sociedades limitadas en estos aspectos deben ser asimiladas a las sociedades de personas¹⁰⁵.

No debe olvidarse que esta no es la única forma de sanción a los deberes de fidelidad y de lealtad que establecen las normas comerciales. También existen en este sentido la legislación que sanciona la competencia desleal y en el estatuto orgánico del mercado de valores se sanciona el abuso por empleados, asesores, directivos y miembros de junta de la información privilegiada, cuya utilización ilícita ha sido elevada, por el llamado **estatuto anticorrupción**, a la categoría de delito para los empleados, directivos, miembros de junta de cualquier clase de entidad privada – sociedad, fundación o corporación – y cuyos artículos pertinentes fueron incorporados al Código Penal¹⁰⁶.

En nuestra opinión, debería existir como sanción general de exclusión para los asociados de cualquier compañía, sin importar su naturaleza, que ocasionen

¹⁰⁵ Artículo 372. Código de Comercio. “En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”.

¹⁰⁶ Artículo 17. *ADMINISTRACIÓN DESLEAL*. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 250B, el cual quedará así:
El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 258. *UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA*. <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que como empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público.

perjuicios a la sociedad, pues carece de lógica comercial la permanencia en la compañía del socio que ha atentado contra los intereses sociales.

4.1.3 Vacíos legislativos sobre la exclusión. Un primer vacío legislativo es el no haberse consagrado la exclusión como instituto autónomo societario, desperdiciándose la oportunidad que se tuvo con ocasión de la iniciativa parlamentaria que concluyó con la reforma establecida en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁰⁷.

A continuación se enumeran y desarrollan temas no regulados y de singular trascendencia en materia de exclusión:

a. La falta de definición de las mayorías requeridas en la junta de socios para ejercer el derecho de exclusión, en caso de incumplimiento de deberes propios. Deben aclararse las mayorías necesarias para ejercer el derecho de exclusión, pues en las sociedades por partes de interés o por cuotas, de acuerdo con el artículo 161 del Código de Comercio, se requiere unanimidad para la aprobación de una reforma social, salvo pacto en contrario, y la exclusión, al conllevar a la restitución de aportes y esta situación estar considerada en el artículo 162 del Estatuto Mercantil como clásica reforma social en las sociedades colectivas, según el artículo 297 del Código de Comercio, requeriría de una decisión unánime.

Por ello, siguiendo las normas generales de las mayorías, podría concluirse que el derecho de exclusión sería inaplicable, pues no podría existir la unanimidad exigida legalmente si participase el socio a excluir. Si se interpretase que la mayoría podría constituirse sin los socios a excluir, podría darse el contrasentido

¹⁰⁷ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

de ser posible la exclusión de los socios mayoritarios por decisión de un grupo minoritario. Por esta razón, debe aclararse la forma de contabilizarse las mayorías decisorias.

b. La ausencia de un criterio para realizar el avalúo de los derechos del socio excluido y fijación del plazo para el pago. Existen diversos sistemas de valoración para la fijación del precio o cuantía de los derechos del socio excluido, tales como el valor bursátil, el llamado valor intrínseco, los flujos de caja descontados, los valores en libros de los balances aprobados en la última junta de socios o asamblea ordinaria o el que surja de balances especiales confeccionados para la aprobación de la exclusión. Sin embargo, no existe ninguna regla que aclare la forma de adelantar esa apreciación ni las bases que deben servir para elaborar esa valoración. Solo se encuentran referencias marginales en materia de sociedades limitadas, al ofrecerse en venta derechos sometidos al régimen de preferencia, surgiendo una forma impropia de exclusión, cuando realmente es un verdadero derecho de receso, evento en el cual se obliga a acudir al procedimiento pericial para determinar el valor o precio¹⁰⁸.

Tampoco existe una determinación de los plazos para el pago al socio excluido, por lo cual, en principio, cualquier reembolso debería ser de contado, pues la enajenación forzada que es la causa obligacional se ha cumplido.

Igual vacíos respecto de los criterios válidos para determinar los avalúos del socio excluido se presentan respecto de los derechos del socio recedente, o sea,

¹⁰⁸ Artículo 364. Código de Comercio. Discrepancias sobre condiciones de la cesión. Si los socios interesados en adquirir las cuotas discreparen respecto del precio o del plazo, se designarán peritos para que fijen uno u otro. El justiprecio y el plazo determinados serán obligatorios para las partes. Sin embargo, éstas podrán convenir en que las condiciones de la oferta sean definitivas, si fueren más favorables a los presuntos cesionarios que las fijadas por los peritos.

de aquel que ejerce el derecho de retiro o de renuncia en los casos no regulados por la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁰⁹, como adelante se tratará, advirtiéndose la necesidad de unas reglas uniformes para estos casos de finalización de los vínculos sociales.

c. Inexistencia de formas procesales para adelantar la exclusión. Existen vacíos normativos sobre el procedimiento a seguir en los casos de exclusión, por ejemplo, no se precisa si la simple decisión de la Asamblea o de la Junta de Socios es suficiente, ni se establece la modalidad para informar la adopción de esa determinación al Registro Mercantil de la Cámara de Comercio y al socio excluido, tampoco se fijan los plazos para ejercer el derecho de exclusión, ni la fecha a partir de la cual se considera excluido ante la sociedad y ante terceros, generándose así una inseguridad jurídica.

No hace referencia al uso del proceso judicial común o del arbitral. En el Derecho Comparado, por regla general, en la definición de estos episodios se utilizan procedimientos extrajudiciales y se recurre a la instancia judicial tan solo en los casos en los cuales no fuere posible ejercitar esta facultad, como, por ejemplo, en las sociedades de conformación bipersonal. En la legislación colombiana solo se encuentra regulada la exclusión del socio industrial, caso en el cual hay obligación de recurrir a la justicia ordinaria o arbitral cuando no se dé el consentimiento expreso del excluido a abolirse los derechos inicialmente estipulados¹¹⁰.

¹⁰⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹¹⁰ Artículo 137 del Código de Comercio. APORTES DE INDUSTRIA O TRABAJO QUE NO SON PARTE DEL CAPITAL SOCIAL. Podrá ser objeto de aportación la industria o trabajo personal de un asociado, sin que tal aporte forme parte del capital social.

El aportante de industria participará en las utilidades sociales; tendrá voz en la asamblea o en la junta de socios; los derechos inicialmente estipulados en su favor no podrán modificarse, desconocerse ni abolirse sin su consentimiento expreso, salvo decisión en contrario proferida judicial o arbitralmente; podrá administrar la sociedad y, en caso de su retiro o de liquidación de la misma, solamente participará en la distribución de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante el tiempo en que estuvo asociado.

d. Inconsistencia en las regulaciones sobre exclusión en las sociedades limitadas al estar asimiladas a las sociedades anónimas – de capital – pero cuyos socios tienen facultades de administración como en las sociedades de personas. El haber hecho la revisión legal el actual Código de Comercio de los asuntos no reglados en las sociedades limitadas a la normatividad de la sociedad anónima, remisión que no ocurría en las anteriores normas anteriores, ha determinado que las faltas que hemos denominado atentatorias a la fidelidad y a la lealtad debida por el socio de la sociedad limitada no sean sancionables con la exclusión. Esta ausencia debería subsanarse, pues para los efectos de fidelidad o de lealtad de los asociados, la sociedad limitada debería ser considerada como una típica sociedad de personas, acudiendo a la clasificación tradicional que, para estos efectos, es perfectamente válida. Ahora bien, nos preguntaríamos si es posible subsanar este defecto legislativo mediante un pacto privado entre los socios de las sociedades limitadas y, en general, de cualquier tipo de sociedad en el cual se estableciese esta conducta como causal de exclusión estatutaria. En principio, no encontramos impedimento legal, dada la autorización expresa consagrada en el numeral 14 del artículo 110 del Estatuto Comercial, que permite convenir pactos compatibles con la índole de cada sociedad¹¹¹. Probablemente la mejor solución regulatoria en esta materia consistiría en establecer como norma supletoria de las sociedades limitadas los deberes de lealtad y de fidelidad de

Habiéndose producido pérdidas, el socio industrial no recibirá retribución en el respectivo ejercicio.

¹¹¹ En igual sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades. Ver oficio 220-061666, del 16 de agosto de 2012. “Así, en síntesis se tiene que la exclusión tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, se encuentra específicamente consagrada en los siguientes casos: a) cuando luego de agotado el procedimiento para ceder las cuotas sociales y ante la imposibilidad de cederlas, los demás asociados pueden optar por liquidar la sociedad o excluir al socio interesado en cederlas, evento en el cual más que una sanción, constituye una opción que posibilita la desvinculación voluntaria de la sociedad (artículo 365 C. de Co.) y b) cuando los asociados no hacen el aporte en la forma y época convenidos, la sociedad podrá entre otros arbitrios excluir al socio incumplido (artículo 125, ordinal 1º ídem). Adicionalmente, como se indicó, procederá cuando se verifiquen los supuestos de exclusión contemplados en los artículos 296, 297 y 298 del citado Código para las sociedades del tipo de las colectivas, única y exclusivamente cuando de manera expresa se hubieren estipulado como tal en los correspondientes estatutos.”

los socios, los cuales podrían ser expresamente exceptuados en el pacto social o por reforma aprobada por los socios. Además, deberían considerarse una sanción de orden general para los asociados en cualquier compañía que conlleve a la exclusión, cuando con su obrar desleal hayan ocasionado perjuicios a la sociedad, pues no tendría razón de ser su continuidad en la vida societaria.

e. Ausencia de un plazo o término de caducidad o de prescripción para ejercer la exclusión. Otro de los reparos que pueden hacerse a la legislación nacional es el no haber establecido plazos precisos para ejercer el derecho de exclusión, debiendo acudirse a los términos generales de prescripción. En esta forma se genera una injusta inseguridad jurídica, particularmente para el socio a excluir, el cual tendría una especie de condición resolutoria permanente de su vínculo social que lo llevaría a una situación de inferioridad con los demás asociados y de incertidumbre para la sociedad.

f. Opinión o conceptos de la Superintendencia de Sociedades sobre la exclusión. En reiteradas ocasiones la Superintendencia de Sociedades ha opinado sobre la exclusión societaria¹¹². Las líneas fundamentales de esta opinión han sido las siguientes:

1. Ha considerado que la exclusión es una sanción que se impone a uno de los socios.

¹¹² Oficio de la Superintendencia de Sociedades 100-20613 de mayo 23 de 2001; oficio 220-075936 del 13 de noviembre de 2003; oficio 220-12001 del 09 de marzo de 2005; oficio 220-070317 del 29 de abril de 2009 y oficio 220-181926 del 19 de diciembre de 2012.

2. Por tener esa naturaleza de sanción solo admite su aplicación en los casos reglados, es decir, en aquellas situaciones que expresamente lo autoriza la ley mercantil.
3. Tampoco admite, pese a la autorización del artículo 1º del Código de Comercio, la aplicación analógica de la exclusión, por considerarla una sanción.
4. Expresamente rechaza el pacto o convención de la exclusión en sociedades anónimas.

Se discrepa de esta opinión de la Superintendencia de Sociedades por las razones que a continuación se exponen:

- g. En relación con la sanción, debe recordarse que la exclusión obedece muchas veces a actos inapropiados del socio que conlleven el incumplimiento de sus obligaciones jurídico-administrativas, económicas o de lealtad, pero, en otros casos, proviene de actos ajenos a la conducta del excluido, como su muerte o su incapacidad sobreviniente o el cambio del estatus del socio. En estos últimos casos, nunca podría hablarse de sanción.

Ahora bien, el incumplimiento de los deberes contractuales del socio puede conllevar a la exigencia de indemnizaciones o a otras consecuencias jurídicas, como sería el retiro, acompañado del reembolso y de su participación en el fondo social. En rigor lógico, la exclusión, como incumplimiento contractual acompañado del reembolso y sin penalización alguna, mal podría clasificarse como una sanción, pues si este argumento tuviese validez, cualquier aplicación de la condición resolutoria contractual

equivaldría a una sanción. Se trata pues de la terminación del vínculo por incumplimiento del contrato social.

Por último, si este criterio prevaleciera, desaparecería la posibilidad de convenir sanciones de común usanza en el mundo contractual privado, plenamente aceptadas, por ejemplo, en el estatuto del consumidor.

- h. La autonomía de la voluntad en materia societaria prevalece siempre que no atente contra principios superiores. El numeral 14 del artículo 110 del Estatuto Mercantil faculta expresamente para convenir pactos compatibles con cada tipo de sociedad y no se advierte diferencia alguna para que se faculte a los socios de una clase de compañías para adelantar pactos sociales y se excluya a los de las sociedades anónimas, particularmente a las llamadas sociedades anónimas cerradas, las cuales, aunque no tienen un origen en la ley mercantil, han sido reconocidas por tratadistas y por la misma Superintendencia como una sociedad personalista bajo el ropaje de anónima.
- i. Se equivoca la Superintendencia de Sociedades al fundamentarse en la prohibición de una aplicación analógica de una sanción, pues la creación de sanciones en el tema de la exclusión, cuando estas son introducidas en un estatuto social en forma voluntaria por los socios, tienen como fuente de origen el contrato de sociedad y no la analogía, ya que esta solo tiene lugar ante la ausencia de otra fuente de obligaciones o de derecho.
- j. Se reitera que en las sociedades anónimas cerradas, que utilizan esta estructura no obstante corresponder la voluntad de sus accionistas al espíritu de las sociedades de personas, no se justifica la prohibición de establecer el

derecho de exclusión, lo cual podría ser aceptable en las sociedades anónimas abiertas¹¹³.

- k. No parecería justificado, que se pudiesen adelantar acciones judiciales por comportamientos indebidos de los socios y que, al final, pese a una sentencia adversa a quienes han fallado en relación con los deberes del pacto social, los demás socios estén obligados a continuar asociados con los condenados indeseables.

4.2 EXCLUSIÓN EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS S.A.S.

La Ley de Sociedades por Acciones Simplificada -S.A.S.-, Ley 1258 de 2008, ha introducido la posibilidad de realizar pactos estatutarios que contengan como causal de exclusión la ocurrencia de un cambio de control de la propiedad de uno de los accionistas. Esta decisión debe ser adoptada por la asamblea de accionistas por mayoría, o sea, por la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, excluido el voto del accionista que se excluye. Igualmente puede pactarse que la violación de la obligación de informar el cambio conlleve una sanción a favor de la sociedad del 20% del valor que se reembolse al socio excluido.

Esta facultad de exclusión no implica, en principio, incumplimiento de los deberes del accionista, sino la facultad de los demás asociados de preservar el *intuitu personae* o el conocimiento y confianza que al momento de la constitución de la sociedad existía entre los accionistas, el cual puede verse alterado con el ingreso

¹¹³ Ver oficios de la Superintendencia de Sociedades 220-66676 del 30 de julio de 1999 y 220-029027 del 9 de abril de 2008.

de un nuevo accionista que no sea del beneplácito o de la confianza de los demás consocios.

Aparte de esta causal, el artículo 30 de la Ley 1258/2008, de 5 de diciembre¹¹⁴, que regula las S.A.S., faculta la realización de pactos en los estatutos sociales que contengan otras causales de exclusión que se adoptarían por mayoría, o sea, por la mitad más una de las acciones presentes en la reunión, sin contar al excluido.¹¹⁵

¹¹⁴ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

¹¹⁵ El régimen de exclusión en las sociedades por acciones simplificadas se encuentra contenido en los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

Artículo 14. *AUTORIZACIÓN PARA LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES*. Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea.

Artículo 15. *VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN*. Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.

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 requerirán aprobación de la asamblea de accionistas, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, excluido el voto del accionista que fuere objeto de estas medidas.

Artículo 30. *NORMAS APLICABLES A LA TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN*. Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificadas, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995.

El procedimiento del ejercicio del derecho de exclusión como regla general de las S.A.S., con exclusión de los procesos de transformación, escisión y fusión, que son reglados por la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹¹⁶, exige la observancia de las reglas relativas a la disminución del capital de que trata el artículo 145 del estatuto mercantil nacional, que exige obtener la autorización del organismo de vigilancia, o sea, la Superintendencia de Sociedades, cuando ocurra la disminución de capital por reembolso de los aportes. Para adoptar esa decisión se deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Que no existan pasivos de la compañía o que, una vez realizado el reembolso, el activo social no sea menos del doble del pasivo externo o que los acreedores acepten la disminución. 2. Igualmente se requiere la autorización del funcionario competente del Ministerio del Trabajo respecto de las deudas a favor de trabajadores o de la seguridad social¹¹⁷.

Parágrafo. Los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas.

Artículo 39. Exclusión de accionistas.- Los estatutos podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995.

Si el reembolso implicare una reducción de capital deberá dársele cumplimiento, además, a lo previsto en el artículo 145 del Código de Comercio.

Parágrafo. Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos, la exclusión de accionistas requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueren objeto de esta medida.

¹¹⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹¹⁷ Artículo 145. Código de Comercio. AUTORIZACIÓN PARA LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales.

Cuando el pasivo externo proviniera de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo.

Esta regulación de la exclusión en las S.A.S. confirma las críticas tanto a la ausencia de criterios sobre el quórum y mayorías para la exclusión, regulado adecuadamente en este tipo de sociedad, como las glosas a los criterios de la Superintendencia de Sociedades, al estar expresamente autorizado por la Ley 1258 de 2008 el convenir otras causales de exclusión en una sociedad por acciones.

4.3 SUSTITUCIÓN DE SOCIOS

La desvinculación del socio de la sociedad y, por ende, la conclusión de sus relaciones patrimoniales y políticas pueden surgir de diversos actos jurídicos, tales como la venta o la permuta, la sucesión o la donación, el aporte a una sociedad, la dación en pago, la venta forzada por remate judicial o la extinción del dominio del aporte social.

La sustitución de socios se diferencia claramente del derecho de receso, al no existir reembolso patrimonial ni rebaja del capital social, pues la cesión, enajenación o circulación del interés social, cuota, parte o acción solo afecta la titularidad de quien ocupa el lugar en el fondo social sin que este se modifique o sufra disminución alguna.

Cada una de estas formas de transferencia de la propiedad goza de un régimen particular que consulta la modalidad societaria, ya sea que se encuadre en las llamadas sociedades de personas o de capital. También deben observarse las reglas relativas al derecho de preferencia, y, en el caso de la propiedad estatal, lo relativo a la observancia de las reglas que rigen los procesos de privatización.

Esta es una forma de finalización de las relaciones del socio con la sociedad que finalmente, en muchos casos, es el propósito de quien desea concluir ese vínculo. En otras legislaciones y en la colombiana las ofertas públicas de adquisición OPAS contemplan una solución en defensa de los socios minoritarios al obligar la compra a los socios mayoritarios y por tanto sustituirlos como accionistas.

4.4 READQUISICIÓN DE ACCIONES

La readquisición de acciones está regulada en los artículos 396 y 417 del Código Mercantil en el capítulo de las sociedades anónimas. Se exige una decisión favorable del máximo órgano social, la utilización de fondos provenientes de utilidades liquidadas anteriores o del ejercicio, lo cual conlleva a que no ocurra una rebaja patrimonial, pues estas utilidades ya se considerarían pasivos sociales externos, y que las acciones se encuentren totalmente liberadas, es decir, pagadas. Como consecuencia de la readquisición, las acciones salen de circulación, es decir, sus derechos económicos y políticos quedan en suspenso, cualquiera sea el origen de éstos legal, estatutario o reglamentario¹¹⁸.

¹¹⁸ Artículo 396. Código de Comercio. ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

Para realizar esa operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva.

Artículo 417. Código de Comercio. ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA - MEDIDAS. Con las acciones adquiridas en la forma prescrita en el artículo 396 podrá tomar la sociedad las siguientes medidas:

- 1) Enajenarlas y distribuir su precio como una utilidad, si no se ha pactado en el contrato u ordenado por la asamblea una reserva especial para la adquisición de acciones, pues en este caso se llevará el valor a dicha reserva;
- 2) Distribuir las entre los accionistas en forma de dividendo;
- 3) Cancelarlas y aumentar proporcionalmente el valor de las demás acciones, mediante una reforma del contrato social;
- 4) Cancelarlas y disminuir el capital hasta concurrencia de su valor nominal, y
- 5) Destinarlas a fines de beneficencia, recompensas o premios especiales.

PARÁGRAFO. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad quedan en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

CAPÍTULO V

Sumario: Supuestos del derecho de receso en la doctrina. Por la modificación sustancial del objeto social. Por el traslado del domicilio social al extranjero o a otros domicilios nacionales. Por incremento de la responsabilidad del socio. Al transformarse, fusionarse o escindirse la sociedad. Por la modificación en la valoración de aportes no dinerarios. Al prorrogarse el plazo pactado de duración de la sociedad o por la reactivación de una sociedad disuelta. Por el retiro de los mercados públicos de las acciones o títulos o por reglas que graven la circulación de partes, cuotas o acciones. Por adquirir la sociedad la condición de vinculada económica de un controlante o de partícipe en un grupo empresarial o económico. Por venta de la mayoría de sus activos o de su establecimiento de comercio. Por no reparto de utilidades durante un plazo determinado. Por modificación en las reglas de votación o en los derechos económicos del socio. Por la suspensión o la introducción o modificación de la cláusula compromisoria para resolver los conflictos societarios. Por la supresión de la facultad de retiro. Por bloqueo jurídico-administrativo de una sociedad. Por justa causa o renuncia justificada. Por pacto estatutario.

5. SUPUESTOS DEL DERECHO DE RECESO EN LA DOCTRINA

En la doctrina son diversas las causales que se proponen para ejercer el derecho de receso o de separación y ellas pueden apuntar a modificaciones en el estatus jurídico del socio o a cambios en los acuerdos básicos o fundamentales del pacto social y aun a decisiones de orden administrativo de los órganos sociales. Se enuncian, con el fin de elaborar un panorama general, las más referidos en las legislaciones y en la doctrina mercantil que, como se ha insistido, no son violaciones a la ley o a los estatutos sociales, pues se parte del principio de que todos estos actos de los cuales surgen las causales o supuestos que generan el derecho de retiro resultan conformes a la ley o a la voluntad social.

5.1 POR LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL OBJETO SOCIAL

La noción de objeto social no ha sido uniforme en las diversas legislaciones mercantiles, en tanto unas han sido muy exigentes en su definición o delimitación otras han sido amplias y sin mayores limitaciones. La doctrina inglesa estableció la llamada teoría **ultra vires** que obligaba a la delimitación precisa del objeto social y por tanto los actos realizados por fuera del mismo serían nulos, por el contrario el sistema normativo alemán era de gran amplitud en cuanto a su objeto social y por tanto en su capacidad jurídica. La doctrina norteamérica se ha alejado de la concepción inglesa y en la actualidad en las sociedades de capital, no requiere la definición del objeto social. Para las legislaciones latinas tales como la española, argentina, la francesa, italiana o la colombiana ha sido de gran importancia el tema del objeto social, el cual ha delimitado la capacidad del actuar de las sociedades¹¹⁹. En Colombia a partir del Código de Comercio vigente se oficializó

¹¹⁹ Ver: DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. Tratado de Derecho Comercial Comparado. Barcelona, Montaner y Simón, S.A., 1962, pág. 347.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada. Tercera Edición. Bogotá, Legis, 2006, pág. 132.

“La abolición de la tesis de ultra vires en el sistema norteamericano, hace más de medio siglo, constituye una de las más evidentes manifestaciones del carácter avanzado de la ley societaria norteamericana. Y en el año de 1950, la Ley tipo de Sociedades de Capital (MBCA) preceptuada en su Sección 7 que “ningún acto de una sociedad y ninguna transferencia de derechos reales o personales, sea la sociedad tradente o adquirente, podrá ser declarado nulo con fundamento en que la sociedad carecía de capacidad para realizar dicho acto o para efectuar tal transferencia”.

GIRON TENA. J. Derecho de Sociedades. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1976, págs. 204 y 205.

“En este tema se han enfrentado radicalmente los sistemas germánicos e inglés tradicional. En el sistema alemán, la capacidad de las personas jurídicas se considera ilimitada... La doctrina de “ultra vires” del Derecho inglés parte de que la capacidad de la sociedad viene determinada por el objeto de la misma, de donde que se extienda a los actos precisos para su realización directa o indirecta (además de los que la legislación específicamente determina como actividades de las sociedades).

GALGANO, op. cit. pág. 244.

“La determinación del objeto social sirve para limitar la esfera de los poderes de los órganos sociales: tanto de los poderes de los administradores que tienen la representación de la sociedad, los cuales pueden realizar solo los “actos que quedan comprendidos en el objeto social” (art. 2384, apartado 1), como de los poderes de la misma mayoría de la asamblea, cuyas decisiones son –como se ha visto (7.8)- obligatorias para la minoría, solo si se “toman en conformidad con la ley y con la escritura de constitución” (art.2377, apartado 1), y, por lo tanto, respetando el objeto social enunciado por esta última.”

la doctrina **ultra vires** como regla general para determinar la capacidad de la sociedad y la posibilidad de obrar de los administradores, aunque con alguna mitigación y se tenía como uno de los pilares del Código de Comercio¹²⁰. Lo

VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derechos de las Sociedades Comerciales. Segunda Edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, págs. 73 y 74.

“e) La doctrina del “ultra vires”.

Siguiendo a Colombres diremos que esta doctrina puede caracterizarse diciendo que “la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no sólo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad,”

La jurisprudencia y doctrina norteamericana varió la concepción inglesa original y la doctrina de ultra vires fue perdiendo la duplicidad de significado y de acto exorbitante, sea del objeto social, sea de la facultad del órgano social y quedó restringida e este último alcance.

Sostiene Colombres que nuestra ley adopta en el artículo 58, sin duda, la concepción amplia de la doctrina del “ultra vires”, conceptualizada como un doble límite, tanto para la sociedad como para el órgano de administración y representación.”

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Tercera edición. Bogotá, Ediciones Gonnet & Cía. S en C., pág. 158.

“Así, pues, la capacidad de la sociedad está determinada por las actividades que constituyen su objeto, vale decir que los estatutos delimitan su capacidad de obrar, conforme al fin perseguido.”

Ver el 1.5. del capítulo I de este documento en relación con las normas de las legislaciones italianas y españolas.

¹²⁰ Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-60223 noviembre 29 de 2002

1.- Dentro del amplio mundo que cobija el derecho societario, tenemos como la capacidad jurídica de las sociedades comerciales se encuentra plasmada en el artículo 99 del Código de Comercio al consagrar que la misma “...se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legales y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”.

*3.- Ahora bien, con el fin de darle un sentido lógico-jurídico al desarrollo del objeto social principal y por ende, que el mismo dentro del normal desenvolvimiento de las circunstancias espacio-temporales que se van creando en el cambiante mundo del comercio, tenga plena operancia, **la ley ha considerado que en el pleno ejercicio de la capacidad que cobija el objeto social, alrededor de él se den necesariamente actos accesorios que conllevan a que el objeto principal pueda cumplir a cabalidad su verdadero cometido. Pero estos actos accesorios, directos, conexos o actos en desarrollo del objeto social, deben necesariamente guardar una relación clara con respecto a las actividades en torno a las cuales se enmarca la capacidad de la compañía, es decir, los actos que se celebran, sin que dejen duda alguna, deben ser actos que conllevan a que se de una relación de medio a fin entre el objeto y las actividades accesorias realizadas.***

Lo anterior está plenamente aceptado en nuestro ordenamiento, pues vemos como el citado artículo 99 afirma que, “se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y lo que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad.

BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Definición del Objeto Social. Modernos Conceptos del Derecho Comercial. Medellín, Dike, 1990, págs.133 y siguientes.

MARTÍN, Op. cit., pág. 101.

VELASCO ALONSO, Ángel. El Derecho de Sepación del Accionista. Barcelona, Editoriales de derecho reunidas, 1976, pág. 109.

anterior se modificó en la ley de sociedades por acciones simplificadas S.A.S., que autorizó fijar un objeto social indeterminado para este tipo de sociedades¹²¹. Debe recordarse como en algunos casos excepcionales la ley nacional obliga a la adopción de un objeto social único y exclusivo, por ejemplo para las sociedades dedicadas a la actividad financiera las cuales de conformidad con el estatuto orgánico del sector tienen esa especialidad y un objeto único.

La venta de la mayoría de los activos o del establecimiento de comercio de la sociedad, puede ser asimilado a un cambio sustancial o desfallecimiento del objeto social original. Esta modalidad, con algunas características, fue acogida en Colombia por la Ley 1258/2008, de 5 de diciembre¹²², que regula las sociedades

“Citando al profesor Garrigues afirma *que debe tenerse un rigor en la determinación del objeto social para atribuir a los accionistas el derecho de separación de la sociedad*”.

¹²¹ Artículo 5o. Ley 1258 de 2008. *CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN*. La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

1o. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas.

2o. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “*sociedad por acciones simplificada*”; o de las letras S.A.S.;

3o. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.

4o. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.

5o. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. **Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.**

6o. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse.

7o. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal.

Parágrafo 1o. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.

Parágrafo 2o. Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.

¹²² Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

por acciones simplificadas S.A.S., en su artículo 32 y es un supuesto para el ejercicio del Derecho de Receso en caso de desmejora patrimonial.

En la legislación española se ha discutido el alcance del concepto de la modificación del objeto social, aparentemente llegándose al consenso de que esta modificación debe ser fundamentalmente una sustitución del objeto social¹²³, sin embargo recientemente se ha discutido si la sustitución debe ser relativa o absoluta, a este respecto el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de relativizar la exigencia literal de la sustitución, admitiéndola cuando se modifiquen los presupuestos determinantes que dieron lugar a la adhesión al pacto social¹²⁴.

La modificación del objeto social vigente al momento de la constitución o de la adhesión al pacto social, puede no ser atractiva y aun ser inconveniente para algunos de los socios, incluso, en algunos casos, puede generar dificultades

ARTÍCULO 32. ENAJENACIÓN GLOBAL DE ACTIVOS. Se entenderá que existe enajenación global de activos cuando la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el cincuenta (50%) o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de enajenación.

La enajenación global requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Esta operación dará lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial.

PARÁGRAFO. La enajenación global de activos estará sujeta a la inscripción en el Registro Mercantil.

¹²³ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, Instituciones de Derecho Mercantil. Decimosexta edición. Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1992, pág. 261.

BRENES, op. Cit., págs. 201 y siguientes.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Novena edición. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1991, pág. 302.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. El Derecho de Separación del Socio en las Sociedades de Capital. Madrid, La Ley, 2001, págs. 95 y siguientes.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 30 de junio de 2010 (Rec.1835/2006): “Hay sustitución cuando se produce una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que la convierta en una realidad jurídica o económica distinta”

relativas a las normas sobre competencia mercantil o a obligarlos a participar en negocios que puedan generar conflictos de interés o simplemente ser contrarios a la voluntad original que llevó a asociarse. Estas mutaciones en la actividad social deben ser fundamentales o sustanciales y no adjetivas o complementarias del objeto inicial.

En los casos en los cuales el objeto social sea indeterminado, en nuestra opinión, podría surgir esta causal cuando se modifique el objeto implícito en el giro ordinario de los negocios y, por tanto, haga parte de un acuerdo social tácito, cuya modificación traiga consecuencias a los socios que presumían, de hecho, la existencia de un delimitado objeto social. Igualmente puede surgir una modificación de hecho del objeto social estatutario. En estos aspectos no se encuentran mayores elaboraciones doctrinarias aunque son casos de común usanza¹²⁵ y, en nuestra opinión, deberían dar lugar al derecho de separación, puesto que se modifican las reglas bajo las cuales se constituyó o se ha adelantado mediante consenso social el objeto o actividad de la sociedad¹²⁶. En Colombia, no obstante no estar pactado como causal de separación, bien podría predicarse que estas modificaciones superan el objeto del contrato de sociedad al cual dieron su adhesión o *affectio societatis* los socios y, por tanto, podría considerarse como una causal de disolución.

¹²⁵ BRENES, op. Cit., pág. 220.

¹²⁶ Sobre la posibilidad de ejercer el derecho de retiro ante modificaciones de hecho del objeto social, se pronuncia en el mismo sentido acá expuesto el profesor Manuel de la Cámara Álvarez, quien sostenía “*En aquellos casos en que los administradores realizan actividades diferentes de aquellas que constituyen el objeto de la misma, sin concurrencia de los requisitos legales propios de la modificación de Estatutos (cambio de hecho del objeto social) y con posterioridad la Junta General ratifica sistemáticamente la actuación de los administradores en términos tales que está consistiendo que la sociedad se dedique a actividades diversas de las que expresa el objeto social, el socio que no esté conforme con este estado de cosas deberá estar asistido del derecho de separación, ya que de lo contrario estaríamos ante un verdadero fraude de Ley*” (DE LA CÁMARA ÁLVARES, Manuel. Estudios de Derecho Mercantil, Tomos I y II, Madrid, 1977 y 1978).

5.2 POR EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO O A OTROS DOMICILIOS NACIONALES

Esta decisión puede ocasionar graves perturbaciones económicas, tributarias, administrativas, de vigilancia y aun de conocimiento de la legislación foránea entre algunos asociados, impidiéndoles participar o vigilar el curso de los negocios sociales. Este fenómeno, excepcionalmente puede llegar a presentarse por el cambio de domicilio nacional, dadas las grandes dificultades que se le generen al socio para participar en la dirección de la compañía. En los Estados de constitución federal, bien pueden llegar a ser perjudiciales los traslados, al aplicarse legislaciones locales diferentes. En la legislación colombiana no se contempla esta posibilidad como causa, causal o supuesto del Derecho de Receso, como si se contempla por ejemplo en la legislación española, en la argentina y en la italiana¹²⁷.

¹²⁷ *Ibíd.*, pág. 225.

SÁNCHEZ, op. Cit., pág. 262.

BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. Buenos Aires, Unión tipográfica editorial hispano América, 1960, pág. 314. El tratadista se refiere a la ley italiana.

“Es pues, evidente que “el socio que ve cambiada la ley que rige su sociedad, que ve, por consiguiente, adoptados otros sistemas de control, que le son menos accesibles para su eficiencia, que ve sus capitales sometidos a l poder de un Estado distinto del que había pensado siendo socio, ha de tener el derecho de separarse por un acuerdo que entraña tales modificaciones.”

MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A. Régimen Jurídico del Socio: Derechos y obligaciones en las sociedades Comerciales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 319.

“Hacen referencia al artículo 244 párrafo último Ley 19550 sobre el régimen de sociedades comerciales de la república Argentina.”

Ver 1.5. de este documento.

5.3 POR INCREMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO

Es lógico que los asociados que no acepten la decisión de adquirir mayores responsabilidades que las originalmente pactadas puedan ejercer el derecho de receso. En este campo se debe precisar la responsabilidad real de los socios, la cual debe mirarse desde todas las ópticas jurídicas, como se analizará en capítulo posterior en el caso nacional, ya sean originadas en relaciones laborales, tributarias, fiscales o comerciales, al presentarse una transformación, una fusión, una escisión o simplemente una modificación del estatuto social. Esta causa es aceptada en la legislación nacional y en otras¹²⁸.

5.4 AL TRANSFORMARSE, FUSIONARSE O ESCINDIRSE LA SOCIEDAD

Tan trascendentales cambios en la vida social en algunos casos implican mayores responsabilidades o, en otros casos, la imposibilidad de antiguos socios de acceder a los órganos de dirección de las compañías. En el evento de las fusiones, puede conllevar la aceptación de nuevos socios no deseados y a una rebaja en los porcentajes de participación en el fondo social, que alteren las mayorías decisorias, o a modificaciones en su objeto o actividad empresarial. Igualmente en las escisiones pueden originarse sociedades con mayores riesgos comerciales, financieros o de cualquiera otra índole. Esta causal para ejercer el Derecho de Receso ha sido de aceptación en varias legislaciones incluida en la colombiana en la cual como se estudiará, queda restringida a una efectiva

¹²⁸ En relación con la legislación colombiana y para los casos de fusión, escisión y transformación se reconoce el derecho de retiro en caso de asumirse una mayor responsabilidad por parte de los socios, el estudio de esta mayor responsabilidad en sus diversos campos es objeto de estudio en el apartado 6.3.3.1 de este trabajo.

Un muy completo el análisis en relación con la transformación de las sociedades y su incremento de responsabilidad en la ley española, se encuentra en la obra de la profesora Josefa Brenes.

BRENES, op. cit., págs. 235 y siguientes.

desmejora patrimonial del socio o a un incremento de su responsabilidad con ocasión de cualquiera de estas reformas sociales¹²⁹.

5.5 POR LA MODIFICACIÓN EN LA VALORACIÓN DE APORTES NO DINERARIOS

En los casos de aportes o aportaciones en especie, incluidos los créditos o contratos, es posible que los valores con los cuales se apreciaron o valoraron no correspondan a los inicialmente estimados, generándose una situación de

¹²⁹ BROSETA, op. Cit., pág. 320.

PERALES, op. cit., pág. 248.

En relación con la legislación norteamericana María del Pilar Perales, recuerda que propiamente no existe una transformación de sociedad de tipo capitalista a una sociedad de responsabilidad ilimitada, pues debe procederse técnicamente a la disolución y posterior constitución de una nueva sociedad.

ANGEL DASSO, Ariel. El Derecho de Separación o Receso del Accionista. Segunda edición. Buenos Aires, La ley, 1985, pág. 89.

Se transcriben las partes pertinente de los artículos 244 y 245 de la Ley 19550/1971, que regula las causales de receso en la ley Argentina y que como puede observarse incluye la transformación, la fusión y la escisión, el cambio de objeto social u la transferencia del domicilio al extranjero.

“ARTICULO 244. — La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento (60 %) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor.

Segunda convocatoria.

En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30 %) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.

Mayoría.

Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.

Supuestos especiales.

Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital.

Derecho de receso.

ARTICULO 245. — Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los pasos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94 inciso 9).”

inequidad en el capital con otros asociados a los cuales por esa causa se otorga el derecho de receso¹³⁰. Otra óptica para analizar este fenómeno sería desde el punto de vista de la sociedad y de los demás socios los cuales tendrían derecho a exigir la rebaja en la participación del capital en caso de que los bienes aportados fueren inferiores a las cifras inicialmente acordadas o asignadas a las aportaciones.

5.6 AL PRORROGARSE EL PLAZO PACTADO DE DURACIÓN DE LA SOCIEDAD O POR LA REACTIVACIÓN DE UNA SOCIEDAD DISUELTA

Esta causal común en varias legislaciones, tiene como fundamento la modificación en el plazo pactado para obtener el reembolso de la aportación al extinguirse el término de duración del acuerdo societario y en aquellos casos en los cuales se reactiva la sociedad disuelta, aún no liquidada. Este supuesto obviamente se produce con relación a las sociedades en las cuales en el estatuto social se ha pactado un plazo, debe recordarse como en la legislación colombiana, la mencionada ley 1258/2008, de 5 de diciembre¹³¹, en su artículo 5º numeral 4º

¹³⁰ Ver, VELASCO, op. cit., pág. 163, capítulo cuarto sobre el derecho de separación resultante de la revisión de la valoración de las aportaciones no dinerarias.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, S.A., 1979, pág. 597.

¹³¹ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

Ver 1.5.1 de este documento, respecto de la legislación española. Anteriormente solo estaba consagrada esta causal para las sociedades limitadas, en la actualidad de conformidad con el artículo 346 del TRLSC, también ha sido reconocido para las sociedades anónimas o de capital e incluye tanto la prórroga como la reactivación de la sociedad.

La legislación colombiana se diferencia expresamente en los casos de prórroga y de reactivación, pues en el primero no existe derecho de retiro y en cuanto a la reactivación la legislación colombiana distingue entre reconstitución que se da cuando se autoriza la continuidad de la actividad empresarial por medio de una nueva sociedad y la reactivación propiamente dicha, en la cual subsiste la sociedad anteriormente disuelta, caso en el cual está consagrado el derecho de receso, ver 6.14 de este documento.

Ver 1.5.3 de este documento, respecto de la legislación italiana. En la cual está reconocido este derecho en su artículo 2437.

reguló que el término de duración de este tipo de sociedades sería indefinido si nada se expresara en el momento de su constitución.

5.7 POR EL RETIRO DE LOS MERCADOS PÚBLICOS DE LAS ACCIONES O TÍTULOS O POR REGLAS QUE GRAVEN LA CIRCULACIÓN DE PARTES, CUOTAS O ACCIONES¹³²

Uno de los derechos fundamentales del socio, consiste en la posibilidad de terminar su vinculación con la sociedad. Esta posibilidad de retiro puede operar mediante enajenación, transferencia o cesión a un tercero de su participación en el fondo social y la segunda, la que aquí se estudia o sea el poder ejercer el derecho de retiro y por tanto obtener el reembolso anticipado del capital por parte de la sociedad.

En relación con el primer escenario o sea el de la enajenación o transferencia, pueden rebajarse las opciones de este tráfico jurídico de acciones o de las cuotas o partes de interés social, al restringirse o gravarse por ejemplo al imponerse un derecho de preferencia que reduzca el mercado de potenciales compradores, por la prohibición temporal de negociaciones que impidan la circulación de esta inversión, lo cual conlleva a una rebaja de los derechos del socio y en muchas ocasiones a un demérito patrimonial. Sin duda, el caso emblemático en esta materia es el retiro de las acciones de los mercados públicos, con lo cual se cierra

MARTÍN, op. cit., pág. 106. Este profesor argentino se opone a esta causal, al advertir que en la realidad los extensos plazos sociales hacen inadecuado este supuesto y que por tanto debería adoptarse “*la teoría de la institución, por la cual las entidades no tienen límite de vigencia, pues no son personas ni jurídicas ni físicas: son entidades o instituciones, según el caso, y como tales son reconocidas por el poder administrador.*”

¹³² Como se indicó en la Ley 19550 artículos 244 y 245 de la legislación Argentina se contempla como causal el retiro de las acciones del mercado público de valores.

Igualmente y tal como se mencionó en el numeral 1.5.1 también se contempla esta causal en la legislación española y en la legislación italiana, ver apartado 1.5.3

o se impide la alternativa de enajenación a un grupo amplio de eventuales compradores, con sus negativas consecuencias.

Estas decisiones rebajan la opción de tráfico jurídico de las acciones o de las partes o cuotas de interés social y restringen la libertad económica del socio e inversionista que desee cambiar sus activos, recomponer su patrimonio o simplemente hacer líquida su inversión. La Ley nacional 222/1995, de 20 de diciembre¹³³, en su artículo 12 estableció como supuesto de receso en los casos de transformación, fusión y escisión y con ocasión del retiro de las acciones del mercado público de valores o la limitación o disminución de la negociabilidad de la acción, materia que se tratará en el punto relativo a las causales colombianas para el ejercicio del derecho de receso.

En otras legislaciones se ha establecido esta limitación como causal o supuesto del derecho de receso¹³⁴.

¹³³ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

“ARTICULO 12. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO. Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.

En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en bolsa de valores.

PARAGRAFO. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá que existe desmejora de los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos:

- 1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.*
- 2. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital.*
- 3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.”*

¹³⁴ La legislación española había reconocido el derecho de receso en los casos de modificación de la libre transmisibilidad de las acciones para las sociedades anónimas, recientemente se adoptó igual régimen para las sociedades limitadas. Ver numeral 1.5.1. de este documento.

BROSETA, Op. cit., pág. 301.

“Pero el legislador, consciente de la gravedad del acuerdo (que altera las bases esenciales del consentimiento social y el derecho a la libre transmisibilidad de las acciones), permite que los accionistas que no votaron a favor del mismo (los disidentes, los ausentes y los privados del derecho al voto) no queden vinculados por la modificación, durante un plazo de tres meses, contados a partir de la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 146).”

5.8 POR ADQUIRIR LA SOCIEDAD LA CONDICIÓN DE VINCULADA ECONÓMICA DE UN CONTROLANTE O DE PARTÍCIPE EN UN GRUPO EMPRESARIAL O ECONÓMICO

El adquirir la sociedad la condición de controlante o de controlada y por tanto integrante de un grupo empresarial, puede modificar la condición jurídica y patrimonial de los asociados, ya sea por adquirir mayores responsabilidades o por estar supeditadas las decisiones sociales a los intereses del grupo o de las sociedades controlantes, con evidente desmejora de los derechos de los socios.

Disposiciones que regulan la materia se encuentran en las legislaciones española e italiana¹³⁵, las causales pretenden proteger a los socios minoritarios por

Ver apartado 1.5.3 de este documento, en el cual se analiza el artículo 2437 del Código Civil italiano, en el cual se establece como supuesto de receso la introducción o eliminación en los estatutos de limitaciones de la ley de la libre transmisibilidad de las acciones.

¹³⁵ Ver numeral 1.5.3 de este documento, respecto de la legislación italiana, en su artículo 2497 del Código Civil.

GALGANO, Francesco. Los Grupos Societarios, Dirección y Coordinación de Sociedades: Dirección y coordinación de sociedades. Bogotá, Editorial universidad del Rosario, 2009, págs. 208 y 209.

“5. *Derecho de receso*

Las causales de receso del socio, previstas en este artículo, se insertan entre las numerosas nuevas causales introducidas por el artículo 2437, reformado en 2003, con una relevante particularidad: en estos el evento que justifica el receso no es atinente a la sociedad a la que pertenece el recedente, sino a una distinta; o sea, a la sociedad o ente que ejercita la dirección y coordinación. De este modo, adquiere relevancia también, para efectos del derecho de receso, la relación de grupo que vincula la controlada al holding, considerada legislativamente como idónea para transmitir sobre la primera, no obstante la alteridad subjetiva y las causales de receso que se producen en el seno de la segunda.”

PERALES, op. cit., pág. 365 y 366.

“El derecho alemán prevé bien que los accionista reciban una prima si optan por no vender, bien que ejerciten el derecho de separación –adecuada indemnización- en los casos de grupos de sociedades, como medida de protección de los accionistas externos en caso de contratos de dominación y de cesión íntegra de beneficios (art. 305 AktG) y en relación con incorporación de sociedades (art. 320 AktG); en el derecho brasileño, el nuevo art. 137 de la LSA reconoce un derecho de separación para los caos de participación de la sociedad en un grupo.”

HOPT, op. cit., pág. 257.

“La conexión con el grupo del derecho de adquisición obligatoria (squeeze-out) y del derecho de separación (sell-out) consiste en que, desde el punto de vista económico, carece de sentido, por regla general, conservar dentro del grupo pequeñas minorías en las filiales. Por ello, en numerosos países son casi típicas, en particular dentro de los grupos internacionales, las filiales participadas al 100 por 100. Tanto más vale esto en cuento en que un ordenamiento jurídico oblige a un gran accionista, con motivo de la adquisición del control y en primer lugar, a formular una opa, sin

considerar que estas nuevas situaciones los afectan. En igual sentido podría predicarse en aquellos eventos en los cuales se acuerden alianzas de negocios tales como *joint ventures*, agrupaciones de interés económico, consorcios o uniones temporales, eventos que podrían generar efectos perversos en contra de los socios minoritarios.

En Colombia se intentó legislar para estos casos en el proceso que originó la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹³⁶, reforma del régimen de sociedades que no tuvo éxito¹³⁷ en esta materia.

5.9 POR JUSTA CAUSA O RENUNCIA JUSTIFICADA

En algunas legislaciones se admite el retiro en las sociedades a término indefinido por ocurrencia de hechos que modifiquen sensiblemente la sociedad y que, por

reconocerle la posibilidad de adquirir la pequeña minoría restante a cambio de una indemnización adecuada. Un régimen de opas como este sería no solo desequilibrado, sino que –incluso admitiendo condiciones más pertinentes– dificultaría sobre manera las ofertas. El derecho de adquisición obligatoria y el derecho de separación se corresponden uno a otro, en sede de grupos, en tanto que el derecho de adquisición obligatoria sirva a los intereses de dirección del grupo de la matriz titular casi del 100 por 100, y esto bajo un tratamiento leal de los socios minoritarios, y el derecho de separación reconoce a los accionistas minoritarios cuya participación ha quedado por debajo del porcentaje de los derechos de minoría, un derecho a la salida de la sociedad a cambio de una indemnización adecuada.

No hay que detenerse aquí más respecto de los detalles de ambas figuras, porque, tras las recomendaciones del High Level Group, pasarán a formar parte del derecho europeo merced a la Decimotercera Directiva sobre opas, y posteriormente también del Derecho de los Estados miembros mediante su trasposición.”

¹³⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹³⁷ A continuación se transcribe el texto propuesto por la Superintendencia de Sociedades que consagraba el derecho de recesso al surgir el grupo empresarial, que finalmente no fue aprobado por el Congreso Nacional. “Artículo-. *En los casos en que se configure una situación de control en los términos contemplados en el artículo 261 y la sociedad subordinada forme parte de un Grupo Empresarial, los socios minoritarios tendrán derecho para transferir su participación en la sociedad a quien detente el control de la misma, y éste tendrá la obligación de adquirirla, directamente o a través de quien él designe. El valor de la operación será fijado de común acuerdo o por peritos designados por la Superintendencia de Sociedades; Esta última entidad, teniendo en cuenta el monto de la operación y la capacidad económica de los adquirentes, podrá determinar la forma de pago de las acciones o cuotas transferidas, con base en las fórmulas propuestas por las partes.”*

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Anteproyecto de Reforma al Capítulo XI del Título 1º, del Libro 2º del Código de Comercio, Titulado “Matrices, Subordinadas y Sucursales”. Bogotá. 1993.

tanto, darían lugar **a una justa causa para el retiro**, sin que ella se especifique. Igualmente, debe tenerse presente la oportunidad del retiro para que no se cause perjuicios a la sociedad.

En nuestra antigua legislación civil, que también incluía el contrato de sociedad¹³⁸, se autorizaba la renuncia del socio al existir un grave motivo o justa causa, como la inejecución de obligaciones por otros asociados o la pérdida de un administrador calificado, además se exigía que la renuncia no fuese intempestiva o de mala fe.

Esta causal de retiro referida a la justificación válida del recedente, aparentemente muy atractiva, no deja de ser peligrosa por la subjetividad de la misma, y no debe confundirse con el llamado derecho de receso *ad nutum*, pues en esta modalidad, tratada en otro punto, no se hace referencia a la justificación del receso, ya que simplemente depende de la voluntad del recedente.

5.10 POR NO REPARTO DE UTILIDADES DURANTE UN PLAZO DETERMINADO

El reparto de las utilidades obtenidas es elemento esencial del contrato de sociedad mercantil que lo diferencia de otro tipo de asociaciones, por lo cual el no reparto sistemático de sus ganancias, durante plazos prolongados no obstante haberse causado réditos o provechos y las decisiones de sus órganos directivos que conlleven a pérdidas permanentes, por ejemplo, por favorecer una sociedad controlante, ha sido considerado en algunas legislaciones como causal de retiro de los socios ausentes o disidentes.

¹³⁸ Ver pie de página número 63 que transcribe las antiguas normas del Código Civil Colombiano derogadas (artículos 2099, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138 y 2139).

En el caso colombiano, esta causal no pareciera, en principio, de mayor relevancia, pues normas de orden público¹³⁹ ordenan repartir cuando menos el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades líquidas o del saldo de estas, salvo que, en el seno de la reunión del máximo órgano social, los socios que representen el setenta y ocho por ciento (78%) de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión, a falta de mayoría decisoria superior pactada estatutariamente, decida lo contrario. Esta protección al socio minoritario se refuerza en las sociedades anónimas cuando la reserva legal, estatutaria u ocasional excediere del cien por cien (100%) del capital suscrito, caso en el cual el mínimo de las utilidades líquidas a repartir es el setenta por ciento (70%), de conformidad con las reglas anteriores.

No obstante, no debe descartarse en algunos escenarios el no reparto sistemático como causal de retiro a pesar de estas normas proteccionistas nacionales. Lo anterior se incrementará fundamentalmente con el aumento de las sociedades por acciones simplificadas como la más importante forma de asociación comercial, puesto que las normas relativas al reparto de utilidades no aplican para esta

¹³⁹ Las normas *en comento* son las consagrada en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, que establecen:

- Artículo 155. Modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995 “Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Quando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.”

- Artículo 454. “Si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al 70%”.

especie societaria¹⁴⁰, por lo cual es muy posible el surgimiento del abuso por la no distribución de dividendos.

Igualmente, debe tenerse especial cuidado con la aplicación de estas normas y la apropiación de reservas ocasionales decretadas durante las reuniones de la asamblea general de accionistas, pues con éstas, y mediante un debido tratamiento contable y jurídico, se puede burlar la aplicación de las normas sobre repartos mínimos de dividendos, al destinar, mediante una práctica abusiva, utilidades a reservas innecesarias o con mayorías insuficientes¹⁴¹.

Esta defensa de los socios minoritarios en lo relativo a sus derechos a percibir ganancias de las sociedades conlleva en muchas legislaciones, no en el caso nacional, a establecer como supuesto o causa para ejercer el derecho de Retiro o de Receso el no reparto sistemático dentro de unos parámetros mínimos de las utilidades sociales¹⁴².

5.11 POR MODIFICACIÓN EN LAS REGLAS DE VOTACIÓN O EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS DEL SOCIO

Es indudable que la introducción de cambios en el quórum para aprobar decisiones o la aceptación de la divisibilidad del voto pueden ser perjudiciales para

¹⁴⁰ La disposición normativa que consagra la no aplicación de los artículos referidos, se encuentra en el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008 que dispone: “Supresión de prohibiciones. Las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.”

¹⁴¹ Al respecto puede verse la obra de los doctores Luís Alberto Gómez Araujo y Néstor Humberto Martínez Neira, *La Asamblea General de Accionistas*, de la Editorial Fuente Jurídica, Bogotá, 1979; páginas 31 y 32.

¹⁴² En la ley española recientemente reformada y que incorpora la directiva 2007/36 del Parlamento y el Consejo Europeo, se consagró el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, norma suspendida hasta el año 2014 y la cual se comenta en el numeral 1.5.1 del presente trabajo.

los socios. Estas modificaciones pueden alterar reglas de tal importancia que afecten el reparto de utilidades, la posibilidad de acceder a los órganos de dirección o de control, el incremento o la rebaja del capital social, el traslado de domicilio y, en general, pueden ocasionar deterioro en el estatus del socio.

5.12 POR LA SUSPENSIÓN O LA INTRODUCCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

En estos casos de cambios en las reglas de solución de conflictos societario pueden generarse situaciones adversas a los socios ya sean por incrementos de costos para acceder a los mecanismos judiciales o por adoptarse la solución a través de una justicia lenta no especializada o por trasladarse la competencia territorial de los jueces con costos adicionales.¹⁴³

5.13 POR LA SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE RETIRO

Es obvio que la desaparición de este derecho patrimonial traerá efectos contrarios a los socios que no aprueben esta decisión, pues su desaparición conlleva a cercenar derechos de los socios. En este supuesto como en los contemplados en los apartados 5.11 y 5.12, tampoco existe la posibilidad de ejercer el Receso en la ley Colombiana.

5.14 POR BLOQUEO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE UNA SOCIEDAD

En la doctrina y en algunas legislaciones se han diseñado mecanismos societarios que pueden llegar a resolver situaciones de crisis de gobierno o de toma de

¹⁴³ Ver el numeral 1.5.3. de este documento con respecto a la legislación italiana, en particular el artículo 34 del Decreto Legislativo 5 de 2003.

decisiones en las sociedades paritarias o en aquellas que por efecto de unas mayorías calificadas se torne imposible la toma de decisiones. Entre nosotros el proyecto de ley 143 de 2011 de Senado, contempló una solución para disolverse las sociedades con dificultades para reunir el quórum o mayorías para deliberar y decidir, según esa propuesta legislativa operaba el retiro de accionistas para evitar la disolución de la sociedad, al consagrarse como causal de disolución la imposibilidad de obtener ese quórum o mayorías mínimos o cuando se requiriera la presencia plural de asociados y no poderse obtener. En la actualidad cursa el proyecto de Ley 077 de agosto 27 de 2013 de la Cámara de Representantes¹⁴⁴, con la misma filosofía de la anterior propuesta, la cual es un trasplante de la forma desarrollada en los Estados Unidos denominada *dissolution for deadlock*. Este mecanismo llamado “*mandatory buy-out*”, hace parte de la misma familia de las instituciones denominadas *squeeze out* y *sello out*, o

¹⁴⁴ La propuesta actual se encuentra contenida en los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto de Ley 077 de 2013, que cursa en la Cámara de Representantes del Congreso colombiano, en ellos se dispone:

PROYECTO DE LEY 077 DE 2013 CÁMARA. Por la cual se establecen reglas especiales para disolver sociedades, se crea un trámite breve de liquidación y se establecen otras disposiciones.

(...)

Artículo 6°. *Decisión para disolver en caso de paridad.* Cuando no se pueda tomar la decisión de disolver la sociedad, debido a que sistemáticamente se obtiene el mismo número de votos en sentido afirmativo y negativo, se entenderá que en tal caso los asociados que voten la disolución ofrecen en venta sus participaciones y aquellos que la voten negativamente podrán adquirirlas. Para tal efecto, en la misma reunión, los asociados interesados en la disolución deberán presentar oferta que contenga precio y forma de pago. Los destinatarios de la oferta, en la misma reunión, expresarán su aceptación o rechazo en relación con ella.

Si no existe acuerdo en el precio, los asociados deberán acudir al procedimiento de nombramiento y designación de peritos, contemplado en los artículos 134 a 136 de la Ley 446 de 1998 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.

Si los destinatarios de la oferta rechazan el ofrecimiento, la sociedad se disolverá.

Artículo 7°. *Retiro del socio o accionista.* Aceptada la oferta a la cual se refiere el artículo anterior, opera el retiro del asociado que enajenó su participación.

Cuando el retiro comporte una reforma estatutaria, será suficiente para la inscripción en el registro mercantil, el acta donde conste la decisión de vender.

Artículo 8°. *Adquisición de participaciones para evitar la disolución.* En los eventos previstos en este título, cualquiera de los asociados podrá adquirir participaciones de capital para evitar la disolución de la sociedad; cuando un asociado manifieste su intención de adquirir las participaciones, no habrá lugar a decretar la disolución de la compañía.

compras y ventas forzadas reguladas para las ofertas públicas de adquisición OPAS y que se consideran en el numeral 7.3 del presente estudio.

5.15 CAUSAS CONVENCIONALES O PACTO ESTATUTARIO Y RETIRO AD NUTUM

En la legislación colombiana está autorizado establecer causales convencionales de receso como se deduce del numeral 14 del artículo 110 del Código de Comercio o Decreto 410/1971, de 27 de marzo, que autoriza pactos estatutarios compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, no obstante su modificación se remite a las normas generales de las mayorías sociales.

Como atrás se expresó en relación con esta materia en la legislación española, al tener normas similares relativas a la autonomía de la voluntad contractual y no ser los pactos adicionales societarios normas que, en este caso, violan preceptos de orden público, no existe prohibición alguna de pactar causales convencionales de retiro. Ahora bien, en cuanto al retiro *ad nutum* o sea por voluntad unilateral de un asociado se hacen las mismas reflexiones contenidas en el numeral 1.5.1, respecto a la tensión y equilibrio que debe observarse entre el ejercicio de la libertad en acepción negativa y los principios de continuidad de los negocios sociales y los derechos de los otros asociados y de terceros, por lo cual no parecería ser de plena aceptación esta renuncia unilateral sin justificación alguna, la cual podría encuadrarse en la legislación colombiana en las llamadas obligaciones contraídas bajo condición meramente potestativa o sea supeditada a la voluntad de la persona que se obliga¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Artículo 110, numeral 14. Código de Comercio. Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

Código Civil colombiano. Artículo 1535.

CAPÍTULO VI

Sumario: Regímenes colombianos. Una primera aproximación. Régimen del Código de Comercio. Código de Comercio. Sociedades colectivas. Sociedades limitadas. Ley 222 de 1995. De la iniciativa preliminar del Gobierno al texto final de la Ley 222 de 1995. Las principales causales desechadas por el Congreso. Causales del derecho de receso en la Ley 222 de 1995.

Cuando la transformación, escisión o fusión de las sociedades conlleve a una mayor responsabilidad al socio ausente o disidente o cuando le traiga una desmejora en sus derechos patrimoniales. Desmejora en sus derechos patrimoniales. Régimen de responsabilidad de los socios en la legislación nacional. Desmejora en sus derechos patrimoniales. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital social de la sociedad. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés social o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que se produzca una disminución de capital. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción. Otra causal para ejercer el derecho de retiro o de receso es el retiro o cancelación voluntaria de las acciones en el registro de valores o en la bolsa de valores. Causales convencionales. Titulares del derecho de receso. Copropietarios, acreedores prendarios, usufructuarios, cuotas, acciones, partes de interés, por fuera del Comercio. Disidentes, ausentes y abstencionistas. Procedimiento para el ejercicio del receso. Información. Plazo y forma para su ejercicio. Facultad de la Superintendencia para decidir sobre la existencia de la causal. Opción de compra. Adquisición por la sociedad y órganos autorizados para su ejercicio. Empresa unipersonal. Disolución. Reembolso. Plazo. Avalúo. Rebaja de capital. Régimen de responsabilidad en el ejercicio del receso. Responsabilidad del socio recedente. Responsabilidad de los socios que continúan. Responsabilidad de la sociedad. Caducidad del derecho de receso. Revocación de la causal del receso. Trámite independiente por cada recedente. Receso parcial. Naturaleza del derecho de retiro y renuncia. Impugnación de las decisiones de la Asamblea y ejercicio del derecho de retiro. El derecho de receso en la reactivación y en la reconstitución de sociedades en liquidación de que trata el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010. Reactivación. Reconstitución.

Ver apartado 1.5.1 de este documento, relativo a la legislación española.

Derecho de retiro en los casos de fusiones y escisiones. Dentro de la reorganización empresarial reglada en la ley 1116 de 2006. Reglamentaciones y procedimiento para dirimir diferencias sobre el ejercicio del derecho de retiro. Innovaciones del Código General del Proceso. Opinión sobre el derecho de receso en la legislación nacional –Código de Comercio y Ley 222 de 1995. Derecho de retiro en las sociedades por acciones simplificadas SAS. Otras formas de compensación. Unanimidad. Enajenación global. Derecho de retiro para las acciones con dividendo preferencial. Nuevo régimen tributario de 2012. Reforma tributaria. Diferente tratamiento tributario para los socios.

6. REGÍMENES COLOMBIANOS

En Colombia la institución del derecho de receso no ha tenido mayor trascendencia legislativa, judicial o doctrinal, lo cual se evidencia en la precaria y desordenada regulación normativa, en las escasas o inexistentes decisiones judiciales que reconozcan esta facultad o derecho y el poco interés manifestado por los tratadistas mercantiles sobre la materia. A continuación se presenta un panorama legislativo sobre el tema:

- a) **Código de Comercio.** Como se expresó, el Código de Comercio vigente, Decreto 410 de 1971, de 27 de marzo¹⁴⁶, no dictó un estatuto reglamentario de la institución sino que en algunos tipos sociales, como en las compañías colectivas y en las limitadas, hizo referencia a esta posibilidad legal en forma no sistematizada y sin determinar un procedimiento para su ejercicio. En la reforma al Código Mercantil consagrada en la ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁴⁷, surgió con autonomía el derecho de separación o de receso, aunque con inexplicables restricciones, fruto de la improvisación de los

¹⁴⁶ Colombia. Decreto 410/1971, de 16 de junio. Diario Oficial No. 33.339.

¹⁴⁷ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

legisladores del momento, que decidieron recortar el alcance de la propuesta del Gobierno sobre el instituto al que daban nacimiento.

b) **Acciones con dividendo preferencial.** En el campo de la normatividad bursátil, el estatuto del sector – Ley 27/1990, de 20 de febrero¹⁴⁸, posteriormente derogada por la Ley 222/1995 de 20 de diciembre¹⁴⁹ –, reconocía un derecho de receso en los casos de supresión de las prerrogativas del derecho preferencial al dividendo, lo cual fue derogado en la mencionada Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁵⁰.

c) **Ley 226 de 1995.** La ley que estableció los procedimientos para la venta de bienes del Estado, conocida como Ley de Privatización, originó otra variante al ejercicio del derecho de receso en el caso de la venta de acciones de propiedad de entidades públicas, al ser obligatorio el ofrecimiento de estas, en primera instancia, a los sectores sociales, esto es, a los sindicatos, organizaciones solidarias y a los trabajadores de la empresa cuyas acciones o participaciones se enajenan¹⁵¹.

d) **Ley 1258 de 2008.** La Ley de Sociedades por Acciones Simplificadas S.A.S., estableció una nueva causal para ejercer el derecho de receso, a la

¹⁴⁸ Colombia. Ley 27/1990, de 20 de febrero. Diario Oficial No. 39.195, 20 de febrero de 1990, p. 1.

¹⁴⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹⁵⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹⁵¹ Se encuentran definidos en el Artículo 3o. Ley 226 de 1995. PREFERENCIA. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional.

Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa.

par que reguló un caso novedoso del derecho de exclusión, lo cual se tratará más adelante.

- e) **Decreto 2555 de 2010, “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”.** Otro mecanismo legal para hacer efectiva esta institución societaria se encuentra en la regulación sobre las sociedades cotizadas en bolsa, Decreto 2555 de 2010, para las cuales existe un procedimiento especial, que no puede considerarse teóricamente como un derecho de receso, sino como un derecho de venta, pero que cumple con la finalidad del retiro, al surgir ofertas públicas de adquisición de acciones conocidas como OPA. Anexo a esta materia se estudiaría lo relativo a los cambios estatutarios de las sociedades emisoras de bonos obligatoriamente convertibles en acciones –BOCEAS –.

- f) **Carteras colectivas y fondos de inversión privada.** Otras formas cercanas al instituto societario del derecho de receso, que se analizarán en capítulo complementario, se encuentran en las llamadas carteras colectivas y en los fondos de inversión privada, también reguladas en el Decreto 2555 de 2010.

- g) **Las asociaciones por parte de interés económico conocidas mundialmente como *joint ventures*, y entre nosotros, uniones temporales o consorcios.** Como adelante se estudiará, hasta el presente, ha sido muy precario el desarrollo legislativo de estas formas asociativas, las cuales se reducen normativamente a contratos de colaboración entre particulares, con miras a la contratación estatal. Los otros casos de colaboración empresarial para adelantar contrataciones privadas están

permitidos, no están reglamentados y por esa misma razón podrían estar sometidos a un régimen gravoso de responsabilidades. Lo anterior determina la ausencia de reglamentaciones sobre la posibilidad de retirarse de este tipo de uniones.

Esta incoherente proliferación legislativa que no obedece a un concepto unificado sobre la naturaleza de esta institución genera confusión legal y de interpretación normativa, que llama a un replanteamiento de las reglas legales del derecho de receso nacionales, para que ellas obedezcan a un criterio unificado del Estado en la defensa del acceso y ejercicio de los derechos constitucionales de la libertad de asociación, de la propiedad y de la iniciativa privada. Sin duda, no es un tema menor la defensa de los derechos de los socios minoritarios.

6.1 RÉGIMEN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Como se ha insistido, en la legislación societaria no existían normas específicas sobre el instituto del receso, solo aparecía en forma desordenada en diferentes formas sociales, como a continuación se describe:

6.1.1 Sociedades colectivas: En las sociedades colectivas, el numeral 5º del artículo 319 de la ley comercial consagra el derecho de receso o de retiro por renuncia justificada de los socios, la cual, a su vez, se convierte en causal de disolución, si los demás socios no adquieren o no aceptan la cesión a terceros de los derechos del renunciante. Debe tenerse presente que el artículo 322 de la Ley comercial hace expresa remisión a las disposiciones de la ley civil en los casos de renuncia o retiro. Esta remisión ha quedado sin sentido, pues expresamente fueron derogados los artículos

correspondientes de la ley civil por el artículo 242 de la ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁵², dando lugar este error legal a una laguna normativa.

Al estar derogada la ley civil debe procederse por vía de interpretación a determinar los criterios sobre la justificación de la renuncia, para lo cual puede acudir a los principios generales de Derecho, a los expuestos por la misma derogada ley civil o por la doctrina y así definir asuntos relevantes como la justificación y la oportunidad de la renuncia, la generación de beneficios injustificados al renunciante o de perjuicios a la sociedad con ocasión de la misma. Estas normas también serán aplicables a los socios gestores en las sociedades en comandita.

6.1.2 Sociedades limitadas: No existe una norma específica sobre el derecho de receso en las sociedades limitadas y sus normas remiten al régimen de las sociedades anónimas se excluirían los casos relativos a las sociedades colectivas. Sin embargo, es posible el pacto estatutario de causales del derecho de receso compatible con este tipo de sociedad, como lo autoriza el numeral 14 del artículo 110 del Código de Comercio¹⁵³.

En relación con las sociedades limitadas aparece un caso que puede denominarse como de renuncia indirecta, el cual está regulado por los artículos 363, 364 y 365

¹⁵² Artículo 242. Ley 222 de 1995. NORMAS DEROGADAS. Esta Ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Capítulo I del Título II del Libro Segundo, el Título II del Libro Sexto y los artículos 121, 152, 292, 428, 439, 443 y 448 del Código de Comercio; los artículos 2079 a 2141 del Código Civil; el Decreto 350 de 1989; el Título 28 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 4o, 5o. y 6o del Decreto 2155 de 1992.

¹⁵³ Artículo 110. Código de Comercio. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

de la ley mercantil, y se presenta cuando un socio que pretende vender o ceder sus derechos y, por tanto, aspira a finalizar su vinculación societaria, no obtiene de los consocios la voluntad o interés en adquirir las cuotas ofrecidas o la aprobación para el ingreso de un tercero que haya sido presentado por el presunto cedente, evento que llevaría a la disolución de la sociedad o a la exclusión del socio. En nuestra opinión, más que una exclusión, se configura un receso obligado, pues los demás consocios deben adquirir los derechos para evitar la disolución, por lo cual esta posibilidad la hemos denominado como un caso de renuncia indirecta¹⁵⁴.

6.2 LEY 222 DE 1995

6.2.1 De la iniciativa preliminar del gobierno al texto final de la Ley 222 de 1995. La Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁵⁵, surgió de un gran esfuerzo de consulta y de concertación entre el mundo empresarial, el académico y el Estado. Se buscó la actualización de tres capítulos del Código de Comercio o Decreto 410/1971, de 27 de marzo¹⁵⁶. El primero de ellos buscaba la puesta al día de los aspectos societarios que un cambio en la concepción económica exigía, particularmente al adoptarse una visión menos proteccionista y de menor intervención estatal. El segundo capítulo pretendía modernizar la institución de la revisoría fiscal, y el tercero modificaba el régimen concursal, adoptando el régimen del concordato y suprimiendo la dura utilización del régimen de quiebra.

¹⁵⁴ Artículo 365. Código de Comercio. Si ningún socio manifiesta interés en adquirir las cuotas dentro del término señalado en el artículo 363, ni se obtiene la autorización de la mayoría prevista para el ingreso de un extraño, la sociedad estará obligada a presentar por conducto de su representante legal, dentro de los sesenta días siguientes a la petición del presunto cedente una o más personas que las adquieran, aplicando para el caso las normas señaladas anteriormente. Si dentro de los veinte días siguientes no se perfecciona la cesión, los demás socios optarán entre disolver la sociedad o excluir al socio interesado en ceder las cuotas, liquidándolas en la forma establecida en el artículo anterior.”

¹⁵⁵ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹⁵⁶ Colombia. Decreto 410/1971, de 16 de junio. Diario Oficial No. 33.339.

En el tema societario se introdujeron importantes modificaciones, tales como la creación de la empresa unipersonal, cambio que pugnaba con la concepción tradicional de la sociedad; la incorporación de los necesarios contratos de colaboración empresarial o asociaciones por grupo de interés económico; la inclusión del allanamiento de la personalidad o *disregard*; la escisión societaria; la validez de reuniones no presenciales de los órganos sociales; la definición de las responsabilidades de los administradores; la regulación de los grupos empresariales; la institucionalización de los pactos o acuerdos de accionistas¹⁵⁷ y de las acciones con dividendo preferencial, y la modernización de las reglas de presentación de los estados financieros.

En relación con la materia que se estudia, la propuesta inicial presentada por el Gobierno era ambiciosa, pues pretendía adecuar la legislación nacional a las nuevas corrientes legislativas de protección a los socios minoritarios, buscando un equilibrio entre el derecho de receso y la continuidad de la empresa social. En este sentido, la propuesta gubernamental traía como presupuestos o causales del derecho de receso los siguientes¹⁵⁸:

1. La transformación de la sociedad.
2. La fusión.
3. La escisión.
4. La prórroga del plazo de la vida social.
5. La modificación fundamental del objeto social.
6. El cambio de domicilio al exterior.

¹⁵⁷ Posteriormente desarrollados con mayor amplitud en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008.

¹⁵⁸ Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Exposición de motivos del proyecto. Jueves 4 de noviembre de 1993.

7. Todo aumento de responsabilidad de los socios.
8. La cancelación de la inscripción de la acción en el registro nacional de valores o en la bolsa de valores.
9. Por adquirir la sociedad la condición de vinculada a un grupo empresarial.
10. Se facultaba la creación de causales voluntarias de receso.

El contenido final de la normatividad de las causales o supuestos del derecho de receso o de retiro aprobado en la Ley 222 de 1995, mediante la cual se reformó el Código de Comercio, quedó limitado a dos eventos: el primero, al producirse transformaciones, fusiones o escisiones societarias, cuando ellas impliquen una mayor responsabilidad o desmejora en los derechos patrimoniales de los socios ausentes o disidentes, y un segundo, al presentarse en las sociedades por acciones la cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en las bolsas de valores y, en general, cuando se disminuya la negociabilidad de la acción.

Además, el proyecto de ley consideraba un tema afín a esta materia: la creación de la institución de la exclusión del socio, facultad que nacía por el incumplimiento o violación de deberes por el socio¹⁵⁹.

La propuesta normativa de las causales de exclusión era la siguiente:

¹⁵⁹ Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Miércoles 22 de junio de 1994. Bogotá.
- Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Martes 25 de abril página 3. 1995. Bogotá.
- Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Lunes 12 de junio de 1995. Bogotá.
- Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. No. 350 de 1995. Informe de la Comisión de Conciliación al proyecto 119/93.
- Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. No. 275 de 1995. Informe de objeciones presidenciales al proyecto de ley 119/93 y 235/95.
- Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. No. 182 de 1995. Texto definitivo aprobado en sesión del Senado Proyecto de 119/93 Cámara y 235/95 Senado.

"Artículo 108. CAUSALES DE EXCLUSIÓN

Cualquier socio en las sociedades colectivas y los gestores en las en comandita podrá ser excluido de la sociedad en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando use los activos, bienes sociales o la firma social para negocios ajenos a la sociedad.*
- 2. Cuando ejerza funciones administrativas que según el contrato social no le corresponda.*
- 3. Cuando incumpla lo dispuesto en los numerales 3° y 4° del artículo 234 de esta ley.*

En las sociedades de responsabilidad limitada, los socios podrán ser excluidos en los supuestos previstos en el numeral tercero del presente artículo. Igualmente, cuando los socios sean administradores, habrá lugar a su exclusión en los eventos previstos en los numerales 1 ° a 3° de este artículo.

En las sociedades a que se refiere el presente artículo, podrán pactarse por unanimidad otras causales de exclusión. No obstante, la exclusión procederá en los casos en que el socio lo haya aceptado expresamente."

Posteriormente, en las ponencias para segundo debate en relación con el instituto de la exclusión, se argumentó por los ponentes del proyecto, que: *"tampoco se encuentra razón valedera para su consagración de manera general como se pretende en el proyecto. El Código de Comercio vigente solo establece unas causales de exclusión para la sociedad colectiva y de contera, para los gestores de las sociedades en comandita que básicamente es el mismo criterio que se conserva en el proyecto".*

De esta manera se desperdició la posibilidad de reglamentar esta institución complementaria al derecho de receso, la cual establecía sanciones y la posibilidad de excluir a un socio indeseable para la sociedad y para los otros asociados.

6.2.2 Las principales causales desechadas por el Congreso. A continuación se analizan las causales que finalmente no aprobó el Congreso, limitando así la del instituto del receso:

- a) **Cambios fundamentales en el objeto social de la compañía.** Como se observó en la parte general de los supuestos, el cambio del objeto social puede ser determinante y perjudicial a algunos socios, la no existencia del derecho de receso para los socios ausentes o disidentes y su obligación de permanecer en una compañía que desarrolla un objeto social inconveniente a sus intereses, que no cuenta con su voluntad o que conlleva problemas de conflictos de interés, es inconveniente y debería haber sido adoptada como causal.

- b) **Traslado del domicilio social al extranjero.** Esta situación, seguramente recurrente con ocasión de la creciente internacionalización de la economía, puede generar detrimento en la posición de un socio minoritario y, sin explicación, fue descartada en la reforma.

- c) **Incremento en la responsabilidad de los socios sin modificación de la especie societaria.** Puede darse un incremento de obligaciones adicionales a los socios sin que se den transformaciones, fusiones o escisiones, mediante una simple reforma estatutaria, con evidentes perjuicios a los socios.

- d) **Prórrogas o reactivaciones de las sociedades disueltas.** Este escenario se presenta cuando las mayorías deciden prorrogar o reactivar la sociedad disuelta, obligando a la permanencia a los socios inconformes y así privándolos del reembolso del capital en el plazo inicialmente pactado.

e) **Por adquirir la sociedad la condición de vinculada a un grupo empresarial.** Esta causal fue contemplada en el proyecto de reforma que concluyó con la expedición de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁶⁰, sin embargo, los textos correspondientes fueron parte del recorte irracional que sufrió esta iniciativa legal. En los documentos de estudio elaborados por la Superintendencia de Sociedades para sustentar la reforma, se reconocían los eventuales perjuicios que sufrirían los socios minoritarios al actuar el grupo empresarial o las sociedades vinculadas en función de los intereses del grupo empresarial o de las controlantes, tal como en la realidad suele suceder.

La solución adoptada por el proyecto de ley estaba orientada en dos sentidos, el primero en caso de existir un grupo empresarial, el socio minoritario ausente o disidente tendría el derecho de transferir sus participaciones a la sociedad controlante o a quien esta designare, y en forma correlativa la sociedad controlante tendría esa obligación, para lo cual se determinaban plazos y formas de determinar el precio. En los casos de una subordinación simple, para prevenir abusos, se proponía, excepcionalmente, la posibilidad de ejercer ese derecho de receso cuando se utilizare la sociedad matriz o controlante en beneficio propio y en contra del interés de la dominada¹⁶¹.

¹⁶⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹⁶¹ Se leía en el anteproyecto de Ley: “**Artículo-** En los casos en que se configure una situación de control en los términos contemplados en el artículo 261 y la sociedad subordinada forme parte de un Grupo Empresarial, los socios minoritarios tendrán derecho para transferir su participación en la sociedad a quien detente el control de la misma, y éste tendrá la obligación de adquirirla, directamente o a través de quien él designe. El valor de la operación será fijado de común acuerdo o por peritos designados por la Superintendencia de Sociedades. Esta última entidad, teniendo en cuenta el monto de la operación y la capacidad económica de los adquirentes, podrá determinar la forma de pago de las acciones o cuotas transferidas, con base en las fórmulas propuestas por las partes.

El derecho consagrado en este artículo podrá ser ejercido por los socios minoritarios que tengan la calidad de tales con anterioridad a la declaración de la existencia del Grupo Empresarial, siempre y cuando las situaciones de control y de Grupo Empresarial permanezcan, dentro de un plazo máximo de dos años contados a partir de la primera asamblea o junta de socios en que se evidencie la situación de subordinación o la vinculación de la sociedad a un Grupo Empresarial.

Artículo- En los casos en que se configure una situación de control en los términos contemplados en el artículo 261, sin que la sociedad subordinada forme parte de un Grupo Empresarial, los socios minoritarios que comprueben a la

- f) **Los casos de transformación, fusión o escisión.** Como se deduce del texto aprobado, se redujeron al máximo las posibilidades de receso en estos eventos de trascendencia, al someterlos a requisitos muy exigentes como adelante se estudiarán.
- g) **Se excluyó la causal de pacto voluntario de receso.** Esta posibilidad, sin duda fuente de importantes acuerdos entre los asociados, hubiese terminado la discusión teórica sobre el punto. En nuestra opinión, no obstante no haber sido aprobada como causal, al no estar prohibida la realización de este acuerdo o pacto social, puede convenirse por los asociados.

6.2.3 Causales del derecho de receso consagradas en la Ley 222 de 1995.

Finalmente y como atrás se insistió, la Ley 222 de 1995 limitó al máximo el ejercicio del derecho de receso y permitió tan solo los supuestos que a continuación se describen¹⁶²:

Superintendencia de Sociedades la utilización de la sociedad subordinada en interés de la matriz o controlante y en contra de su propio beneficio, tendrán derecho, siempre y cuando la situación de control permanezca, para transferir su participación en la sociedad a quien detente el control de la misma, y éste tendrá la obligación de adquirirla, directamente o a través de quien él designe. El valor de la operación y la forma de pago correspondiente, serán fijados de común acuerdo o, en su defecto, por peritos designados por el Superintendente de Sociedades.

En el caso contemplado en este artículos, los socios minoritarios que mediante el proceso administrativo referido en el inciso anterior hayan comprobado el supuesto de hecho previsto en dicho inciso, tendrán derecho para que el controlante les indemnice los perjuicios que se les hubiere causado, para lo cual podrán ejercer las acciones judiciales que corresponda. Tales acciones también podrán ser ejercidas por los socios minoritarios que, habiendo acreditado el supuesto de hecho mencionado, no tengan derecho a la adquisición obligatoria de su participación por no encontrarse vigente la situación de control.”

¹⁶² Artículo 12. Ley 222 de 1995. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO. Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.

En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en bolsa de valores.

Parágrafo. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá desmejora en los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos:

1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.

6.2.3.1 Cuando la transformación, escisión o fusión de las sociedades conlleven a una mayor responsabilidad al socio ausente o disidente o cuando le traiga una desmejora en sus derechos patrimoniales: En relación con el incremento de la responsabilidad del socio ausente o disidente, es del caso recordar en esta materia la normatividad nacional, el régimen de responsabilidad de los **socios en la legislación colombiana**. La responsabilidad legal de los socios de las compañías mercantiles, instituto que cuenta con profundas raíces constitucionales¹⁶³, puede ser analizada desde las ópticas de las reglas jurídicas comerciales, laborales, fiscales, cambiarias o aduaneras:

2. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital.

3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.

¹⁶³ Sentencia C-865-04. Referencia expediente D-5057. **Acción Pública de Inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial)**, del Código de Comercio. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. “Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica.

La canalización de recursos financieros a través de acciones constituye una típica fórmula de inversión social y económica. Es inversión económica, pues los grandes capitales logran realizar importantes proyectos económicos en beneficio del país. Es inversión social, ya que la empresa constituye no sólo el principal generador de empleo y bienestar, sino también el mayor contribuyente fiscal del Estado.

En consecuencia, la inexistencia de limitación de responsabilidad pondría fin al mercado de valores, pues sería imposible conocer el valor real de una acción. En efecto, ya no sólo sería necesario tener conocimiento acerca de la información financiera de la compañía a la cual se pretende invertir (loable propósito que cumplen los estados financieros debidamente registrados), sino que también debería estudiarse las declaraciones tributarias, las constancias de ingresos, los recursos patrimoniales, los gastos familiares y aún los personales de cada uno de los socios. Misión que además de ser excesivamente onerosa y poco eficiente, en la práctica podría llegar a constituir una manifiesta violación a la garantía constitucional de la intimidad.

Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos, pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo como en los artículos 1º, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política.

i. Responsabilidad en materia normativa comercial.

La primera dimensión de la responsabilidad de los socios está contenida en el régimen comercial. De acuerdo con la naturaleza de cada tipo societario la ley ha definido el alcance de su responsabilidad.

- a) Para el caso de las **sociedades colectivas**, el artículo 294¹⁶⁴ de la Ley Mercantil establece una responsabilidad solidaria y subsidiaria de los socios. Igual responsabilidad asumen los socios gestores o colectivos en las compañías en comandita, de conformidad con el artículo 323 de la misma codificación.
- b) Las sociedades en comandita tienen un régimen diferente para sus socios comanditarios, los cuales, según el artículo 323¹⁶⁵ de la ley comercial, limitan su responsabilidad a los respectivos aportes.
- c) En las **sociedades de responsabilidad limitada**, el artículo 353¹⁶⁶ del Código Mercantil regula la responsabilidad de los socios hasta el monto de

¹⁶⁴ Artículo 294. Código de Comercio. RESPONSABILIDAD DE SOCIOS EN SOCIEDAD COLECTIVA. Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Esta responsabilidad sólo podrá deducirse contra los socios cuando se demuestre, aún extrajudicialmente, que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago.

En todo caso, los socios podrán alegar las excepciones que tenga la sociedad contra sus acreedores.

¹⁶⁵ Artículo 323. Código de Comercio. FORMACIÓN DE SOCIEDAD EN COMANDITA - DENOMINACIÓN DE SOCIOS. La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios.

¹⁶⁶ Artículo 353. Código de Comercio. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes.

los aportes. Como regla excepcional, los socios de estas compañías responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie¹⁶⁷.

- d) **Sociedades por acciones:** Los artículos 252 y 373 del estatuto mercantil determinan que la responsabilidad de los socios en las Compañías por Acciones, entre ellas las anónimas, está limitado hasta el monto de sus respectivos aportes.

En resumen: Los socios colectivos y los socios gestores tienen responsabilidades solidarias con la sociedad y por el contrario, la responsabilidad de los socios de las compañías limitadas, anónimas y de las sociedades por acciones simplificadas son limitados y no superan al monto de los aportes sociales. No obstante, una revisión de las normatividades laboral y fiscal evidencia otra realidad.

- e) **Responsabilidad de los accionistas en las sociedades por acciones simplificadas.** Las sociedades por acciones simplificadas, reguladas por la ley 1258 de 2008, asimiladas por remisión legal a las sociedades anónimas, gozan de un régimen excepcional, pues aparte de la limitación de los accionistas a asumir responsabilidades comerciales, los exime, en forma expresa, de cualquier responsabilidad fiscal o laboral de la sociedad, de

En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades.

¹⁶⁷ Artículo 354. Código de Comercio. CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. El capital social se pagará íntegramente al constituirse la compañía, así como al solemnizarse cualquier aumento del mismo. El capital estará dividido en cuotas de igual valor, cesibles en las condiciones previstas en la ley o en los estatutos.

Los socios responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie.

conformidad con lo reglado en el artículo 1º de la mencionada ley. En reciente sentencia, la Corte Constitucional avaló la exequibilidad del citado artículo de la Ley 1258 de 2008 respecto de una demanda que pretendía su declaración de inconstitucionalidad por presuntamente vulnerar el derecho al trabajo y al Estado social de derecho. La Corte concluyó que justificaba estas limitaciones de la responsabilidad a fin de dotar a la empresa y a la economía de una herramienta ágil, hacer más competente a la industria, incentivar el desarrollo y permitir el flujo de capital e inversión, sin que se desconocieran los derechos de los empleados al consagrar dos excepciones al límite de la responsabilidad, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica y el uso abusivo del derecho al voto, instituciones incluidas expresamente en la ley, sin olvidar otras herramientas legales como las acciones de nulidad simulación, pauliana, de tutela¹⁶⁸.

ii. Responsabilidad en casos de insolvencia de empresas vinculadas a grupos empresariales.

En los casos de insolvencia o de liquidación judicial producida por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz o controlante y en contra de la sociedad en reorganización o en liquidación, habría responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de aquella, presumiéndose que la situación de concurso fue causada por la matriz o controlante. En esta situación, no obstante ser la controlante o matriz una sociedad anónima, surge la solidaridad con las obligaciones de la

¹⁶⁸ **Sentencia C-090 de 2014 de la Corte Constitucional.** Se lee en la parte correspondiente a los fundamentos de la decisión: “**5.2. Fundamento de la decisión.** El establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

subordinada. Originalmente esta obligación fue incorporada al párrafo del artículo 148 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁶⁹. Posteriormente esta norma ha sido reproducida en el artículo 61¹⁷⁰ de la Ley 1116/2006, de 27 de diciembre¹⁷¹, vigente en la actualidad.

En materia laboral, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-1023 de 2001, ha determinado que, para proteger las deudas fundadamente – mesadas pensionales y los aportes a salud – y hasta una decisión de fondo de la justicia ordinaria, es decir, en forma transitoria, debe proveerse por la controlante la liquidez necesaria para hacer efectivos esos derechos, en este caso, las mesadas pensionales¹⁷².

¹⁶⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995..

¹⁷⁰ Artículo 61. Ley 1116. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.

¹⁷¹ Colombia. Ley 1116/2006, de 27 de diciembre. Diario Oficial No. 46.494, 27 de diciembre de 2006.

¹⁷² **Sentencia SU-1023 de 2001.** Artículos: “**Octavo.- Ordenar** a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio y en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de mesadas pensionales, que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, ponga a disposición del Liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, los dineros suficientes a efecto de que éste proceda a la liquidación y pago de las mesadas adeudadas desde junio de 2001 a todos los pensionados a cargo de la CIFM. Igualmente pondrá a disposición del liquidador los recursos suficientes para que éste cancele, hacia el futuro y de manera oportuna, las mesadas que se vayan causando en la liquidación obligatoria a todos los pensionados de la CIFM, en cuanto sean exigibles y en la medida en que la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo.

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma.

iii. Responsabilidad solidaria en las liquidaciones por incumplimiento de deberes sociales.

En dos eventos desaparece la limitación de la responsabilidad de los socios en la liquidación social:

- a. **Cuando ocurra un incumplimiento del deber de llevar la contabilidad en forma regular.** El artículo 49 de la Ley 1116/2006, de 27 de diciembre¹⁷³, establece responsabilidad subsidiaria de administradores, controlantes o socios, en cualquier clase de sociedad, cuando no se cumpla con el deber de llevar la contabilidad en forma regular. Esta disposición ha sido calificada como desproporcionada en el caso de los socios, pues solo debería aplicarse en los casos en que los socios hayan incurrido en una conducta culposa.

- b. **Al existir un faltante para el pago del pasivo externo.** En el caso de haber incurrido los administradores, revisores o socios en conductas

Noveno.- Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio, en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de los créditos correspondientes a aportes de salud, que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, destine los dineros suficientes y cancele, en cuanto no lo haya hecho el liquidador que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, las deudas que esta Compañía tenga con las entidades prestadoras del servicio de salud por afiliación y aportes correspondientes a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café cancelará hacia el futuro, de manera oportuna y en cuanto la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo, los aportes a las entidades prestadoras del servicio de salud para garantizar hacia adelante el servicio a todos los pensionados de la CIFM, en liquidación obligatoria.

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma.”

¹⁷³ Colombia. Ley 1116/2006, de 27 de diciembre. Diario Oficial No. 46.494, 27 de diciembre de 2006.

dolosas que hayan desmejorado la prenda común de los acreedores –el patrimonio-, de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1116/2006, de 27 de diciembre¹⁷⁴, se obliga al pago subsidiario del faltante, sin importar la naturaleza de la sociedad.

iv. *Disregard* o levantamiento del velo corporativo.

El artículo 71 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁷⁵, adoptó por primera vez la figura del *disregard* o del corrimiento o levantamiento del velo corporativo, cuando el titular de las cuotas utilizare la empresa unipersonal en forma dolosa o fraudulenta a la ley¹⁷⁶.

Posteriormente, la Ley 1258/2008, de 5 de diciembre¹⁷⁷, o ley de las sociedades por acciones simplificadas S.A.S., en su artículo 42¹⁷⁸ introdujo la desestimación de la personalidad jurídica, cuando se utilice la sociedad

¹⁷⁴ Colombia. Ley 1116/2006, de 27 de diciembre. Diario Oficial No. 46.494, 27 de diciembre de 2006.

¹⁷⁵ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

¹⁷⁶ Artículo 71. Ley 222 de 1995. CONCEPTO DE EMPRESA UNIPERSONAL. Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.
La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

Parágrafo. Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

¹⁷⁷ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

¹⁷⁸ Artículo 42. Ley 1258 de 2008. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

para fines defraudatorios, creando una responsabilidad solidaria a los accionistas o administradores que participen o faciliten esos actos dolosos. Consideramos que, por vía de interpretación analógica, esta norma debe ser aplicable a las demás formas sociales¹⁷⁹.

v. Responsabilidad en materia laboral.

La legislación laboral, en el artículo 36¹⁸⁰ del Código Sustantivo del Trabajo, hace responsables solidarios a los socios de las sociedades de personas, hasta el límite de su responsabilidad. Una inicial interpretación judicial pretendía desvincular a las sociedades limitadas de esta responsabilidad, al haber remitido el Código de Comercio de 1971, en su artículo 372, la normatividad de las compañías limitadas a las reglas de las sociedades anónimas, por tanto, se presumía que se demeritaba su condición de sociedad personalista. Esta interpretación fue modificada mediante Sentencia de 26 de noviembre de 1992¹⁸¹, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual expresó que, a pesar del cambio legislativo del año 1971, en opinión de la más alta corte judicial: *“la preponderante y marcada presencia del elemento personal y su prevalencia sobre el elemento pecuniario”* ratificaba en las compañías de responsabilidad limitada su condición de sociedad de personas. Adicionalmente, añadía la Corte, que en caso

¹⁷⁹ Por Sentencia del 12 de octubre de 2013, la Superintendencia de Sociedades a través del Superintendente Delegado para asuntos mercantiles José Miguel Mendoza, en uso de las funciones jurisdiccionales delegadas a este ente estatal, se ha dictado la más importante decisión judicial sobre esta materia, la cual aplica la tesis del corrimiento del velo societario o del Disregard con ocasión de la utilización de un cuerpo empresarial de múltiples sociedades para obtener subsidios estatales. Esta decisión recoge precedentes de las justicias inglesa, norteamericana y argentina y hace un balance de los precedentes nacionales. (Expediente 66598, Radicación 2012-01-422655).

¹⁸⁰ ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

¹⁸¹ Colombia. Sentencia, de 26 de noviembre de 1992.

de duda, debería adoptarse el criterio más favorable al trabajador y, por tanto, sería obligatoria la responsabilidad solidaria de los socios con los deberes laborales de la compañía de naturaleza limitada, de conformidad con lo reglado por el artículo 36 del C.S.T. Esta jurisprudencia fue ratificada por la Sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 18 de noviembre de 1996, y por la Sentencia de la misma sala de abril 17 de 2012¹⁸².

En las sociedades por acciones simplificadas – S.A.S. – la Corte Constitucional ha ratificado la validez de la limitación en materia laboral de los accionistas de estas compañías, los cuales no responderán solidariamente de las obligaciones de la sociedad (Sentencia C-090 de 2014)¹⁸³.

¹⁸²Sentencia de 17 de abril de 2012. Radicación (Expediente) No. 39014. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrado ponente, Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Dijo entonces la Corte:

“El accionista no compromete su responsabilidad en los mismos términos que la persona natural o que el socio de las sociedades de personas. La tiene frente al ente social, en cuanto le corresponde pagar el precio de la acción, pero una vez efectuado, el carácter anónimo de su inversión lo desvincula de las obligaciones que asuma el ente social. El sistema que informa ese tipo de inversión económica no permite decir que el accionista sea titular de un derecho de propiedad sobre el ente social, sino de uno distinto que para el accionista se desarrolla a través de las deliberaciones y decisiones de la asamblea, dominadas por el principio de las mayorías. El sujeto de los derechos y las obligaciones es el ente social; el factor de comercio que recibe los beneficios o que asume las pérdidas es también el ente social; el dividendo es la medida del beneficio para el accionista y el riesgo de su inversión se concreta en la eventual pérdida de la misma. Pero el accionista no es propietario de la empresa.

“El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales.

“Cuando el artículo 252 del Código de Comercio establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación solo pueden ejercerse contra los liquidadores, esté (sic) precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 ibídem para decir que, como el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria (o individual), de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ni el régimen legal laboral extiende a ellos ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas.”.

¹⁸³ Ver pie de página 168.

vi. Responsabilidad en materia fiscal o tributaria.

En cuanto a las leyes fiscales o tributarias se destaca la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos, actualizaciones e intereses a cargo de la persona jurídica, tal como se consagra en los artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario¹⁸⁴,

¹⁸⁴ Artículo 793. Estatuto Tributario. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Fuente original compilada: L. 52/77 Art. 3o. Inciso modificado por el Inciso Final del Parágrafo 2o. del Artículo 51 de la Ley 633 de 2000. Responden con el contribuyente por el pago del tributo:

- a. Los herederos y los legatarios, por las obligaciones del causante y de la sucesión ilíquida, a prorrata de sus respectivas cuotas hereditarias o legados y sin perjuicio del beneficio de inventario;
- b. Literal modificado por el Inciso Final del Parágrafo 2o. del Artículo 51 de la Ley 633 de 2000. Los socios de sociedades disueltas hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación social, sin perjuicio de lo previsto en el artículo siguiente.
- c. La sociedad absorbente respecto de las obligaciones tributarias incluidas en el aporte de la absorbida;
- d. Las sociedades subordinadas, solidariamente entre sí y con su matriz domiciliada en el exterior que no tenga sucursal en el país, por las obligaciones de ésta;
- e. Los titulares del respectivo patrimonio asociados o copartícipes, solidariamente entre sí, por las obligaciones de los entes colectivos sin personalidad jurídica.
- f. Literal adicionado por el artículo 82 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Los terceros que se comprometan a cancelar obligaciones del deudor.

Artículo 794. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS POR LOS IMPUESTOS DE LA SOCIEDAD. Artículo modificado por el Inciso Final del Parágrafo 2o. del Artículo 51 de la Ley 633 de 2000.

Inciso 1o. modificado por el artículo 30 de la Ley 863 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

Inciso 2o. modificado por el artículo 30 de la Ley 863 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los miembros de los fondos de empleados, a los miembros de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los suscriptores de los fondos de inversión y de los fondos mutuos de inversión, ni será aplicable a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas.

Parágrafo. Parágrafo adicionado por el artículo 108 de la Ley 488 de 1998. En el caso de cooperativas, la responsabilidad solidaria establecida en el presente artículo, sólo es predicable de los cooperadores que se hayan desempeñado como administradores o gestores de los negocios o actividades de la respectiva entidad cooperativa.

Sobre la constitucionalidad de la limitación del riesgo societario, puede consultarse la Sentencia C-805 de 2004, de la Corte Constitucional, ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia se analiza la demanda de inexecutable de los artículos 252 y 373 del Código de Comercio vigente, relativos a la limitación de riesgos de los

modificados por las leyes 633 de 2000 y 863 de 2003. Se exceptúa de esta solidaridad a los accionistas de las sociedades anónimas y de las sociedades asimiladas a anónimas.

vii. Responsabilidad en materia cambiaria y aduanera.

En materia cambiaria y aduanera existen reglas similares a las tributarias que determinan una responsabilidad solidaria en relación con los socios de las sociedades de personas respecto de las obligaciones con el Estado¹⁸⁵, en particular el artículo 13 de la Ley 1066 de 2006, expresamente estipula esa responsabilidad solidaria y subsidiaria, la cual fue validada constitucionalmente por el máximo tribunal en la materia. *“Artículo 13. Solidaridad en materia cambiaria y aduanera. En materia aduanera y cambiaria se aplicará sobre el monto total de las obligaciones, la solidaridad y subsidiaridad en la forma establecida en el Estatuto Tributario. La vinculación se hará conforme al procedimiento señalado en el Título VIII del Libro Quinto de dicho ordenamiento y demás normas que lo adicionen y complementen.”*

accionistas de las sociedades anónimas y el fundamento constitucional del derecho de asociación. También ver Sentencia C-1201 de 2003.

¹⁸⁵ **Sentencia C 140 de 2007 Corte Constitucional**, se transcriben apartes de la mencionada jurisprudencia que es esclarecedora respecto de la ampliación de la responsabilidad solidaria y subsidiaria de los socios, de conformidad con el régimen general tributario. “La norma acusada extiende la responsabilidad por el pago de obligaciones aduaneras de tipo dinerario a personas distintas del principalmente obligado. Lo hace con la finalidad de asegurar el recaudo de las mismas, a fin de regularizar el pago de la cartera pública. Este es un objetivo de rango fiscal, y no de política comercial. Su efecto es el de radicar en cabeza de terceros obligaciones aduaneras que pueden ser de naturaleza tributaria (pago de aranceles o impuestos aduaneros) o de naturaleza sancionatoria (sanciones por violación al régimen aduanero). En cualquiera de los dos casos, la extensión de esta responsabilidad no puede ser establecida sino por el legislador, bien en razón del principio de legalidad del tributo, bien en virtud del principio de reserva de ley en materia de derecho sancionatorio.

Finalmente, como se dijo al analizar la norma acusada frente a la solidaridad en materia cambiaria, de manera general el establecimiento de la solidaridad por parte del ordenamiento jurídico es un asunto que tiene reserva de ley, en cuanto afecta directamente derechos individuales.”

Conclusión:

De este recuento de las diversas ópticas de la responsabilidad de los socios, tales como la típica comercial y sus casos especiales, la que reglamenta las relaciones laborales de trabajadores y la sociedad, la tributaria referida a su condición de contribuyente, de importador, de exportador o en el manejo de las divisas o cambiario, se deduce que el examen de responsabilidad que en ocasiones supera el estatuto mercantil, puesto que la sociedad como sujeto de derechos y deberes no se circunscribe al mundo normal de las operaciones comerciales, pues en muchas ocasiones encuentra enfrentado a situaciones anormales o relacionadas con empleados o trabajadores bajo un estatuto legal diferente y con el estado en interactiva forma permanente ya sea como contribuyente o destinatario de normas de aduanas o de cambios; también debe recordarse la existencia de regímenes excepcionales en determinados casos de violación a los deberes mercantiles propios de los socios, que pueden llegar no solo a la asunción de responsabilidades subsidiarias sino a reconocerse la existencia del mismo disregard, desconociéndose el velo corporativo social.

Por lo anterior, cuando la ley comercial colombiana y en general cuando cualquier estatuto mercantil se refiera a la modificación de la responsabilidad de los socios o accionistas, el análisis debe ser integral a fin de determinar si la condición que surja al socio con motivo de una fusión o escisión será más o menos gravosa. Este aspecto, obviamente es relevante en el derecho de receso.

6.2.3.2 Desmejora en sus derechos patrimoniales: En relación con la segunda posibilidad de ejercer el derecho de receso con ocasión de la transformación, fusión o escisión societaria relativa al demérito o desmejora en los derechos patrimoniales, en forma taxativa se enumeran algunos de estos eventos, entendiéndose que en las fusiones ese demérito puede ser tanto para los socios de la absorbida como de la absorbente, en los casos en que sea una fusión por absorción.

- i. **Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital social de la sociedad.** Este supuesto, relativo a las fusiones, ya sea con la finalidad de crear una nueva sociedad o de ser absorbida por otra, siempre se presentará, pues toda fusión conlleva a una rebaja en la participación social de los socios fusionantes, salvo que los socios de las sociedades sean los mismos y con iguales porcentajes. Se trata entonces de una presunción legal, que según el artículo 66 del Código Civil admite prueba en contrario. Por ejemplo, tener un diez por ciento de cien millones es lo mismo que tener un cinco por ciento de doscientos millones¹⁸⁶.
- ii. **Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés social o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota,**

¹⁸⁶ Esta concepción es compartida por el profesor Luis Carlos Neira quien así lo expresó en el texto *La Reforma al Código de Comercio. Ley 222 de 1995*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, p 279. NEIRA ARCHILA, Luis Carlos “Derecho de Retiro”., en ella sostuvo:

“a. “Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales”. Hay dos situaciones expresamente señaladas en la ley en esas reformas: aumento de la responsabilidad o desmejora de sus derechos patrimoniales. El párrafo del artículo 12 trae tres presunciones de la desmejora de los derechos patrimoniales: la disminución del porcentaje del socio en el capital de la sociedad; la disminución del valor patrimonial del derecho del socio, acción, cuota o parte de interés, o la reducción del valor nominal por una disminución. Esta no es una enumeración taxativa ya que la misma ley permite alargar otras circunstancias que conlleven esa desmejora patrimonial. Además, se trata de simples presunciones legales que naturalmente admiten prueba en contrario, según el artículo 66 del Código Civil. Por ejemplo, la disminución del porcentaje en el capital no produce en todos los casos una desmejora de los derechos patrimoniales del socio.”

siempre que se produzca una disminución de capital. Este supuesto podría darse en los eventos de fusiones en los que una de las sociedades tuviese un patrimonio negativo o en los que no fuese real el cálculo de la equivalencia para la recepción de las nuevas acciones, partes o cuotas. No parecería suficiente razón la simple reducción del valor nominal o la disminución del capital, pues, en técnica contable, siempre debería hacerse referencia al valor patrimonial.

- iii. **Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.** De la redacción del literal parecería que solo estaría referido a las sociedades anónimas o a las comanditarias por acciones, únicas en las cuales el Fondo Social se representa en acciones¹⁸⁷ y, en la actualidad, también a las sociedades por acciones simplificadas, lo cual conllevaría a un desequilibrio en el tratamiento de las diversas sociedades que sufran demérito en las reglas de negociación. En nuestra opinión, debe recurrirse a una interpretación analógica, lo cual llevaría a que la introducción del derecho de preferencia para la negociación de cuotas o partes de interés social también fuera una causal de receso.

6.2.3.3 Otra causal para ejercer el derecho de retiro o de receso es el retiro o cancelación voluntaria de las acciones en el Registro Nacional de Valores o en la bolsa de valores: Es obvio el demérito que aparece al retraerse la acción del mercado público, pues la pérdida de bursatilidad restringe el universo de posibles compradores.

¹⁸⁷ Ver pie de página número 104, en el que se transcribe el artículo 12 de la Ley 222 de 1995.

6.2.3.4 Causales convencionales: Surge una pregunta acerca de la posibilidad dentro de la ley colombiana de establecer causales diferentes a las aquí contempladas. Para este análisis debe recordarse cómo el artículo 110 del Código Mercantil, que regula el contenido del estatuto social, contempla en su numeral 14 la posibilidad de incluir “*los demás pactos que siendo compatibles con cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato*”. Es decir, que ciñéndose a los estatutos societarios, existe la facultad para acordar una libre estipulación de obligaciones y derechos adicionales, dentro de los cuales bien podrían estar otras causales o supuestos que dieran lugar al nacimiento del derecho de receso.

A este respecto nos remitimos a lo expuesto en el apartado 5.14 en el cual se analizó la posibilidad de establecer convencionalmente causales de separación por acuerdo unánime de los asociados y las reservas sobre la facultad de estipulación sin restricción alguna de facultades *ad nutum* o sea de voluntad unilateral de retiro, como única causa, por parte de los asociados.

6.3 TITULARES DEL DERECHO DE RECESO

El titular del Derecho, obviamente es el socio, calidad que debe tener al momento de ejercer esta facultad. Sin embargo, este aspecto aparentemente sin mayores dificultades en su interpretación o aplicación puede tener algunas precisiones en situaciones especiales como las que pueden modificar o alterar parcialmente los derechos inherentes a la

propiedad de esa participación en el fondo social. Analizaremos situaciones a saber:

6.3.1 Copropietarios, acreedores prendarios, usufructuarios, cuotas, acciones o derechos por fuera del Comercio.

1. Acciones o derechos en copropiedad.
2. Acciones o derechos sometidos a una garantía prendaria.
3. Acciones o derechos cuya propiedad se haya desmembrado en usufructo.
4. Acciones o derechos afectados por una medida de embargo.

1. Copropietarios: En el caso de la copropiedad de acciones o de partes o porciones en el capital social se deberán acoger las reglas establecidas para la designación de un representante de los copropietarios, quien será el facultado para ejercitar los derechos del socio entre ellos el de Receso¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Artículo 148. Código de Comercio. PROPIEDAD PROINDIVISO DE INTERÉS CUOTA O ACCIÓN. Si una o más partes de interés, cuotas o acciones pertenecieren proindiviso a varias personas, estas designarán quien haya de ejercitar los derechos inherentes a las mismas. Pero del cumplimiento de sus obligaciones para con la sociedad responderán solidariamente todos los comuneros.

Artículo 378. Código de Comercio. INDIVISIBILIDAD DE LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. Las acciones serán indivisibles y, en consecuencia, cuando por cualquier causa legal o convencional una acción pertenezca a varias personas, éstas deberán designar un representante común y único que ejerza los derechos correspondientes a la calidad de accionista.

A falta de acuerdo, el juez del domicilio social designará el representante de tales acciones, a petición de cualquier interesado.

El albacea con tenencia de bienes representará las acciones que pertenezcan a la sucesión ilíquida. Siendo varios los albaceas designarán un solo representante, salvo que uno de ellos hubiere sido autorizado por el juez para tal efecto. A falta de albacea, llevará la representación la persona que elijan por mayoría de votos los sucesores reconocidos en el juicio.

Normas similares se aplican en los casos de acciones o cuotas de interés que hagan parte de un proceso sucesoral¹⁸⁹.

2. **Acreeedores prendarios:** En las acciones que sirvan como garantía de obligaciones de sus titulares la titularidad de los derechos propios de la calidad de accionista continúan en cabeza del deudor prendario salvo estipulación o pacto expreso¹⁹⁰, por lo cual el Derecho de Receso lo debe ejercer el accionista o socio.
3. **Usufructo:** En relación con las acciones dadas en usufructo la ley traslada al usufructuario todos los derechos inherentes a la calidad de accionista con

¹⁸⁹ Colombia. Circular Externa 106-00004, 10 de marzo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, en la cual se relaciona la normativas de la legislación civil relativas a la representación de la sucesión ilíquida así:

En cuanto se refiere a la representación de las acciones de la sucesión ilíquida, por mandato de la ley, corresponde a las siguientes personas según el caso:

- 1) *Cuando hay albacea con tenencia de bienes corresponde a él la representación.*
- 2) *Siendo varios los albaceas, debe designarse un solo representante, salvo que uno de los haya sido autorizado por el juez para el efecto.*
- 3) *Si no hay albacea, o habiéndolo este 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.*
- 4) *En el evento de que no existan sucesores reconocidos, la representación le corresponderá al curador de la herencia yacente designado por el juez, cuando la herencia haya sido declarada yacente (Artículo 1297 del Código Civil).*
- 5) *Cuando ninguna de las situaciones anteriormente expuestas se verifique, no existe una persona que pueda representar válidamente los derechos de acciones de la sucesión ilíquida, por lo cual será necesario promover ante el juez la declaratoria de la herencia yacente y la designación del curador que la representa.*

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.

Para el caso del cónyuge sobreviviente, la representación y administración de los bienes que conforman la sociedad conyugal ilíquida le corresponde ejercerla a éste, conjuntamente con el albacea o con los herederos que hayan aceptado la herencia, en los términos del artículo 595 del Código de Procedimiento Civil.

Esta circular rige a partir de la fecha de su publicación en el diario oficial y deroga la circular externa número 025 de noviembre 18 de 1997.

¹⁹⁰ ARTÍCULO 411. Código de Comercio. DERECHOS DEL ACREEADOR PRENDARIO. La prenda no conferirá al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista sino en virtud de estipulación o pacto expreso. El escrito o documento en que conste el correspondiente pacto será suficiente para ejercer ante la sociedad los derechos que se confieran al acreedor; y cuando se trata de acciones al portador, dicho documento será suficiente para que el deudor ejerza los derechos de accionista no conferidos al acreedor.

excepción del de enajenar u obtener el reembolso en caso de liquidación. Por vía de interpretación al ser el receso equivalente a una enajenación en la cual se reembolsa la participación en el capital social, se considera que el derecho lo conserva el nudo propietario y no el usufructuario¹⁹¹.

4. **Acciones o derechos por fuera del comercio:** Las acciones, derechos, partes de interés o cuotas sociales podrán ser objeto de embargo por cuenta de los acreedores y por tanto sustraídos del comercio. La respuesta sobre quien está facultado para ejercitar el Derecho de Receso, debe ser el mismo titular, pues el embargo tan solo le restringe la posibilidad de enajenación. En caso del reintegro por liquidación o ejercicio del derecho de receso de la participación en el capital social continuaría embargado y no a disposición del titular. De esta manera se preservarían los derechos del acreedor y la posibilidad de ejercer el derecho de receso¹⁹².

6.3.2 Cesión del derecho de receso. Por último, la cesión de acciones, cuotas o partes de interés social en las cuales se haya ejercido el derecho de

¹⁹¹ ARTÍCULO 412. Código de Comercio. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO-RESERVA DEL NUDO PROPIETARIO. Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación.

Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas, conforme a lo previsto en el artículo anterior.

¹⁹² ARTÍCULO 142. Código de Comercio. EMBARGO DE ACCIONES. Los acreedores de los asociados podrán embargar las acciones, las partes de interés o cuotas que éstos tengan en la sociedad y provocar su venta o adjudicación judicial como se prevé en este Código y en las leyes de procedimiento.

ARTÍCULO 408. Código de Comercio. NEGOCIACIÓN DE ACCIONES CUYA PROPIEDAD ESTE EN LITIGIO. Para enajenar acciones cuya propiedad esté en litigio, se necesitará permiso del respectivo juez; tratándose de acciones embargadas se requerirá, además, la autorización de la parte actora.

receso, no parece tener ninguna restricción, pues el cedente está transfiriendo al cesionario la totalidad de sus derechos entre ellos el de receso y el proceso de obtener el reintegro de la participación en el capital social. Situación diferente se presenta si el cedente no ejerció su Derecho de Receso y posteriormente cede sus acciones, cuotas o partes de interés social, pues en este caso la cesión no transferiría el derecho de ejecutar el Receso, pues solo está facultado para ese ejercicio al titular de la acción o de los derechos al momento en que se originó la causal de retiro.

6.4 DISIDENTES, AUSENTES Y ABSTENCIONISTAS

El ejercicio del derecho de receso o de retiro obedece a un acto de voluntad del socio ausente o disidente, sin facultarse en la legislación nacional a los abstencionistas para ejercer este derecho, pues se presume que si estos últimos no expresaron su voluntad contraria, pudiendo realizarlo, no tendrían interés en esa decisión. Como ya se expresó tampoco estarían facultados aquellos socios que adquirieron esa calidad con posterioridad a la decisión de la cual surge el derecho de receso. Por tanto, para ejercer el derecho de receso, debe probarse la calidad de socio al momento en el cual se origina la causal que les fundamenta.

Vale la pena entonces definir quién es **disidente**, quién es **ausente** y quién es **abstencionista**.

6.4.1 El disidente. Según la Academia de la Lengua Española, María Moliner o don Manuel Seco, disidente es quien se separa de la común ocurrencia o doctrina. En el mundo jurídico societario, es quien fue minoritario en la toma de decisiones del órgano social.

6.4.2 El ausente. Es quien no está en el lugar, el que está separado de una cosa o lugar. En el plano jurídico se emplea en el mismo sentido anterior, o sea, se dice del asociado que no concurrió a la votación de una decisión social.

6.4.3 El abstencionista. Este término se encuentra mejor descrito por María Moliner¹⁹³ que por la misma Real Academia de la Lengua Española. El abstencionista es quien se impide a sí mismo de intervenir en ciertas cosas o asuntos, como las decisiones sociales, en el plano jurídico societario¹⁹⁴.

Como se indico en la ley mercantil nacional, se les otorga la facultad del ejercicio del derecho de retiro al socio ausente y al socio disidente y se castiga al socio abstencionista, negándole esa facultad. Este castigo, en muchas ocasiones, carece de justificación, pues la no intervención del asociado puede corresponder a desconocimiento del tema, a presiones en la votación de las decisiones del órgano social y no a simple desinterés, como es de común recibo aceptar. En otras legislaciones, como la italiana, recientemente se ha reivindicado este derecho para el abstencionista.

6.5 PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL RECESO

¹⁹³ MOLINER, MARIA. Diccionario de uso el español. Madrid: Editorial Gredos. 1998.

¹⁹⁴ Sobre el asociado abstencionista ha dicho la Superintendencia de Sociedades, en concepto que no se comparte, pues consideramos que en muchos casos puede asimilarse el abstencionista al disidente, que: “De otra parte, le informo que esta oficina no comparte su criterio y recaba en el hecho de que un socio que, encontrándose presente durante una reunión del máximo órgano social se abstiene de emitir su voto, no puede considerarse disidente, ni mucho menos ausente, conforme lo expresó en el Oficio 220-086969 aludido. Lo anterior encuentra sustento en la misma argumentación contenida en su escrito con el cual presenta una clara definición de la palabra “*disidente*”, según la cual, tendrá tal calidad quien se opone a una decisión, lo cual, aplicado al campo del derecho societario, se traduce en la calidad predicable del socio que encontrándose presente durante la reunión, o debidamente representado, expresa su voto **oponiéndose** a la medida sometida a consideración del órgano societario.” (Oficio 220-133330 del 29 de diciembre de 2008 de la Superintendencia de Sociedades).

6.5.1 Información. Una primera condición para el ejercicio del derecho de receso debe ser la posibilidad y la facilidad de acceso a la información sobre los elementos en que se basan las transformaciones, fusiones o escisiones y el proyecto para el desarrollo de las mismas. Esta información debe estar disponible en las oficinas de la administración social, por lo menos 15 días hábiles antes de la reunión en la que se considerará la propuesta. En los avisos de convocatoria, aparte de informar la finalidad de la misma, es necesario indicar la posibilidad de los socios de ejercer el derecho de retiro.

6.5.2 Plazo y forma para su ejercicio. Los socios ausentes o disidentes deberán ejercer su derecho de retiro dentro de los ocho (8) días siguientes a la reunión en la que se adoptó la decisión por la asamblea que da lugar a la causal de receso. La falta de una información pública sobre la decisión adoptada puede ocasionar dificultades para el ejercicio del derecho al socio ausente, al desconocerse el contenido exacto de lo allí decidido, por lo cual es obligatoria esa información y su ausencia sería causal de nulidad del acto.

El retiro se anunciará por el socio recedente a la sociedad en el plazo mencionado y tendrá efectos frente a la sociedad desde el momento en que esta reciba la comunicación escrita, y, ante terceros, desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de accionistas, dependiendo, claro está, del tipo de sociedad.

6.5.3 Facultades de la Superintendencia de Sociedades para decidir sobre la existencia de la causal. En caso de discrepancia acerca de la existencia

de la causal, y siempre que no exista pacto arbitral, se tramitará esta diferencia ante la Superintendencia de Sociedades.¹⁹⁵

6.5.4 Opción de compra. Esta etapa previa, al receso, persigue como finalidad permitir la desvinculación del socio recedente. Para estos efectos, se creó una especie de derecho de preferencia para los demás socios, a fin de que estos manifiesten su interés en adquirir las acciones, cuotas o partes del socio recedente, evento en el cual la sociedad informará a los demás socios dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la notificación del retiro de la sociedad. Por su parte, los socios tendrán quince (15) días para expresar su voluntad de compra a prorrata de su participación en el capital social. No obstante parece ser extravagante este derecho de preferencia, al ser una fórmula que concilia el derecho de retiro de la sociedad y el derecho de los demás consocios a continuar sin demérito para terceros de la prenda general o patrimonio social.

6.5.5 Adquisición por la sociedad y órganos autorizados para su ejercicio.

Si los socios no adquirieren total o parcialmente las acciones, cuotas o partes ofrecidas, obligatoriamente las debe readquirir la sociedad, siempre

¹⁹⁵ Artículo 2. Decreto 1080 de 1996. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

La Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

Numeral 23. Desarrollar en relación con el derecho de retiro de los socios ausentes o disidentes, las señaladas en la Ley 222 de 1995, tales como:

- a. **Determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando se establezca que el reembolso afecta sustancialmente la prenda común de los acreedores.**
- b. **Establecer plazos adicionales a dos meses, pero no superiores a un año, para que la sociedad reembolse las cuotas, acciones o partes de interés a quien hubiere ejercido el retiro de la sociedad.**
- c. **Adelantar el trámite correspondiente en caso de discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro.**

y cuando tenga reservas destinadas a ese fin. Surge aquí el interrogante acerca de cuál debe ser el órgano social que acepte la readquisición de acciones en el caso a estudio. En nuestro concepto, si existen reservas con destino específico, la ley obliga al representante legal a cumplir este mandato, aun por encima de sus facultades estatutarias, pues es un precepto de orden público de inexcusable cumplimiento. En caso de no haber reservas, esta decisión corresponde al máximo órgano social.

6.5.6 Empresa unipersonal. En caso de que la adquisición de las acciones, partes o cuotas, al ejercerse la opción de compra atrás relacionada, conlleve a la consolidación en un solo socio de la propiedad del Fondo Social, podría surgir una **empresa unipersonal**. Siguiendo los lineamientos del artículo 81 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁹⁶, que regula esta especie de comerciante social, no repugnaría esta posibilidad, para lo cual debería solemnizarse e inscribirse esta situación en el Registro Mercantil y podría adoptar la naturaleza de sociedad por acciones simplificada, en un plazo no superior a seis meses.

¹⁹⁶ Artículo 81. Ley 222 de 1.995. *CONVERSION EN EMPRESA UNIPERSONAL*. Cuando una sociedad se disuelva por la reducción del número de socios a uno, podrá, sin liquidarse, convertirse en empresa unipersonal, siempre que la decisión respectiva se solemnice mediante escritura pública y se inscriba en el registro mercantil dentro de los seis meses siguientes a la disolución. En este caso, la empresa unipersonal asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta.” Este plazo ha sido ampliado a diez y ocho meses por el artículo 24 de la ley 1429 de 2010. *ARTÍCULO 24. DETERMINACIÓN DE LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE UNA SOCIEDAD*. Cuando la disolución requiera de declaración por parte de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios, los asociados, por la mayoría establecida en los estatutos o en la ley, deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva e inscribirán el acta en el registro mercantil.

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.

Cuando agotados los medios previstos en la ley o en el contrato para hacer la designación de liquidador, esta no se haga, cualquiera de los asociados podrá acudir a la Superintendencia de Sociedades para que designe al liquidador. La designación por parte del Superintendente procederá de manera inmediata, aunque en los estatutos se hubiere pactado cláusula compromisoria.

La referida designación se hará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

6.5.7 Disolución. Una situación que merece ser estudiada con ocasión de la readquisición obligatoria de la sociedad que se establece en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre¹⁹⁷, sería aquella en la cual por efecto de la readquisición surgiera una causal de disolución. No parecería lógica esta conclusión cuando el espíritu que anima la legislación es el de la supervivencia del ente societario y, por tanto, se podría acudir al plazo legal establecido para subsanar la causal de disolución.

6.6 REEMBOLSO

6.6.1 Plazo. Surtida esta etapa previa sin que los socios o la sociedad hayan adquirido la totalidad de las acciones, cuotas o partes sociales, el socio recedente tendrá derecho a exigir el correspondiente reembolso dentro de los **dos meses** siguientes al dictamen o avalúo parcial, en caso de ser necesario llegar a esta instancia. Sin embargo, las partes podrán convenir un plazo diferente. De esta manera el socio se transforma en acreedor social con derecho a exigir el reembolso ejecutivamente.

6.6.2 Avalúo. Las partes de común acuerdo podrán avaluar las cuotas, partes o acciones. En caso de discrepancia, la Superintendencia respectiva designará peritos para el efecto. Sin embargo, en los estatutos sociales podrán fijarse métodos diferentes para establecer su valor, obviamente, sin que ello implique un enriquecimiento sin causa, prohibido por el artículo 831 de la codificación mercantil.

¹⁹⁷ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

En este caso, y para efectos de un avalúo, debe recordarse cómo la normatividad contable ha clasificado en diversa forma los estados financieros. En primer lugar, aquellos denominados de propósito general o sea que se preparan al final de los períodos contables, para ser conocidos por un público indeterminado de un ente económico. En segundo lugar, de otro lado, los de propósito especial, destinados a satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. En tercer y último lugar existen los estados financieros extraordinarios¹⁹⁸, que sirven como base para realizar ciertas actividades. Algunos ejemplos de estados financieros extraordinarios son los destinados a:

1. La oferta pública de valores.
2. La transformación.
3. La fusión.
4. La escisión.
5. La venta del establecimiento de comercio.
6. Las solicitudes de concurso.

Cualquiera de estos estados financieros contiene valores contables históricos que desconocen la actualización de los mismos y de otros activos, tales como la organización, el *good will*, el valor de marcas, patentes y mercados. Por lo cual,

¹⁹⁸ Definidos en el artículo 29 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993 así: “Son estados financieros extraordinarios, los que se preparan durante el transcurso de un período como base para realizar ciertas actividades. La fecha de los mismos no puede ser anterior a un mes a la actividad o situación para la cual deban prepararse.

Salvo que las normas legales dispongan otra cosa, los estados financieros extraordinarios no implican el cierre definitivo del ejercicio y no son admisibles para disponer de las utilidades o excedentes.

Son estados financieros extraordinarios, entre otros, los que deben elaborarse con ocasión de la decisión de transformación, fusión o escisión, o con ocasión de la oferta pública de valores, la solicitud de concordato con los acreedores y la venta de un establecimiento de comercio.”

sin desconocer su validez, evidentemente son recortados o limitados como base para una valoración real¹⁹⁹.

Estos comentarios coinciden con lo expuesto para los avalúos de los derechos en el caso del socio excluido, tal como se explicó en el respectivo capítulo (literal b del capítulo 4.1.3).

¹⁹⁹ En sentido similar y respecto de la ley argentina se ha expresado el profesor Nicolás Di Lella.

“III. Valuación Real de Acciones Recedidas. Activos Intangibles Autogenerados.

Las consideraciones antes expuestas carecerían de eficacia si al ejercerse el derecho de receso las acciones fueran reembolsadas a valor nominal (libro), sin observar su valor real. De nada sirve consagrar el derecho de receso como instrumento de protección al accionista si no se lo ampara con la justa determinación del valor de su participación social. Si los cálculos fueran realizados con bases reales se impediría el enriquecimiento sin causa-tanto de los accionistas como los de la sociedad-, repudiado por el derecho y atentatorio de la más elemental justicia.

En concordancia, importante doctrina se ha pronunciado en contra del sistema del art. 245 de la Ley de Sociedades Comerciales, y a favor del valor real en el reembolso de las acciones recedidas, por entender que las cifras del último balance realizado o a realizarse conforme normas legales o reglamentarias usualmente consagran una injusticia contra los intereses de los recedentes, pues las valuaciones de los bienes de la empresa, y en especial los bienes de uso, no se adecuan al valor de realización. Ello se agrava si se admite que los estados contables son confeccionados con la anuencia –indirecta en razón de su poder de elección de administradores- de las mismas mayorías que provocan el acto societario causal del receso. Son conocidas las dificultades que deben soportar quienes cuestionan los estados contables, cuando éstos no participan con la administración del ente y sólo tienen acceso muy indirecto a la contabilidad social.

Hay una gran cantidad de elementos susceptibles de ser cuantificados cuando se trata de valorar una empresa en marcha, que no son reflejados en los valores insertados en balances ordinarios conforme las normas contables, dirigidas especialmente al objetivo del balance de ejercicio. Sí, en cambio, se hallan reflejados en balances especiales, por su estructura y características propias.

La importancia que actualmente tienen dichos elementos, tales como, marcas, participación en el mercado, liderazgo, *management*, prestigio, perspectivas, una estructura organizada y experimentada; personal calificado, dirección experta y probada; es indiscutida. Estos elementos, que entre otros, constituyen el “valor lleve” de una empresa, agregan a la misma un plus valor en su cuantificación que no puede ser nunca desconocido, y mucho menos serle indiferente, al valorar la participación del accionista que ejerce el derecho de receso.

En este sentido, resulta claro el perjuicio que podría sufrir el recedente cuyas acciones a reembolsar son valuadas deficientemente, como sería en el caso de que la sociedad fuere vendida con posterioridad al receso del accionista, operación donde los demás socios sin lugar a dudas no requerirían al comprador el valor nominal del paquete accionario, al tenerse en consideración activos autogenerados propios de la empresa en los balances especiales, el accionista recedente recibirá el valor íntegro y real de sus acciones al ejercer el derecho de receso, evitando que este instituto societario de gran importancia, se torne falaz e inicuo, y al mismo tiempo, amparará al derecho constitucional de propiedad de los accionistas manteniéndose incólume.

En orden a ello, la incorporación del valor lleve en los estados contables especiales (ad-hoc) sería de utilidad frente al retiro de un socio, a fin de que tal rubro que el recedente colaboró a conformar le sea reconocido. **Pero para ello resulta necesaria la reforma del art. 245 e la Ley de Sociedades Comerciales, con el objetivo de adecuar la valuación de las acciones del recedente a nuevos parámetros que reflejen valores intangibles autogenerados.** Es asimismo adecuado que una futura reforma instrumente la confección de tales Balances Especiales.”

Por último, debe tenerse de presente lo dispuesto por el artículo 136 de la Ley 446/1998²⁰⁰, relativo a la fijación por peritos del valor de reembolso en los casos previstos por la ley²⁰¹.

6.6.3 Rebaja de capital. El reembolso ocasionado por el ejercicio del derecho de receso implica una rebaja en el capital social de la compañía. Hasta la reforma contenida en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁰², toda disminución que operara en el capital fruto de un reembolso a un socio debería cumplir los trámites prescritos en el artículo 145 del estatuto mercantil, previa autorización de la Superintendencia de Sociedades y siempre que se cumplieren unas condiciones objetivas, que eran: i. Ausencia de pasivos sociales; ii. Que, una vez hecho el reembolso, la relación entre activos y pasivos fuere superior al doble de los primeros; iii. Que se obtuviere el asentimiento expreso de todos los acreedores; iv. Una aprobación del funcionario competente del Ministerio de Trabajo, después de revisar la garantía de los derechos laborales.

Esta norma no es aplicable en el estatuto del derecho de retiro o receso, regulado en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁰³, pues se reglamentó íntegramente la

²⁰⁰ Colombia. Ley 446/1998, de 7 de julio. Diario Oficial No. 43.335, 8 de julio de 1998.

²⁰¹ Artículo 136. Ley 446 de 1998. Si con ocasión del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley o del ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuotas sociales o partes de interés surgen discrepancias entre los asociados, o entre éstos y la sociedad respecto al valor de las mismas, éste será fijado por peritos designados por las partes o en su defecto por el Superintendente Bancario, de Sociedades o de Valores, en el caso de sociedades sometidas a su vigilancia.

Tratándose de sociedades no sometidas a dicha vigilancia, la designación corresponderá al Superintendente de Sociedades.

En uno u otro caso, se procederá conforme se indica en el artículo anterior.

²⁰² Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁰³ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

materia, y opera, por tanto, una derogación tácita parcial del artículo 145 del Código Mercantil en los casos de transformación, fusión y escisión societaria. Confirman la anterior opinión las facultades otorgadas a la Superintendencia de Sociedades para conceder plazos para el reembolso del capital no superiores a un año y aun para impedir el ejercicio del derecho de retiro, declarando su improcedencia, si se estableciere que el reembolso afectare sustancialmente la prenda común de los acreedores²⁰⁴.

Esta última regla, aparentemente sana en su finalidad, puede tornarse injusta para los socios minoritarios afectados por decisiones mayoritarias contrarias a sus intereses, pues se les obliga a continuar indefinidamente en la sociedad en situaciones desventajosas. Sería deseable una reforma legislativa que obligara a los socios que desean continuar y que han dado lugar a la causal de retiro a suscribir el capital equivalente al reembolso, cuando opten por la transformación, fusión o escisión. De esta manera se salvaguardan los derechos patrimoniales de terceros y se hace viable el derecho de receso, sin obstaculizar los cambios pretendidos por los socios mayoritarios, los cuales finalmente, por su actuar

²⁰⁴ Artículo 16. Ley 222 de 1995. REEMBOLSO. En los casos en que los socios o la sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el retiro dará derecho a quien lo ejerza a exigir el reembolso de las cuotas, acciones o partes de interés restantes. El valor correspondiente se calculará de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, el avalúo se hará por peritos designados por la Cámara de Comercio del domicilio social. Dicho avalúo será obligatorio. En los estatutos podrán fijarse métodos diferentes para establecer el valor del reembolso.

Salvo pacto en contrario, el reembolso deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes al acuerdo o al dictamen pericial. Sin embargo, si la sociedad demuestra que el reembolso dentro de dicho término afectará su estabilidad económica, podrá solicitar a la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control, que establezca plazos adicionales no superiores a un año. Durante el plazo adicional se causarán intereses a la tasa corriente bancaria.

Dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión respectiva, la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control, podrá, de oficio o a petición de interesado, determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando establezca que el reembolso afecte sustancialmente la prenda común de los acreedores.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en materia de responsabilidad de los socios colectivos, quienes ejerzan el derecho de retiro en los términos previstos en la ley, responderán en forma subsidiaria y hasta el monto de lo reembolsado, por las obligaciones sociales contraídas hasta la inscripción del retiro en el Registro Mercantil. Dicha responsabilidad cesará transcurrido un año desde la inscripción del retiro en el Registro Mercantil.

voluntario, dieron lugar al surgimiento de las causales de receso y, además, se preservaría la continuidad de la vida social.

Debe observarse cómo esta facultad de la autoridad de vigilancia, la Superintendencia de Sociedades, tendiente a determinar la procedencia del receso no opera cuando existen utilidades para la recompra de acciones, pues allí no habría rebaja patrimonial.

6.7 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL RECESO

El ejercicio del derecho de receso conlleva responsabilidades de los diferentes actores, tales como el recedente, o sea, quien ejerce el derecho de receso, de los socios que continúan en la sociedad y de esta última. A continuación se precisarán estas responsabilidades.

6.7.1 Responsabilidad del socio recedente. Incrementando blindajes o garantías a los acreedores, el artículo 16 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁰⁵, ha establecido una responsabilidad subsidiaria y hasta el monto de lo reembolsado, para quienes ejerzan el derecho de retiro, por las obligaciones existentes hasta la fecha de inscripción en el Registro Mercantil y, consideramos también, desde la fecha del registro en el libro de accionistas, pues, por descuido legislativo, en el párrafo del artículo 16 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁰⁶, no se mencionó este último evento, el cual sucede en las sociedades por acciones. Esta responsabilidad de los recedentes cesará transcurrido un año después del correspondiente registro.

²⁰⁵ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁰⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

No obstante la adecuada finalidad de estas normas, es indudable el riesgo y la situación de indefensión que se originará a los socios recedentes, al responder patrimonialmente, a pesar de estar ausentes durante el año siguiente al retiro, ya sea de la administración o de la vigilancia en la marcha de los negocios sociales. Así mismo, si la sociedad, durante los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, llegase a revocar el supuesto que originó el ejercicio del derecho de retiro por parte de uno de los asociados, a éste le restituirán sus derechos económicos, sin embargo, no se revocarán las decisiones sociales tomadas durante este lapso, las cuales pueden llegar a ser sustancialmente perjudiciales para el frustrado asociado recedente. Una medida que atenuaría este desequilibrio podría ser el legitimar al socio recedente para ejercer las acciones sociales de responsabilidad de los administradores establecidas en el artículo 25 de la Ley 222/1995²⁰⁷, o habilitar un plazo para impugnar las decisiones sociales una vez vuelva a tener la calidad de socio.

²⁰⁷ Artículo 25. Ley 222 de 1995. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

Estas disposiciones sobre responsabilidad, según el párrafo del citado artículo 16 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁰⁸, parecerían no ser aplicables a los socios recedentes en las sociedades colectivas, al tener un régimen aun más riguroso, como lo predica el artículo 301 del Código Mercantil. En este régimen no solo se responde hasta por lo reembolsado, sino en forma subsidiaria e ilimitada por las obligaciones sociales anteriores hasta transcurrido un año de la inscripción de la cesión.

6.7.2 Responsabilidad de los socios que continúan. Los socios que continúan responderán por:

- a) Las obligaciones del socio recedente desde el momento en que se formalice el receso.
- b) El pago del precio, en caso de adquirir total o parcialmente las acciones o partes sociales que se receden.

6.7.3 Responsabilidad de la sociedad. En la etapa previa al receso típico, la ley nacional ha creado una instancia equivalente a un derecho preferencial de compra por la sociedad al socio recedente. La sociedad estará obligada a readquirir las acciones si tuviere reservas para ello y, por tanto, responderá por el reembolso del valor correspondiente al recedente.

6.8 CADUCIDAD DEL DERECHO DE RECESO

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁰⁹, la acción del derecho de receso tiene un plazo muy corto de ocho días para ser

²⁰⁸ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁰⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

interpuesta por los socios ausentes o disidentes, contados a partir de la fecha en la cual se adoptó la decisión que sirve como causal para ejercer el derecho. Claro que los procesos de transformación, fusión y escisión están precedidos de publicidad y de la manifestación expresa de la posibilidad del retiro. Sin embargo, parecería corto el espacio temporal, particularmente por aspectos formales, tales como la obtención de la prueba del acto o decisión fundante del receso, cuyo registro puede retrasarse y no coincidir con la fecha de su adopción, siendo este el medio legal para conocer los socios la causal de receso.

6.9 REVOCACIÓN DE LA CAUSAL DEL RECESO

Si el órgano social competente revocare, dentro de los sesenta días a su adopción, la decisión que originó el nacimiento del derecho de receso, éste caducará, readquiriendo el socio recedente las acciones, cuotas o partes de interés y retrotrayéndose los derechos de naturaleza patrimonial al momento de la notificación del retiro al representante legal. Esta posibilidad que contempla el artículo 14 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²¹⁰, como ya se anotó, puede originar múltiples controversias y una gran inseguridad jurídica para la sociedad y para los socios recedentes, por lo cual sería deseable establecer un mayor grado de responsabilidad sobre las decisiones adoptadas durante ese período, otorgándole al recedente la acción social de responsabilidad contra los administradores de que trata el artículo 25 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²¹¹, o como ya se dijo, ampliando el término para impugnar las decisiones sociales.

²¹⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²¹¹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

6.10 TRÁMITE INDEPENDIENTE POR CADA RECEDENTE

Pueden concurrir en varios socios las mismas causales de receso, sin embargo, el estatus de cada uno de ellos en relación con la sociedad es independiente y autónomo y, como se ha insistido, por la esencia plurilateral de las relaciones entre socio y sociedad, el trámite y decisión sobre el ejercicio del derecho de receso es de naturaleza individual. No obstante, debe respetarse el mandato constitucional de igualdad, que se traduce en que las decisiones de los máximos órganos sociales deben ser de carácter general y que se debe observar como obligación de los administradores dar un trato equitativo a todos los socios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del Código de Comercio y 23, numeral 6º, de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²¹².

6.11 RECESO PARCIAL

No parecería factible el ejercicio parcial del derecho de receso por las razones que a continuación se exponen: si el asociado considera vulnerados sus derechos y, por tanto, se considera facultado para exigir el retiro y el reembolso de lo aportado a la sociedad, no guarda lógica jurídica que ejerza esta facultad sobre unos derechos, partes o acciones y no sobre todo los derechos igualmente afectados. Una solución diferente desdibujaría la esencia de este derecho de receso, pues el facultado estaría manifestando que una parte de sus cuotas, partes o acciones se ha afectado y la otra, objeto del mismo escenario jurídico, no ha tenido esa afectación o simplemente no le interesa al titular protegerla.

²¹² Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

Incluso, en caso de permanecer parcialmente el socio recedente en la sociedad, se daría la situación absurda de poder adquirir en forma parcial sus derechos.

6.12 NATURALEZA DEL DERECHO DE RETIRO Y RENUNCIA

El artículo 17 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²¹³, señala que será ineficaz toda estipulación que despoje a los socios del derecho de retiro, que modifique su ejercicio o lo haga nugatorio. Lo cual lleva a que, al tenor del artículo 897 del Código de Comercio, estas disposiciones no producirían efectos²¹⁴. Tampoco podrán introducirse modificaciones en reformas posteriores al estatuto social que impida el ejercicio del derecho de receso.

²¹³ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²¹⁴ Artículo 897. Código de Comercio. INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Se transcribe la opinión del tratadista Jorge Hernán Gil sobre la forma de consagración en la legislación colombiana.

“I. Sanción de Tipo Especial A. Forma de Consagración

El legislador fue específico y determinante al establecer, en el capítulo VII del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio, bajo el título: “Ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad”, todo lo referente a las sanciones que afligen los contratos y obligaciones mercantiles, otorgándole entidad propia y autónoma a la ineficacia. Sin embargo, si bien la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad y la inoponibilidad se rigen por reglas claras y objetivas que permiten al juzgador e intérprete, derivar los efectos legales pertinentes, una vez constatada la causa o motivo que vicia el acto o contrato; tal circunstancia no ocurre en relación con la ineficacia. En efecto, resulta fácil concluir que la omisión de un requisito esencial o de una formalidad sustancial, acarrea la inexistencia (Art. 898 C.Co.); o que la violación de una norma imperativa o la celebración del contrato por un incapaz absoluto, genera la nulidad absoluta (Art. 899 C. Co.); pero no existe tal claridad en relación con la ineficacia. Por el contrario, con respecto a esta especial sanción, la única regla que puede anotarse es que su ACAECIMIENTO CARECE DE REGLAS O PARÁMETROS PREDETERMINADOS Y SE PRODUCE POR EL SIMPLE CAPRICHOS DEL LEGISLADOR. Donde la norma mercantil establezca que el acto o contrato ES INEFICAZ, NO PRODUCE EFECTOS, SE TIENE POR NO ESCRITO, CARECERÁ DE EFECTOS O PARA QUE PRODUZCA EFECTOS; ALLÍ HAY UNA CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA INEFICACIA. Si el legislador expresamente no hubiera señalado que la violación a la norma respectiva produce ineficacia (con cualquiera de las palabras o frases indicadas anteriormente), el efecto sería distinto y generalmente se incurriría en la nulidad absoluta. Por tanto, constituyendo una sanción sui generis, las razones por las cuales el legislador consagra la ineficacia son de diversa índole y siempre extrínsecas a la relación jurídica.” (Teoría general de la ineficacia. 2007. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. Págs. 49 y siguientes)

No obstante, la renuncia del derecho de receso es válida una vez haya nacido o se haya consolidado y ya no sea una mera expectativa. Esta renuncia debe ser individual e independiente para cada causal.

Esta normatividad sobre la irrenunciabilidad del derecho de receso es de las llamadas de orden público y, por tanto, no es de libre disposición de las partes, por lo cual, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil²¹⁵, no es renunciable.

La ineficacia aquí descrita es una de las sanciones del acto jurídico establecidas en la legislación mercantil al igual que la inoponibilidad, la inexistencia, las nulidades absolutas o relativas. No obstante su descripción legal, para que realmente surta efectos, en concepto de la Superintendencia de Sociedades y de la doctrina en general, requiere de declaratoria judicial.²¹⁶

²¹⁵ “Artículo 15. Código Civil. RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

²¹⁶ La Superintendencia de Sociedades estableció mediante la Resolución 321- 000930 del 17 de marzo de 2008 que “No obstante lo anterior, la experiencia muestra con evidencia cómo en el devenir del intercambio jurídico propio de las cambiantes y dinámicas circunstancias del comercio, para los administradores de los entes societarios, los socios y los terceros interesados, la aplicación práctica del marco teórico esbozado resulta incierta, ambigua, contradictoria, subjetiva, relativa, lejana y francamente inaplicable por parte de los particulares (autores de las declaraciones de voluntad, destinatarios de las declaraciones de voluntad, terceros interesados, etc.).

La crisis propuesta es particularmente palpable en tratándose de actos jurídicos de contenido societario (...) en los cuales existe un amplio margen de discusión sobre diferentes matices en la adopción de decisiones por parte de los órganos sociales, permitiendo que los socios y aun los terceros interesados pueden llegar a tener opiniones, interpretaciones, percepciones y posiciones encontradas con respecto al lugar de reunión, quórum, convocatoria, orden del día, representación de los accionistas o socios, mayorías decisorias, etc., circunstancias que individualmente consideradas pueden constituir para algunos fuente de ineficacia, sin necesidad de declaración judicial, para otros simples defectos formales subsanables, para otros circunstancias que requieren declaración judicial en acción de nulidad, para otros declaración de alguna autoridad administrativa que reconozca los presupuestos de ineficacia, para otros situaciones no constitutivas de ninguna irregularidad normativa ni vicio que afecte la validez de las decisiones adoptadas y así, ad infinitum, opiniones de la más diversa raigambre y sentido, posiciones todas que al final del día no generan más que incertidumbre sobre la eficacia y validez de la decisión.

Así las cosas, es percibido con elemental claridad que la institución de la ineficacia demanda, en el orden práctico, a contrario sensu de su consagración legislativa, un pronunciamiento de autoridad competente que por vía de acción o de excepción, o inclusive que en instancia administrativa reconozca los presupuestos que la configuran o la declare abiertamente, pronunciamiento que le confiera a la interpretación certeza en las relaciones jurídicas, distanciándola de la interpretación subjetiva, incierta y discrecional de los administrados, previniendo los conflictos que entre ellos puedan llegar a presentarse.

La supresión de esta garantía legal – el derecho de retiro – con antelación a la posibilidad de su ejercicio o nacimiento ha sido considerada como una típica cláusula abusiva y por tanto ha sido excluida del contenido del contrato *ipso iure*, sin necesidad de declaración judicial²¹⁷.

Se considera que la irrenunciabilidad protegerá a los socios minoritarios de aquellos mayoritarios con poder suficiente para obtener reformas trascendentales en las bases del pacto estatutario.

6.13 IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA Y EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

Surge un interrogante respecto del ejercicio del derecho de retiro y la posibilidad de adelantar la acción de impugnación de los actos de la asamblea que dieron lugar a la causal o presupuesto del mismo. Este interrogante lo motiva, de un lado, que quien pretende ejercer la impugnación desconocería la validez de la causal que lo origina y entretanto trascurrirían en paralelo los plazos inexorables para el desarrollo del ejercicio del derecho de receso. Debe recordarse que la ley comercial expresamente ha fijado un plazo de dos meses para iniciar la acción de

²¹⁷ En palabras del profesor Ernesto Rengifo: “*De todas maneras, lo cierto es que los socios tienen la facultad de ejercer el derecho de retiro cuando se dan las hipótesis previstas por el legislador. Tal es el celo con que mira esa facultad que se ha previsto que “será ineficaz toda estipulación que despoje a los socios del derecho de retiro o que modifique su ejercicio o la haga nugatorio. Sin embargo, será válida la renuncia del derecho de retiro, después del nacimiento del mismo” (art. 17 Ley 222 de 1995). En otras palabras, la renuncia del derecho de retiro antes de que se presente la causal se puede entender como una cláusula abusiva, así como aquella que desconozca la posibilidad para los socios de ejercerlo o aquella que lo modifique o lo haga difícil de invocar. Y son cláusulas abusivas de forma tan clara, que el mismo legislador las excluye del contenido del contrato, ipso iure, sin necesidad de declaración judicial.*” (RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. 2ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Págs. 274 y 275.)

impugnación de las decisiones adoptadas por el órgano social²¹⁸, e igualmente la Ley 222 de 1995 ha determinado el plazo ya comentado de ocho días para el ejercicio del derecho de receso, el cual correría en forma simultánea con el anterior.

En nuestra opinión, dada la presunción de legalidad y de buena fe de la cual gozan las actividades de las personas ante el Estado²¹⁹, pueden adelantarse en forma simultánea las acciones de impugnación y de retiro, pues de no salir triunfante la impugnación de la decisión del órgano social que dio lugar a la causal o presupuesto del derecho de receso no existiría norma que rehabilitase el plazo para ejercer el derecho de receso, ocurriendo una caducidad total.

Podría preguntarse qué sucedería si una vez ejercido el receso se reconoce como válida la impugnación sobre la decisión que originó el presupuesto del receso y qué consecuencias jurídicas se generarían. Consideramos que la principal consecuencia sería el volver las cosas al estado anterior, y por tanto, el recedente fallido debería devolver el monto del capital con los respectivos intereses, conservando su validez las decisiones adoptadas durante el periodo transcurrido.

²¹⁸ Artículo 191. Código de Comercio. IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

²¹⁹ Artículo 83. Constitución Nacional. -Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

6.14 EL DERECHO DE RECESO EN LA REACTIVACIÓN Y EN LA RECONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY 1429 DE 2010²²⁰

A continuación se analizará la posibilidad de ejercer el derecho de receso en frente de un escenario que revive una sociedad en estado de liquidación. La ley mercantil considera dos alternativas, a saber: la primera faculta a los socios para reactivar la sociedad disuelta, y la segunda autoriza a los mismos socios para constituir una nueva sociedad que asuma los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta.

²²⁰ Artículo 29. Ley 1429 de 2010. REACTIVACIÓN DE SOCIEDADES Y SUCURSALES EN LIQUIDACIÓN. La asamblea general de accionistas, la junta de socios, el accionista único o la sociedad extranjera titular de sucursales en Colombia podrá, en cualquier momento posterior a la iniciación de la liquidación, acordar la reactivación de la sociedad o sucursal de sociedad extranjera, siempre que el pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución de los remanentes a los asociados.

La reactivación podrá concurrir con la transformación de la sociedad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley.

En todo caso, si se pretende la transformación de la compañía en sociedad por acciones simplificada, la determinación respectiva requerirá el voto unánime de la totalidad de los asociados.

Para la reactivación, el liquidador de la sociedad someterá a consideración de la asamblea general de accionistas o junta de socios un proyecto que contendrá los motivos que dan lugar a la misma y los hechos que acreditan las condiciones previstas en el artículo anterior.

Igualmente deberán prepararse estados financieros extraordinarios, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes, con fecha de corte no mayor a treinta días contados hacia atrás de la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social.

La decisión de reactivación se tomará por la mayoría prevista en la ley para la transformación. Los asociados ausentes y disidentes podrán ejercer el derecho de retiro en los términos de la ley.

El acta que contenga la determinación de reactivar la compañía se inscribirá en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. La determinación deberá ser informada a los acreedores dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se adoptó la decisión, mediante comunicación escrita dirigida a cada uno de ellos.

Los acreedores tendrán derecho de oposición judicial en los términos previstos en el artículo 175 del Código de Comercio. La acción podrá interponerse dentro de los treinta días siguientes al recibo del aviso de que trata el inciso anterior. La acción se tramitará ante la Superintendencia de Sociedades que resolverá en ejercicio de funciones jurisdiccionales a través del proceso verbal sumario.

A continuación se describirán estas dos posibilidades legales:

6.14.1 Reactivación. Esta figura societaria permite, sin solución de continuidad, que los asociados acuerden la reactivación de una sociedad en liquidación bajo estas condiciones:

- a) Que el pasivo externo no supere el setenta por ciento (70%) de los activos sociales.
- b) Que no se haya iniciado el proceso de distribución de los remanentes a los socios.
- c) Que la decisión sea adoptada por la mayoría prevista para la transformación, salvo que se pretenda transformar en sociedades por acciones simplificadas -S.A.S.-, caso en el cual se exige que la decisión sea tomada por la unanimidad de los asociados.

La norma en mención autoriza a los asociados ausentes o disidentes a ejercer el derecho de retiro en los casos autorizados por la ley. Obviamente, al exigirse la unanimidad de los asociados en el evento de transformación a una sociedad S.A.S., no podría surgir en ese evento el derecho de receso.

6.14.2 Reconstitución. En el mismo artículo se autoriza la continuidad de la actividad empresarial por medio de una nueva sociedad que se constituiría para ese fin, la cual sustituiría la anterior en sus obligaciones con sus privilegios y garantías. Esta decisión debe ser adoptada por la totalidad de

los asociados, razón por la cual no es dable el ejercer el derecho de receso, tal como lo prescribe el artículo 250 del Código de Comercio²²¹.

Respecto de estas dos figuras, la reactivación y la reconstitución societaria, se ha pronunciado en forma extensa la Superintendencia de Sociedades, la cual ha definido los perfiles o características de cada una de ellas y, para la materia que nos ocupa, expresamente se ha referido a las posibilidades de ejercer del derecho de receso²²². Este criterio de la Superintendencia de Sociedades, que desde el

²²¹ Artículo 250. Código de Comercio. CONSTITUCIÓN DE NUEVA SOCIEDAD POR ACUERDO DE LA TOTALIDAD DE SOCIOS. Por acuerdo de todos los asociados podrá prescindirse de hacer la liquidación en los términos anteriores y constituir, con las formalidades legales, una nueva sociedad que continúe la empresa social.

²²² Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-019214 del 26 de marzo de 2012 y el 220-24650 del 18 de mayo de 2005.

Oficio 220-019214 Del 26 de Marzo de 2012

ASUNTO: Reactivación y reconstitución de sociedades en liquidación voluntaria.

Me refiero a su escrito radicado en esta superintendencia con el número 2012-01-026086, mediante el cual consulta si una sociedad que se encuentra actualmente en liquidación puede reactivarse.

R/. Sobre el particular, le informo que en la actualidad existen dos modalidades para que sociedades que se encuentren adelantando procesos de liquidación voluntaria puedan retornar a sus operaciones, tales como son la reactivación, propiamente dicha, y la reconstitución.

Respecto de la reactivación se sociedades, dispone el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010:

“Artículo 29. Reactivación de Sociedades y Sucursales en Liquidación. La asamblea general de accionistas, la junta de socios, el accionista único o la sociedad extranjera titular de sucursales en Colombia podrá, en cualquier momento posterior a la iniciación de la liquidación, acordar la reactivación de la sociedad o sucursal de sociedad extranjera, siempre que el pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución de los remanentes a los asociados.

La reactivación podrá concurrir con la transformación de la sociedad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley.

En todo caso, si se pretende la transformación de la compañía en sociedad por acciones simplificada, la determinación respectiva requerirá el voto unánime de la totalidad de los asociados.

Para la reactivación, el liquidador de la sociedad someterá a consideración de la asamblea general de accionistas o junta de socios un proyecto que contendrá los motivos que dan lugar a la misma y los hechos que acreditan las condiciones previstas en el artículo anterior.

Igualmente deberán prepararse estados financieros extraordinarios, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes, con fecha de corte no mayor a 30 días contados hacia atrás de la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social.

La decisión de reactivación se tomará por la mayoría prevista en la ley para la transformación. Los asociados ausentes y disidentes podrán ejercer el derecho de retiro en los términos de la ley.

El acta que contenga la determinación de reactivar la compañía se inscribirá en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. La determinación deberá ser informada a los acreedores dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se adoptó la decisión, mediante comunicación escrita dirigida a cada uno de ellos.

Los acreedores tendrán derecho de oposición judicial en los términos previstos en el artículo del Código de Comercio. La acción podrá interponerse dentro de los 30 días siguientes al recibo del aviso de que trata el inciso anterior. La acción se tramitará ante la Superintendencia de Sociedades que resolverá en ejercicio de funciones jurisdiccionales a través del proceso verbal sumario.”

Por lo expuesto, basta que la sociedad o sucursal de sociedad extranjera que se encuentre en estado de liquidación, siempre que su pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución del remanente a los asociados, para que, si así lo deciden los socios o accionistas reunidos en asamblea o junta de socios, la sociedad nuevamente emprenda gestiones orientadas a desarrollar las actividades u objeto social previsto en el documento de constitución o reforma que regula a la sociedad. De no reunirse las condiciones relacionadas con el pasivo social y la no distribución del remanente, en la forma y términos previstos en la ley, el ente jurídico inevitablemente deberá continuar con el trámite liquidatorio previsto en el ordenamiento mercantil hasta la extinción de la persona del mundo jurídico.

De otra parte, en cuanto se refiere a la figura de la “reconstitución” que desarrollan los artículos 250 y 180 del Código de Comercio, basta con traer a colación apartes del Oficio 220- 24650 de 18 de mayo de 2005 proferido por esta oficina, argumentación que facilita establecer las diferencias entre ésta y la aludida reactivación.

En esa oportunidad, respecto a la constitución de una nueva sociedad o reconstitución, el Despacho expresó:

“(....)

*.... su finalidad es permitir que una **sociedad disuelta y en estado de liquidación, pueda continuar en cuanto a su negocio o actividad empresarial, a través de una nueva sociedad constituida para asumir el ejercicio o explotación de ese mismo negocio o actividad y obviar de esta manera, el fin último al que estaría expuesto uno u otra, cual es la extinción o terminación por la distribución que en últimas tendría que hacerse de los remanentes sociales a favor de todos los socios.***

“(....)

*A lo anterior cabe agregar que el efecto de la constitución de la nueva sociedad con observancia de la forma que prescribe el artículo 251 ídem, es que **la nueva sociedad sustituya a la anterior todas las obligaciones, "con todos sus privilegios y garantías"**, conforme reza la disposición invocada, refiriéndose así al carácter que pueden revestir determinadas obligaciones que un ente societario suele adquirir con terceros, tal es el caso de las originadas en la naturaleza de la relación existente, como por ejemplo las laborales o fiscales que gozan de un privilegio legal reconocido en las reglas clásicas de la legislación civil o, las que son objeto de un especial tratamiento contractual, como aquellas con garantía real, todo lo cual confirma que tales obligaciones no están circunscritas a las existentes con los propios asociados por su condición de tal[es], que son las que conforman el pasivo interno de la compañía.*

“(....)

*En este orden de ideas, es dable concluir **que la constitución de una nueva sociedad para continuar los negocios de otra sociedad ya disuelta, debe realizarse con observancia de los requisitos que establecen los citados artículos 180 y 250, entre los cuales importa destacar para los fines del presente estudio, que la decisión relativa a la constitución y por ende, la de prescindir de la liquidación, debe emanar de todos los asociados, exigencia legal explicada por el hecho de que en el escenario liquidatorio en que la sociedad está, se impone en últimas el derecho de todos los socios a obtener la devolución de sus aportes y de todas maneras, el derecho a culminar definitivamente el vínculo societario que acarrea la extinción del ente social, por lo cual, un efecto diferente, debe obedecer a decisión unánime de los mismos”**. (Destacados fuera del texto original).*

De lo expuesto puede colegirse que la “reactivación” contemplada en la Ley 1429 Cit. y la “reconstitución o constitución de una nueva sociedad” prevista en el artículo 250 concordante con el artículo 180 del Código de Comercio son figuras diferentes, cuyas principales características vale la pena destacar:

plano estrictamente normativo y bajo una óptica positivista es válido, revela, una vez más, la falta de coherencia en el tratamiento del derecho de retiro en la legislación colombiana, pues salvo tecnicismos jurídicos conocidos, la diferencia de los efectos de la reconstitución y la reactivación de una sociedad no son mayores, y están informados por iguales principios sobre la libertad de asociación en cualquiera de sus sentidos, de la permanencia de las empresas y, por tanto, su

- Para que la sociedad pueda adoptar la reactivación el legislador establece condiciones referidas al proceso liquidatorio como que el **pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales** y que **no se haya iniciado la distribución del remanente** a los asociados; al paso que en la constitución de una nueva sociedad no establece una relación porcentual en el tema de activos y pasivos.

- Con la reactivación **no surge un nuevo ente jurídico**, es la misma sociedad que nuevamente emprende operaciones que por disposición legal le estaba prohibido adelantar precisamente por encontrarse en estado de disolución y liquidación (Art.220 C. de Co.); por el contrario, como consecuencia de la reconstitución se crea una nueva sociedad, un **nuevo ente social que debe desarrollar los negocios que realizaba la empresa disuelta**, en los términos del artículo 180 *ídem* se indica “*siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios*”.

- Otra particularidad hace relación a la forma cómo el máximo órgano debe adoptar la **decisión, para la reactivación** se requiere la decisión de la **mayoría prevista en la ley para la transformación**; al paso que para la **constitución de la nueva sociedad** o reconstitución se requiere del **acuerdo de todos los asociados**.

- Teniendo en cuenta que la decisión de reactivar la empresa no conlleva la creación de otra, su **matrícula mercantil obviamente será la misma**, con las anotaciones a que hubiere lugar; circunstancia que difiere en la reconstitución puesto que como consecuencia de la operación desaparece una sociedad lo que conlleva la cancelación de su matrícula y de una **nueva matrícula** asignada a la sociedad creada.

- Otro aspecto, la reactivación **no conlleva la sustitución de las obligaciones** a cargo de la sociedad, lo que sí sucede con la constitución de la **nueva sociedad que se sustituye en todas las obligaciones de la anterior**.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, los cuales tienen el alcance a que alude el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

En similar sentido se había referido con anterioridad la Superintendencia de Sociedades en su oficio 220-24650 del 18 de mayo de 2005, del cual destacamos:

“ **220-24650, 18 de mayo de 2005**

“ **LA RECONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD**

“1 ¿Aplica el Derecho de Receso (Retiro) en la Reconstitución de una Sociedad?”

Si bien podría en principio suponerse que la respuesta tendría que ser afirmativa, dada la aplicación necesaria de las previsiones propias de la fusión y en las que de alguna manera están insertas las reglas sobre el derecho de retiro, la circunstancia de que la decisión relativa a la constitución de la nueva sociedad deba ser adoptada por la totalidad de los asociados, implica de una parte, que sin el cumplimiento de esa condición, la decisión estaría afectada en su validez y de la otra, que al estar limitado el derecho de retiro a favor de los socios ausentes o disidentes como quedó expuesto, no podría predicarse de ninguno tal carácter, motivo por el cual debe razonablemente colegirse que frente al fenómeno de la constitución de una nueva sociedad, resulta improcedente el derecho de retiro.”

protección o estímulo estatal, y la defensa de los derechos y deberes de los asociados, por lo cual la solución legislativa debería ser similar.

6.15 DERECHO DE RETIRO EN LOS CASOS DE FUSIONES Y ESCISIONES, DENTRO DE LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL REGLADA EN LA LEY 1116 DE 2006

La Ley 1116 /2006, de 27 de diciembre²²³, es la ley concursal colombiana dirigida a crear un marco jurídico destinado a la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización o del proceso de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

Dentro de este esquema normativo es posible la adopción de soluciones que en un proceso de reorganización empresarial conlleven a la adopción de fusiones o de escisiones societarias. En estos dos escenarios, el artículo 44 de la Ley 1116/2006, de 27 de diciembre²²⁴, expresamente excluye la posibilidad del ejercicio del derecho de receso, seguramente haciendo prevalecer el principio de preservación de la empresa que orienta esta normatividad concursal, el cual podría verse afectado por una disminución patrimonial con ocasión del ejercicio del derecho de receso²²⁵.

²²³ Colombia. Ley 1116/2006, de 27 de diciembre. Diario Oficial No. 46.494, 27 de diciembre de 2006.

²²⁴ Colombia. Ley 1116/2006, de 27 de diciembre. Diario Oficial No. 46.494, 27 de diciembre de 2006.

²²⁵ Artículo 44. Ley 1116 de 2006. REFORMAS ESTATUTARIAS Y ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO Y DISPOSICIÓN DE ACTIVOS DENTRO DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN. Cuando el acuerdo de reorganización contenga cláusulas que reformen los estatutos del deudor persona jurídica, el mismo hará las veces de reforma estatutaria, sin que se requiera de otra formalidad, cuya decisión deberá ser adoptada por parte del órgano competente al interior del concursado, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos sociales, lo cual producirá efectos entre los asociados desde la confirmación del acuerdo, sin que sea posible impugnar la correspondiente decisión.

6.16 REGLAMENTACIONES Y PROCEDIMIENTO PARA DIRIMIR DIFERENCIAS SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

La Ley 222/1995, de 20 de diciembre²²⁶, no definió un procedimiento preciso en caso de discrepancias en el ejercicio del derecho de retiro. Las primeras reglas para su aplicación las dictó la Superintendencia de Sociedades²²⁷. De otro lado el numeral 3º del artículo 2º del Decreto 1080/1996, de 24 de junio²²⁸, derogado hoy por el Decreto 1023/2012, de 18 de mayo²²⁹, reglamentó la ley 222/1995, de 20 de diciembre²³⁰, y atribuyó a la mencionada superintendencia, en cabeza del Superintendente Delegado para la Inspección Vigilancia y Control, funciones para resolver las controversias originadas en el ejercicio del derecho de retiro²³¹.

Por último, la Superintendencia de Sociedades expidió la Circular Externa 004 del 14 de enero de 2005²³², en la cual se precisan los alcances y efectos del derecho

En caso de fusiones y escisiones, la adopción del acuerdo de reorganización en la forma prevista en la ley, excluye el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 175 del Código de Comercio y 6o de la Ley 222 de 1995, así como las disposiciones especiales referentes a los tenedores de bonos; **tampoco podrá ejercerse el derecho de retiro de socios previsto en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995**. Dicha exclusión es aplicable únicamente a los derechos de los acreedores externos y socios de aquellos deudores mencionados en el acuerdo de reorganización, quedando a salvo los derechos de los acreedores y socios de otras personas jurídicas. (Resaltados por fuera del texto original).

En las enajenaciones de establecimientos de comercio de propiedad del deudor como consecuencia de un acuerdo de reorganización, no habrá lugar a la oposición de acreedores prevista en el artículo 530 del Código de Comercio.

Para la inscripción en el registro mercantil de cualquiera de los actos contemplados en este artículo bastará que se presente a la Cámara de Comercio correspondiente la parte pertinente del acuerdo que contenga la decisión.

²²⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²²⁷ Colombia. Circular Externa 024, de 12 de noviembre de 1997.

²²⁸ Colombia. Decreto 1080/1996, de 24 de junio. Diario Oficial No. 42.812.

²²⁹ Colombia. Decreto 1023/2012, de 18 de mayo. Diario Oficial No. 48.434.

²³⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²³¹ Decreto 1023 del 18 de mayo de 2012 “Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones”.

²³² Colombia. Circular Externa 004, de 14 de enero de 2005.

de retiro, así como la procedencia y requisitos para solicitar dirimir discrepancias sobre el derecho de retiro.

Parcialmente estas reglamentaciones solucionan el vacío procedimental en el ejercicio del derecho de receso. En relación con la solución de diferencias en el ejercicio del derecho, aunque existe una remisión obligatoria al procedimiento común administrativo, no están claros los plazos, los períodos probatorios ni la posibilidad de una segunda instancia, pues, al no desarrollar la Superintendencia de Sociedades funciones judiciales en esta situación, quedaría todavía una larga etapa procesal ante los tribunales contencioso administrativo que juzgasen la legalidad de las decisiones de la entidad de vigilancia.

A continuación se transcribe el texto completo de la Circular Externa 100-005 de 25 de marzo de 2008, que expresa con autoridad la opinión de la Superintendencia de Sociedades, órgano de vigilancia de las sociedades mercantiles en Colombia respecto del ejercicio del derecho de receso, su publicidad, los titulares del mismo, el procedimiento y sus efectos ante la sociedad y terceros, su caducidad, lo relativo al capital, la forma de solucionar las controversias. Esta norma reglamentaria actualmente se encuentra vigente:

*Colombia. **Circular Externa 100-005 de 25 de marzo de 2008.**
REFERENCIA: Por la cual se precisan los alcances y efectos del derecho de retiro, así como la procedencia y requisitos para solicitar se diriman discrepancias sobre derecho de retiro.*

“1. DERECHO DE RETIRO

La Superintendencia de Sociedades ha considerado conveniente precisar el alcance y efectos del derecho de retiro, consagrado en los artículos 12 a 17 de la Ley 222 de 1995, con el fin de facilitar el ejercicio de tal derecho.

1.1. PROCEDENCIA

El ejercicio del derecho de retiro lo establece la ley para los eventos de transformación, fusión o escisión, cuando estas reformas impongan a los socios una mayor responsabilidad, o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales. En las sociedades por acciones también procede en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en Bolsa de Valores (artículo 12 de la Ley 222 de 1995). Existe desmejora de los derechos patrimoniales, entre otros, en los siguientes casos:

- 1. Cuando disminuye el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.*
- 2. Cuando disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o sea reducido el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso sea producida una disminución de capital.*
- 3. Cuando sea limitada o disminuida la negociabilidad de la acción.*

1.2. PUBLICIDAD

El proyecto de escisión, fusión o las bases de la transformación deberán mantenerse a disposición de los socios en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, por lo menos con 15 días hábiles de antelación a la reunión en la que vaya a ser considerada la propuesta respectiva.

En la convocatoria a dicha reunión, debe incluirse dentro del orden del día, el punto referente a la escisión, fusión, transformación o cancelación de la inscripción, e indicar expresamente la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro. La omisión de cualquiera de estos requisitos, hacen ineficaces las decisiones relacionadas con los referidos temas (artículo 13 Ley 222 de 1995).

1.3. TITULARES DEL DERECHO DE RETIRO

Son titulares del derecho de retiro los socios ausentes o disidentes en las reuniones del máximo órgano social en las cuales sea aprobada la transformación, fusión o escisión de la compañía; y los accionistas en el caso de las sociedades cuyas acciones estén inscritas en el Registro Nacional de Valores o en Bolsa de Valores.

1.4. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

Los socios ausentes o disidentes que estén interesados en ejercer el derecho de retiro, dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha en que fue adoptada la respectiva decisión, deberán comunicarle por escrito al representante legal de la compañía su decisión de retirarse (artículo 14 Ley 222 de 1995).

1.5. EFECTOS

1.5.1. FRENTE A LA SOCIEDAD

El retiro surte efectos frente a la sociedad desde el momento en que sea recibida la comunicación escrita del socio manifestando su decisión de retirarse.

1.5.2. FRENTE A TERCEROS

El retiro surte efectos frente a terceros desde la inscripción de su manifestación en el libro de registro de accionistas, en el caso de sociedades por acciones, y en el registro mercantil, en el caso de las demás sociedades, para lo cual bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro.

1.6. DISCREPANCIA SOBRE LA EXISTENCIA DE LA CAUSAL DE RETIRO

En virtud de lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 222 de 1995, salvo pacto arbitral, en caso de discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro, el trámite correspondiente será adelantado ante la entidad estatal encargada de ejercer la inspección, vigilancia o control.

1.7. CADUCIDAD DEL DERECHO DE RETIRO

Si la asamblea de accionistas o junta de socios, dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, la revoca, caduca el derecho de receso y los socios que lo ejercieron, readquieren sus derechos, retro trayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que fue notificado el retiro al representante legal (artículo 14 Ley 222 de 1995).

1.8. OPCIÓN DE COMPRA

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 222 de 1995, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que fue notificada la voluntad de retiro del socio, la sociedad deberá ofrecer a los demás socios las acciones, cuotas o partes de interés para que estos las adquieran dentro de los quince días siguientes, a prorrata de su participación en el capital social. Vencido el término de los quince días sin que los socios hayan adquirido la totalidad de las mismas, la sociedad las readquirirá, para cuyo efecto dispone de los cinco días siguientes, siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas para el efecto.

1.9. REEMBOLSO

Vencidos los términos previstos en la ley para ejercer la opción de compra por parte de los socios y/o de la sociedad sin que hubiere sido acordada la negociación o readquisición de la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el socio recedente podrá exigir el

reembolso de las no adquiridas, al valor calculado de común acuerdo entre las partes, o en su defecto, por peritos designados por la Superintendencia de Sociedades, si en los estatutos no aparecen métodos diferentes para establecer el valor del reembolso.

El reembolso debe realizarse dentro de los dos meses siguientes al acuerdo o al dictamen pericial, salvo pacto en contrario. Sin embargo, si la sociedad demuestra que el reembolso dentro de dicho término afectará su estabilidad económica, podrá solicitar a la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control, que establezca plazos adicionales no superiores a un año.

Durante el plazo adicional se causarán intereses a la tasa corriente bancaria (artículo 16 de la Ley 222 de 1995).

1.10. DISMINUCION DE CAPITAL

Si bien el mencionado reembolso implica una disminución de capital, en este caso no será necesario solicitar autorización previa de esta Superintendencia para realizar dicha disminución, por cuanto debe entenderse que la misma surge como consecuencia de la facultad establecida en la ley para ejercer el derecho de retiro, y no de una operación individualmente considerada sujeta al procedimiento establecido en el artículo 145 del Código de Comercio, máxime cuando el artículo 17 de la mencionada ley sanciona con ineficacia la estipulación que haga nugatorio su ejercicio.

1.11. IMPROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 222 de 1995, cuando esta Superintendencia establezca que en un caso concreto el reembolso afecta de manera sustancial la prenda común de los acreedores, para proteger los derechos de los mismos, dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la respectiva decisión, podrá determinar, de oficio o a solicitud de parte, la improcedencia del derecho de retiro en la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, o en la parte correspondiente a la parte que de éstas no sean compradas por los demás asociados, ni readquiridas por la sociedad.

1.12. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO QUE EJERCE EL DERECHO DE RETIRO

Según lo previsto en el párrafo del citado artículo 16, sin perjuicio de lo previsto en materia de responsabilidad de los socios colectivos, el socio que haya ejercido el derecho de retiro, será responsable por las obligaciones sociales contraídas hasta la fecha de inscripción del retiro en el registro mercantil. Dicha responsabilidad es subsidiaria y hasta el monto de lo reembolsado, y cesará transcurrido un año desde la inscripción del retiro en el registro mercantil.

1.13. RENUNCIA DEL DERECHO DE RETIRO

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 222 de 1995, es válida la renuncia del derecho de retiro, siempre y cuando sea con posterioridad a su nacimiento. Opera independientemente para cada evento constitutivo de causal de retiro.

1.14. INEFICACIA

Será ineficaz toda estipulación que despoje a los socios del derecho de retiro o que modifique su ejercicio o lo haga nugatorio (artículo 17 ibídem).

2. RESOLUCION DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO.

Como el artículo 14 y siguientes de la Ley 222, en concordancia con el artículo 2o., numeral 23 del Decreto 1080 de 1996, le asignó a la Superintendencia de Sociedades, algunas atribuciones que la facultan para dirimir las discrepancias sobre la existencia de la causal de retiro de los socios ausentes o disidentes de las sociedades Inspeccionadas, Vigiladas o Controladas por ella, para facilitar el trámite de las solicitudes que pudieran presentarse para tal propósito, hemos considerado conveniente fijar los aspectos sustanciales y procedimentales de estos asuntos, así :

2.1 Procedencia.

La Superintendencia de Sociedades podrá asumir el conocimiento de aquellos casos en los que la discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro ocurra en una sociedad sobre la cual esta Superintendencia ejerza Inspección, Vigilancia o Control y, adicionalmente, la diferencia no estuviera sujeta a lo previsto en un pacto arbitral.

2.2 Requisitos de la Solicitud.

La solicitud deberá presentarla el socio que pretenda ejercer el derecho de retiro, o el representante legal de la sociedad comercial. En la solicitud se indicarán la causal que se invoca y los motivos que la generan. A la solicitud se acompañarán los siguientes documentos:

- 1. Certificado de existencia y representación legal.*
- 2. Las pruebas que permitan acreditar la calidad de socio. Tratándose de sociedades por acciones se anexará copia de los títulos o, en su defecto, certificación suscrita por el revisor fiscal de la compañía, en la que conste su condición de accionista.*
- 3. Copia íntegra de los estatutos sociales vigentes.*

4. *Copia del acta contentiva de la reunión del máximo órgano social en la cual se adoptó la decisión que origina el ejercicio del derecho de retiro.*
 5. *Copia de la comunicación escrita que el socio le envió al representante legal de la sociedad con constancia de recibo o radicación.*
 6. *Copia del aviso de convocatoria a la reunión que se ocupó de la transformación, fusión o escisión que dio origen al ejercicio del derecho de retiro.*
 7. *Explicación y prueba de la desmejora de los derechos patrimoniales del socio que ejerce el derecho de retiro.*
 8. *Dirección del solicitante y dirección de la sociedad para las notificaciones que a cada uno corresponde.*
- 3. Vigencia y derogatorias.** *Esta circular rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las Circulares Externas Nos. 004 del 14 de enero de 2005 y 10 del 20 de julio de 1997.”*

6.17 INNOVACIONES DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El nuevo Código General del Proceso expresamente otorgó funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, entre ellas a las superintendencias. Lo anterior recoge una tendencia contenida en anteriores estatutos, tales como la Ley 448/1998, de 21 de julio²³³, Ley 1429/2010, de 29 de diciembre²³⁴, y la misma Ley 1258/2008, de 5 de diciembre²³⁵, esta última reguló las sociedades por acciones simplificadas, S.A.S., y ya ha superado el control de constitucionalidad.

El artículo 24 del Código General de Proceso - Ley 1564/2012, de 12 de julio –²³⁶, en su artículo 24, numeral 5º, otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en controversias relativas a acuerdos celebrados entre accionistas, resolución de conflictos societarios entre accionistas, sociedad y

²³³ Colombia. Ley 448/1998, de 21 de julio. Diario Oficial No. 43.345, 23 de julio de 1998.

²³⁴ Colombia. Ley 1429/2010, de 29 de diciembre. Diario Oficial No. 47.937.

²³⁵ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

²³⁶ Colombia. Ley 1564/2012, de 12 de julio. Diario Oficial No. 48.489.

administradores o juntas de socios y juntas directivas, sobre actos defraudatorios, *disregard* o desestimación de la personalidad jurídica y abuso del derecho²³⁷.

Estas funciones jurisdiccionales generan competencia a prevención con los jueces civiles del circuito. Se seguirá el mismo procedimiento previsto en la ley para los jueces y no serán revisables sus decisiones por la jurisdicción contencioso administrativa.

²³⁷ Establece el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012: *Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:*

(...) 5. *La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:*

a) *Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.*

b) *La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre éstos y la sociedad o entre éstos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.*

c) *La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.*

d) *La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.*

e) *La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.*

Parágrafo primero. *Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos. Cuando las autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales, el principio de inmediación se cumple con la realización del acto por parte de los funcionarios que, de acuerdo con la estructura interna de la entidad, estén habilitados para ello, su delegado o comisionado.*

Parágrafo tercero. *Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces. Las providencias que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable. Cuando la competencia la hubiese podido ejercer el juez en única instancia, los asuntos atribuidos a las autoridades administrativas se tramitarán en única instancia.*

Parágrafo sexto. *Las competencias que enuncia este artículo no excluyen las otorgadas por otras leyes especiales por la naturaleza del asunto.*

Esta vía judicial será más experta y eficaz por sus gestores especializados, seguramente en asocio con la vía orbital será el mejor mecanismo para la solución de las controversias societarias, incluidas las relativas al derecho de retiro y al derecho de exclusión. Sin embargo, continúan siendo válidas las críticas sobre la incertidumbre procesal cuando la Superintendencia de Sociedades actúa como entidad de vigilancia y control y no como juez, pues las decisiones que esta adopte en el proceso de retiro reglado por la Ley 222/1995, de 20 de diciembre y su decreto reglamentario²³⁸, por ejemplo, la decisión negativa al ejercicio del derecho de receso, la asume la Superintendencia en su condición de entidad administrativa, por lo cual sería necesario recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa en caso de discrepar de esa decisión, por tanto sería interminable la solución de diferencias en esta materia.

6.18 OPINIÓN SOBRE EL DERECHO DE RECESO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL –CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 222 DE 1995

En nuestra opinión, en el mundo mercantil nacional, la posibilidad de finalizar la relación societaria mediante el retiro voluntario o involuntario de la sociedad, o sea mediante el receso o la exclusión de un socio, hasta ahora es casi una elaboración teórica, no obstante la trascendencia de esta institución. Su aplicación en el mundo societario nacional ha sido mínima y ha dado lugar a múltiples inequidades y a situaciones de conflictividad sin solución entre los socios mayoritarios y minoritarios.

El porqué de la mínima vigencia de estos derechos radica en errores legislativos provenientes de la ausencia de una política definida por parte del legislador que

²³⁸ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

fije la prioridad o el equilibrio de los bienes jurídicos tutelados, tales como la preservación o continuidad de la vida social, la protección de las minorías, la libertad contractual o de asociación.

La facultad de terminar la relación o vinculación de un socio con la sociedad sin que ella finalice su vida social puede generar múltiples consecuencias, tales como la posibilidad de un mejor y más eficiente y productivo desarrollo de los negocios sociales, la recuperación de la inversión de un socio en actividades que no son de su interés o incluso inconvenientes, o la finalización de una asociación con quien no se desea continuar. Estas causas, que en la vida de los negocios pueden ser los motivos para el ejercicio del derecho de retiro o del derecho de exclusión de un socio, producen consecuencias jurídicas de trascendencia. En primer lugar, la finalización de la categoría o estatus de socio del recedido, lo cual determina la conclusión de sus vinculaciones jurídicas. En segundo lugar, también se genera el reembolso por parte de la sociedad del aporte de capital incluidos sus incrementos o valorizaciones y las utilidades no repartidas al socio recedente o excluido. Este reembolso implicaría una rebaja del capital social de la compañía, por tanto, una disminución en el número de acciones o derechos que desaparecen con el ejercicio del derecho de receso o de exclusión, fenómenos diferentes al que ocurre en la sustitución de socios o con la readquisición de acciones o derechos, casos en los cuales no existe afectación del capital o del patrimonio.

Otra de las consecuencias que conlleva el ejercicio del derecho de receso o de exclusión es la modificación de los porcentajes de participación en el capital de la compañía, pudiendo alterarse las mayorías y el balance del control político, estatutario o legal, e incluso su naturaleza o condición de sociedad nacional, extranjera, PYME o de gran capital y la misma situación de control o de pertenencia a un grupo empresarial.

Consideramos que la fórmula consagrada en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²³⁹, para el instituto del receso es incorrecta por lo restrictiva en sus causales y, además, porque finalmente puede paralizar o frustrar el ejercicio del derecho de receso, en caso de darse circunstancias que, en concepto del órgano de vigilancia, puedan afectar el patrimonio como prenda común de los acreedores. También se echa de menos la no institucionalización del derecho de exclusión.

En forma específica, en cuanto al derecho de receso debe tenerse presente que los accionistas minoritarios a la hora de invertir o asociarse, contaron como uno de los derechos sociales el que poseerían un estatus determinado y que éste se les modifica por decisión de los accionistas mayoritarios. En este escenario creemos – los mayoritarios-, que tienen la voluntad de modificar la estructura social, que origina o da lugar al derecho de receso por el cambio del estatus de los minoritarios, podrían estar obligados a optar soluciones que permitan el ejercicio de su derecho, por ejemplo, mediante la realización de una capitalización que evite la disminución del patrimonio o prenda común de los acreedores, o al otorgamiento de garantías sobre esos riesgos, en aquellos casos en los cuales pueda ponerse en peligro la estabilidad de la sociedad o la prenda general de los acreedores sociales. También podrían ser más generosos los plazos de ley para el pago a los recedentes, cuando estas deudas afectaren negativamente la posición financiera o patrimonial de la compañía. Estas u otras alternativas lograrían una equilibrada protección de todos los derechos que la ley pretende garantizar y se evitaría entronizar un privilegio desmedido a los socios mayoritarios, como el establecido en la Ley 222/1995, 20 de diciembre²⁴⁰, en perjuicio de los frustrados

²³⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁴⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

recedentes, los cuales, no obstante existir la causal de separación, serían reos de su participación social.

Desde la óptica de las causales que consagra la ley nacional para el ejercicio del derecho de retiro o de receso, se ha expuesto la limitación o restricción que finalmente quedó inserta en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁴¹, que las redujo a un mínimo. No parecería justificable que no hubiese lugar al retiro al aprobarse modificaciones sustanciales del objeto social, el traslado del domicilio social al extranjero, la prórroga del plazo pactado de duración de la vida social, al modificarse las reglas de tráfico jurídico de las acciones o partes de interés social, la vinculación a grupos empresariales o económicos, la venta mayoritaria de sus activos o el no repartirse utilidades durante un determinado período o el haber aclarado legislativamente la posibilidad de pactar estatutariamente causales de receso.

Al establecer el derecho de receso amplio y equitativo no se trata de generar incertidumbre en la permanencia o continuidad de la sociedad que afecte la estabilidad de los negocios o de la economía general o de los inversionistas, sino el reconocer hechos que afectan en forma sensible la causa de vinculación de unos socios y su estatus social, los cuales deben estar facultados para ejercer el derecho de asociación en su contexto negativo, o sea, terminando sus vínculos sociales, cuando se han modificado sus condiciones sociales.

Si bien es cierto se encuentran algunos avances en la ley de las sociedades por acciones simplificadas, S.A.S., como la introducción de la causal de receso con ocasión de la venta o enajenación global o la posibilidad de pagos en especie al

²⁴¹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

recedente, estos avances son mínimos en relación con la limitación de la institución en la ley nacional.

Entre nosotros, a pesar de la presencia larvada de una conflictividad en las sociedades comerciales que aflora en forma permanente en la vida comercial por motivos como los enumerados en las causales enunciadas, pocos han sido los esfuerzos legales para remediar esta situación de confrontación. Extrañamente, a este negativo fenómeno recurrente en la vida mercantil se ha soslayado una solución integral, la cual ha sido objeto de mayor atención por los doctrinantes y por la misma jurisprudencia, siendo tal vez lo más rescatable para su análisis algunos conceptos de la Superintendencia de Sociedades.

Reconocidos tratadistas colombianos²⁴² han llegado a afirmar la inutilidad o inocuidad del derecho de receso establecido en la Ley 222/1995, 20 de

²⁴² Esta fue la opinión del destacado tratadista Enrique Gaviria, de la cual se sirvió el profesor Luis Alfonso Mora Sierra para reafirmar esta misma tesis, la cual recogió en los siguientes términos:

“De forma acertada se ha dicho:

Si bien el Derecho de Receso puede repercutir desfavorablemente sobre la empresa, esta desventaja debe ser asumida y tolerada como efecto inevitable de una medida que busca asegurar la equidad en el trato con determinados socios (ausentes y disidentes), a los que en ciertos casos y por ciertas razones hay que permitirles su retiro de la sociedad, en nombre y con autoridad de la justicia, valor superior al de la conservación de la empresa.

Es precisamente en este aspecto donde se presenta el centro del problema, ya que se debe analizar bajo qué presupuestos se permite el retiro, y si esos presupuestos son de tal gravedad para el socio que deban estar por encima del principio de conservación de la empresa. Debemos preguntarnos entonces: ¿Qué decisiones deben ser presupuesto del derecho?, ¿hasta qué punto lo debe permitir el legislador?, ¿cómo manejar las posibles disminuciones de capital por el reembolso de aporte?, ¿hasta dónde deben llegar las facultades de la Superintendencia que ejerce la inspección, vigilancia y control? Son preguntas que ya las respondió el legislador, regulando el referido derecho.

A pesar de la respuesta del legislador mediante la consagración del derecho, no quiere decir que se ha regulado correctamente, puesto que es un derecho que puede, por obra y gracia del legislador, terminar reducido a ser una simple disposición escrita, sin ninguna relevancia práctica, perdiendo su finalidad e importancia.

La inclusión del derecho de retiro en el ordenamiento jurídico, tiene como función, evitar que en decisiones de gran trascendencia para la vida de la sociedad, la ley de las mayorías se convierta en un mecanismo de abuso en contra de las minorías –socios ausentes y disidentes-, tal como lo afirman Salomón y Palmiter

...el derecho societario faculta a las mayorías para aprobar reformas orgánicas, aún en contra de la voluntad de las minorías. La ley de las mayorías le da a la sociedad la flexibilidad que requiere para adaptarse a nuevas circunstancias.

También puede convertirse en un instrumento de opresión para forzar a los minoritarios a aceptar un precio injusto por sus acciones, o convertirlos en rehenes de una compañía reestructurada que no contemplaron al entrar en la sociedad ni consideran deseable.

Con esto, no se está fomentando una clase de veto a las mayorías, ni mucho menos la denominada “tiranía de las minorías”. No se puede desconocer de ninguna manera que la ley de mayoría es la ley suprema de la sociedad, y que sin este principio no sería posible gobernar las compañías “... ese querer mayoritario tiene, además del apoyo de la ley, el respaldo inequívoco de los socios, pues, al firmar el contrato social, todos aceptamos someternos a él sin discusión”.

Es evidente que la ley de las mayorías es el mecanismo por el cual se desarrollan las compañías, sin embargo no puede ser defendido a ultranza. No sería ajustado a derecho que una decisión, incluso acorde a la ley, sea de tal trascendencia que en ciertos casos los socios minoritarios se vean verdaderamente afectados por la decisión aprobada, y no cuenten con la posibilidad de retirarse de una sociedad en la cual posiblemente ya no tengan ningún interés de pertenecer, y en casos en los cuales su pertenencia a la misma le traería efectos patrimoniales negativos. No es aceptable la teoría de la conservación de la empresa en el sentido estricto de sus palabras, cuando no permita el retiro de un socio, en ciertos eventos donde resulte afectado, bajo el pretexto de ser una decisión tomada cumpliendo todos sus requisitos legales, arguyendo además que dicho retiro atentaría contra la seguridad patrimonial de la sociedad. En muchos casos se aceptarían situaciones injustas y perjudiciales frente al fomento de la inversión por parte de pequeños accionistas que lo único que esperan obtener de su inclusión en la sociedad, es un beneficio económico al fin de cada ejercicio social.

Así lo sostiene Gaviria Gutiérrez cuando afirma que:

“Sucede, empero, que a veces lo demasiado estricto propicia soluciones injustas, olvidándose además que hay que tratar con benevolencia al socio minoritario situado en la encrucijada de un contrato social generalmente a muy largo plazo y sobre el cual no tiene ninguna posibilidad de influencia y poco esperanza de enajenación.

Adviértase además que, aunque tenga una legalidad irreprochable, hay veces que la mayoría adopta decisiones demasiado duras, casi insostenibles para la minoría...

Teniendo en cuenta que el conocimiento del proceso de receso lo conoce de oficio o a petición de parte de la Superintendencia, no se puede entender como los socios que detentan el poder político y que tomaron la decisión perjudicial para con los ausentes y disidentes, puedan acudir a la Superintendencia y solicitar que no conceda el derecho, y ésta en uso de sus facultades niegue la posibilidad a los ausentes y disidentes de retirarse. Es ilógico que un derecho de tal importancia creado “supuestamente” para proteger a los minoritarios de posibles abusos a la mayoría, sea desconocido por una decisión discrecional de la entidad respectiva, incluso en muchos casos, promovida por la mayoría societaria.

Debería ocurrir, en aras de la coherencia de la norma, que si la causal ocurre y se comprueba sus supuestos, se debe tomar no otra decisión que conceder el derecho de retiro a quien lo solicite, teniendo en cuenta que es la última posibilidad con la que cuenta el socio para retirarse. Además, puede suceder que al socio al que le ofrecen la primera opción no compre y luego la sociedad no readquiera, y posteriormente ese mismo socio o grupo de ellos, solicite a la Superintendencia que niegue el retiro, todo proporcionado por quien tomó la decisión causal del derecho en cuestión.

Al respecto, en las discusiones de la ley 222, al interior del Congreso de la República, la Superintendencia de Valores y Bancaria en los comentarios al proyecto de la ley de modificación al Código de Comercio realizados por el Ministerio de Hacienda al artículo 110, “el ejercicio del derecho de receso y efectos (nuevo)” con criterio práctico y persiguiendo darle efectos a la intención del legislador de dar efectividad al derecho de receso, dijo: “...precisamente se trata de que sean los accionistas mayoritarios a quienes se les imponga la obligación de comprar, y no a la sociedad, puesto que cuando ella es la obligada se produce un reembolso de aporte y, consecuentemente, una disminución de su patrimonio en desprotección de los acreedores”.

Claro argumento que busca dos efectos; por el lado salvaguardar la seguridad de la empresa y por consiguiente de los acreedores, y por otro lado, proteger al accionista que se vea perjudicado por una decisión, ejerciendo con éxito el retracto. Es evidente que los socios que tomaron la decisión causal del derecho de receso sin prever las consecuencias para los otros, sean los obligados a comprar la participación de recedente, sin necesidad de acudir a disminuciones de capital, presumiblemente perjudiciales para los acreedores.

diciembre²⁴³. Otros, en tono crítico han manifestado las reglas de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁴⁴, sobre causales de retiro está lleno de alambradas hostiles que hacen que en la práctica los asociados no puedan retirarse de la sociedad; igualmente glosa las restricciones a las causales de derecho de receso que, como atrás se ha analizado, restringen en forma absurda la posibilidad del ejercicio de este derecho²⁴⁵.

6.19 DERECHO DE RETIRO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS SAS

Quien crea el derecho debe correr con la carga de solucionarlo y restablecer el equilibrio, aunque tampoco se debe patrocinar que este derecho se convierta en un vía de salida para el inversionista, sin una justificación clara de los efectos negativos de ciertos actos societarios...

Debemos preguntar: ¿hasta cuándo nuestro legislador va a regular situaciones y conferir derechos que al final simplemente sean otro compendio más de la letra muerta en nuestro ordenamiento por carecer de toda eficacia práctica. No se entiende así, cuál es el espíritu de nuestro legislador, si el de ahondar en las encrucijadas de nuestros problemas jurídicos, promoviendo soluciones efectivas o el de favorecer a un grupo específico de la persona o aun sector determinado? Esta pregunta tristemente no la ha respondido el legislador, o por lo menos el derecho de retiro no es el caso.” (MORA SARRIA, Luis Alfonso. Revista Criterio Jurídico No. 3. Santiago de Cali. 2003, págs. 103 a la 122. Se transcribe el concepto del estudio del Profesor Luis Alfonso Mora S., titulado Derecho de Retiro ¿Realidad o Letra Muerta?)

²⁴³ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁴⁴ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁴⁵ Esta era la posición del profesor Ignacio Sanín B., quien, en su estilo crítico, afirmaba:

“En relación con el derecho de retiro, lo que quedó en la Ley 222 es una relación de causales de retiro llena de alambradas hostiles que hace que en la práctica los asociados sigan sin poder retirarse de la sociedad. Pero esa es la ruptura del lazo societario por iniciativa del socio: voluntaria y unilateral; porque ese vínculo también puede romperse por iniciativa de la compañía o de los mayoritarios, y la figura ya no será el retiro sino la exclusión, forzosa, violenta e impuesta.

Pueden mencionarse cuatro mecanismos para formalizar el retiro y cuáles son sus efectos: ...

Es urgente ampliar las causales del derecho de receso o de retiro, una vez reconocido tal derecho en el derecho positivo con la Ley 222 pero infortunadamente limitado a escasas y sofisticadas situaciones. ¿Cómo es posible que en Colombia la modificación del objeto social, el cambio de domicilio, la prórroga del contrato social con anterioridad a su vencimiento, o cualesquiera otras modificaciones estatutarias de fondo no generen el derecho de retiro del asociado minoritario, a quien se está exigiendo que mantenga su palabra, y debe mantenerla, siempre y cuando no le cambien las condiciones y las reglas de juego intrasocietario? (SANÍN BERNAL, Ignacio. Reforma a la legislación mercantil. Medellín: Colegio de Abogados de Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE, 1999.)

Como se observó en la aproximación a la evolución histórica del derecho de sociedades en Colombia, la sociedad por acciones simplificada se ha convertido en el más recurrido instrumento de asociación mercantil, no solo por hacer real la limitación de la responsabilidad de los socios, sino por asignar importantes espacios a la autonomía de la voluntad que permite una manifestación más auténtica del marco estatutario deseado por los socios. Esta nueva forma societaria además del derecho de exclusión y del derecho de receso. Particularmente se destacan las siguientes reglas en esta última materia:

- i. **Otras formas de compensación.** En cuanto al derecho de receso en los casos de transformación, fusión y exclusión se aplicarían las reglas contenidas en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁴⁶, para los accionistas ausentes o disidentes. Como regla novedosa, expresamente se autoriza que el recedente reciba dinero en efectivo, cuotas sociales, acciones o títulos de participación o cualquier otro activo como contraprestación en los casos de fusión, transformación, escisión o fusión abreviada, facilitando así un tema difícil en estos eventos sociales.
- ii. **Unanimidad.** En aquellos casos de transformación de una sociedad por acciones simplificada S.A.S. en los cuales se modifique la naturaleza de la misma, se exige la unanimidad de los accionistas, por lo cual no habría lugar al derecho de retiro, al no existir accionistas ausentes o disidentes. Lo anterior es aplicable a casos en los cuales por la fusión o escisión se transite a otro tipo societario o viceversa.

²⁴⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

iii. Enajenación global. Es una gran novedad como las causales de retiro societario, que también debería adoptarse para todo tipo de sociedad²⁴⁷. Esta causal, la enajenación global de activos y pasivos, supone una forma de finalización o cambio del objeto o actividad social, lo cual justifica el receso. La llamada enajenación global de activos en las sociedades por acciones simplificadas se configura al transferirse activos y pasivos que representen el cincuenta por ciento o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de la enajenación. Esta definición seguramente generará discusiones porque, textualmente se entendería, que siempre deberían incluirse pasivos en la enajenación, lo cual muchas veces no obedece a una racionalidad negocial. Estas enajenaciones globales de activos se constituyen en una nueva causal para el ejercicio del derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes o disidentes solo en caso de desmejora patrimonial.

Dados los diferentes métodos de valoración patrimonial que sirven para determinar una posible “desmejora patrimonial”²⁴⁸ y con el fin de evitar la inseguridad jurídica, consideramos, como se indicó en relación con la valoración de los aportes en el derecho de exclusión y muy especialmente en el derecho de retiro, debería dictarse un decreto reglamentario sobre el método de valoración de las acciones, cuotas o partes de interés, para todos los casos en los cuales se requiera la apreciación de los derechos en la compañía.

²⁴⁷ El escenario a que alude el punto anterior es similar al de la reactivación de la sociedad o la llamada reconstitución de la misma, cuando se encuentra en estado de liquidación y que se asimila al contenido en el artículo 180 del Código de Comercio, conocido como fusión impropia, pues como lo analiza un concepto de la Superintendencia de Sociedades, la circunstancia de exigirse que la decisión sea adoptada por la totalidad de los asociados implica que nunca habría socios ausentes o disidentes y por tanto carecería de sentido predicar un derecho de receso o de retiro (Concepto Supersociedades No. 220-24650). 18 de marzo de 2005.

²⁴⁸ Ver comentarios sobre valoración para el reembolso de la participación social en el acápite 6.6.2.

La mayoría requerida para la aprobación de la asamblea, que es el órgano facultado para decidir sobre la enajenación global, es la mitad más uno de las acciones presentes en la reunión.

6.20 DERECHO DE RETIRO PARA LOS ACCIONISTAS PROPIETARIOS DE ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL

Con miras a estimular la capitalización empresarial, fue dictada la Ley 27/1990, de 20 de febrero²⁴⁹. En esta normativa fueron reglamentados aspectos relativos a las sociedades comisionistas de bolsa, al Depósito Centralizado de Valores -Deceval-, institución que facilita la negociación y circulación segura y virtual de los títulos bursátiles, y lo relativo a la creación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. Esta última reglamentación, entonces exclusiva para las sociedades inscritas en bolsa, buscaba atraer inversionistas, garantizándoles la rentabilidad de sus aportes accionarios pero excluyéndolos en la toma de decisiones políticas de la sociedad, salvo para el caso de las reformas estatutarias en las cuales se convirtieran las acciones con dividendo preferencial en acciones ordinarias. Estas reformas deberían ser aprobadas por una mayoría no menor al setenta por ciento de las acciones suscritas, otorgándoles el derecho de receso a los accionistas ausentes o disidentes que exigieran el reembolso de sus aportes dentro de los quince días siguientes al aviso de la convocatoria de la reunión de la asamblea citada para adoptar tal decisión. Este reembolso se haría con base en el balance aprobado por la asamblea general de accionistas, fijándose así un régimen de protección para su inversión²⁵⁰.

²⁴⁹ Colombia. Ley 27/1990, de 20 de febrero. Diario Oficial No. 39.195, p. 1.

²⁵⁰ Artículo 39. Ley 27 de 1990. De la conversión de acciones con dividendo preferencial. Las acciones con dividendo preferencial sin derecho de voto podrán convertirse en acciones ordinarias. La reforma estatutaria correspondiente será adoptada con el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley y los estatutos y con el voto favorable del setenta

Con posterioridad, la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁵¹, en sus artículos 61 al 65²⁵², derogó en su integridad la Ley 27/1990. En la Ley 222/1995, de 20 de

por ciento de las acciones en que se encuentre dividido el capital social, incluyendo en dicho porcentaje y en la misma proporción el voto favorable de las acciones con dividendo preferencial. Los titulares de acciones con dividendo preferencial que no hubieren concurrido a la asamblea o hubieren votado negativamente la conversión, podrán solicitar el reembolso de su aporte dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del aviso que les dé el representante legal de la sociedad por los mismos medios previstos en los estatutos para convocar la asamblea ordinaria de accionistas.

Artículo 40. Del valor del reembolso del aporte. El accionista que solicite el reembolso de sus aportes en los casos previstos en esta Ley, tendrá derecho a que se le entregue a tal título y dentro del término que fije la Comisión Nacional de Valores, el valor patrimonial de su acción de acuerdo con el balance que será aprobado por la asamblea, en la misma reunión en que se decreta la conversión en acciones ordinarias o la disminución del capital social. Dicho balance debe ser previamente autorizado por la entidad que ejerza la función de inspección y vigilancia sobre la sociedad. Si dicho valor patrimonial es inferior al valor nominal más la prima por colocación que se pagó al momento de suscribir la acción, el accionista tendrá derecho a que se le pague esta última suma, siempre que la misma no sea superior al valor patrimonial de las acciones con dividendo preferencial que resulte luego de imputar al capital representado por acciones ordinarias el pasivo externo en la forma y dentro de los límites que determine el Gobierno Nacional.

²⁵¹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁵² El nuevo régimen de derechos de los accionistas con acciones con dividendo preferencial y sin derecho a votos se encuentra consagrado en el artículo 63 de la Ley 222 de 1995 que establece: *DERECHOS. Las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto darán a su titular el derecho a percibir un dividendo mínimo fijado en el reglamento de suscripción y que se pagará de preferencia respecto al que corresponda a las acciones ordinarias; al reembolso preferencial de los aportes una vez pagado el pasivo externo, en caso de disolución de la sociedad; y a los demás derechos previstos para las acciones ordinarias, salvo el de participar en la asamblea de accionistas y votar en ella.*

En el reglamento de suscripción podrá conferirse a los titulares de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, además de los señalados en el inciso anterior, los siguientes derechos:

- 1. A participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo.*
- 2. A participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo y el correspondiente a las acciones ordinarias, cuyo monto será igual al del dividendo mínimo.*
- 3. A un dividendo mínimo acumulativo hasta por el número de ejercicios sociales que se indique en el reglamento de suscripción.*

PARÁGRAFO. No obstante, las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto darán a sus titulares el derecho a voto, en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de aprobar modificaciones que puedan desmejorar las condiciones o derechos fijados para dichas acciones. En este caso, se requerirá el voto favorable del 70% de las acciones en que se encuentre dividido el capital suscrito, incluyendo en dicho porcentaje y en la misma proporción el voto favorable de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando se va a votar la conversión en acciones ordinarias de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. Para tal efecto, se aplicará la misma mayoría señalada en el numeral anterior.*

diciembre²⁵³, se amplió la posibilidad de emitir este tipo de acciones a cualquier tipo de sociedad por acciones²⁵⁴, pero se olvidó del derecho de receso para aquellos accionistas con dividendo preferencial inconformes con la conversión de sus acciones en comunes u ordinarias. El derecho de receso fue sustituido por un derecho de participación en las asambleas de accionistas destinadas a la aprobación de modificaciones que alteren o desmejoren los derechos o condiciones de esas acciones o cuando se pretenda convertirlas en acciones ordinarias. En esta forma se modificó el estatus social de los accionistas con dividendo preferencial al suprimirse el derecho de retiro, sustituyéndolo por la exigencia de una votación calificada del 70% del fondo social y del total de acciones con dividendo privilegiado para aprobar los cambios atrás mencionados²⁵⁵.

No parecería conveniente esta reforma con la cual, por la vía de las mayorías, se permite cambiar totalmente la causa que originó la vinculación del socio, como lo es la garantía del dividendo.

Ahora bien, dada la liberalidad del régimen de las acciones de las sociedades por acciones simplificadas, bien pueden crearse este tipo de acciones en las sociedades de esta naturaleza, pero sería recomendable, por las deficiencias ya comentadas del régimen general, reglamentar el retiro de los accionistas

3. En los demás casos que se señalen en el reglamento de suscripción.

²⁵³ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁵⁴ Al respecto dice el Artículo 61 de la Ley 222 de 1995: Sociedades que pueden emitirlas. Las sociedades por acciones podrán emitir acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, las cuales tendrán el mismo valor nominal de las acciones ordinarias y no podrán representar más del cincuenta por ciento del capital suscrito.

La emisión se hará cuando así lo decida la asamblea general de accionistas.

²⁵⁵ Artículo 65. Ley 222 de 1995. TITULOS. Además de los requisitos generales, en los títulos de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, deberán indicarse los derechos especiales que ellos confieren.

ausentes, disidentes o abstencionistas, en caso de modificarse sus estatutos de recibir en forma preferencial los dividendos, razón de ser de esta calidad de inversionista; vacío que igualmente debería tenerse previsto en la constitución de sociedades anónimas y en comandita por acciones.

6.21 NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO, AÑO 2012

La reciente reforma del estatuto tributario, Ley 1527/2012, de 27 de abril²⁵⁶, ha castigado en forma injusta y probablemente en contradicción con la Constitución Política la posibilidad de ejercer el derecho de receso en los casos de fusiones y adquisiciones.

Las modificaciones al estatuto tributario están contenidas en el nuevo artículo 319 del mismo, que se incluyó en el capítulo II del título IV de la reforma tributaria, titulado “Reorganizaciones Empresariales. Fusiones y Adquisiciones”. En este artículo se regulan las fusiones y las adquisiciones, los efectos de las mismas, ya sean adquisitivas o reorganizativas, y los supuestos en las que son sujetas a gravamen. Además se reglamentarán las fusiones de entidades extranjeras y la responsabilidad solidaria en estos casos.

Los literales F de los numerales 319-3 y 319-6, casi similares en su texto aunque el segundo con un mayor grado de precisión, reglamentan los efectos de las fusiones, gravando como enajenaciones, con todas sus consecuencias fiscales, las sumas recibidas por el recedente en dinero u otras especies, con ocasión de la fusión o de la escisión. Por el contrario, quienes reciben acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos de la nueva sociedad o de la absorbente no serán

²⁵⁶ Colombia. Ley 1527 04/ 2012, de 27 de abril. Diario Oficial No. 48.414. Congreso de la República.

gravados al recibir esos bienes, salvo que los enajenen dentro de los dos años gravables siguientes.

De esta manera, quien ejerza el derecho de receso en una fusión o escisión y, por tanto, reciba dinero u otras especies, tales como acciones, derechos o cuotas diferentes a los de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, será gravado de forma inmediata, quedando en total desequilibrio frente al accionista que continúe en la sociedad adquirente y que propició la fusión o la escisión, el cual recibirá un tratamiento impositivo favorable. Es probable, por tanto, que estas normas pugnen con los dictados del principio constitucional relativo a la igualdad ante la ley y, por tanto, sean inexecutable²⁵⁷. Del mismo modo, por sus efectos adversos al ejercicio del derecho de receso, estas disposiciones podrían atentar contra el derecho a la libre asociación en el sentido negativo, artículo 386 C.N., al obligar al socio disidente o ausente a la continuidad en la relación societaria, so pena de recibir un trato tributario desigual²⁵⁸.

²⁵⁷ Artículo 13. Constitución Política. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁵⁸ **Artículo 319-4.** Efectos en las fusiones y escisiones adquisitivas. Las fusiones y escisiones adquisitivas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

1. No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva fusión o escisión, ya sea que intervengan como absorbidas o escidentes (es decir, como enajenantes), o como absorbentes resultantes de la fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.

2. Para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de fusión o escisión. Para efectos de depreciación o amortización fiscal en cabeza de la entidad adquirente, no habrá lugar a extensiones o reducciones en la vida útil de los bienes transferidos, ni a modificaciones del costo fiscal base de depreciación o amortización.

3. Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o muebles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva fusión o escisión.

4. Si la adquirente enajena los activos dentro de los dos (2) años siguientes al aporte, no podrá compensar pérdidas fiscales acumuladas ni excesos de renta presuntiva sobre renta líquida, respecto del ingreso que genere la enajenación de dichos bienes.

5. Respecto de los accionistas, socios o partícipes en las entidades participantes, no se entenderá que existe enajenación de acciones, cuotas o participaciones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que en el caso de la fusión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de los acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en cada una de las entidades fusionadas, participen luego de la fusión en la entidad absorbente o resultante de la fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia a aquellos que tengan antes de la fusión aunque proporcionales a su participación en la entidad resultante de la fusión;

b) Que en el caso de la escisión, los accionistas, socios o partícipes, titulares de por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en la entidad escidente, participen luego de la escisión en la enajenante misma, o en una o más de las entidades beneficiarias, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes, en sustancia, a aquellos que tengan antes de la escisión, aunque en proporción a su participación en la entidad enajenante o beneficiaria respectiva;

c) Que en los eventos previstos en los literales a) y b) anteriores, la participación o derechos que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe en la entidad resultante de la fusión o en la escidente o en la entidad beneficiaria o beneficiarias respectivas, constituya no menos del noventa por ciento (90%) de la contraprestación que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe por sus acciones, cuotas, participaciones o derechos en la entidad absorbente o escidente, sobre bases comerciales razonables, según las mismas se reflejen en el método de valoración y en el mecanismo de intercambio adoptado para la respectiva fusión o escisión;

d) Si los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, enajenan o ceden a cualquier título las acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos políticos o económicos antes de que finalice el segundo año gravable siguiente al año gravable en el cual se perfeccione la respectiva fusión o escisión, deberán pagar por concepto de impuesto de renta y complementarios por el respectivo acto de enajenación o cesión, el que aplique al mismo acto de enajenación, adicionado en un treinta por ciento (30%), sin que en ningún caso dicho impuesto de renta resulte inferior al diez por ciento (10%) del valor asignado a las acciones, cuotas, participaciones o derechos del respectivo accionista, socio o partícipe en la fusión o escisión según el método de valoración adoptado para la misma. Las disposiciones contenidas en este literal d) no aplicarán a ventas forzadas, transferencias por causa de muerte, transferencias a título de escisión o fusión que cumplan con los mismos requisitos establecidos en este artículo y transferencias a título de liquidación;

e) Los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, tendrán como costo fiscal respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones que reciban en la entidad adquirente respectiva, el mismo costo fiscal que tenían respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones en la entidad enajenante, sin que se entienda que existe solución de continuidad en la propiedad sobre la inversión, ni que haya lugar a cambio alguno en cuanto a la naturaleza de la inversión como activo fijo o movable;

f) Las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que cualquiera de los accionistas, socios o partícipes de cualquiera de las entidades enajenantes no tengan como contraprestación en la respectiva fusión o escisión, acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos en la entidad adquirente, se entenderán enajenadas bajo las reglas generales establecidas en este Estatuto y en otras leyes y estarán sometidas a los impuestos aplicables.

Parágrafo 1°. Para efectos tributarios se entenderá que se está frente a un proceso de escisión cuando el patrimonio escindido de la(s) entidad(es) escidente(s) o enajenante(s) califique como una o más unidades de explotación económica o como uno o más establecimientos de comercio, y no como activos individualmente considerados o como contrapartida para segregar cuentas patrimoniales, caso en el cual la respectiva escisión tendrá el tratamiento aplicable a la enajenación de activos.

Parágrafo 2°. Las disposiciones contenidas en este artículo se aplicarán a las fusiones y escisiones adquisitivas que involucren entidades nacionales y extranjeras siempre que, en el caso de la fusión, la entidad absorbente o adquirente sea una entidad nacional, y que, en el caso de la escisión, la(s) entidad(es) beneficiaria(s) o adquirente(s) sea(n) entidad(es) nacional(es).

Artículo 319-5. Fusiones y escisiones reorganizativas. Se entiende por tales, aquellas fusiones en las cuales las entidades participantes en la fusión estén vinculadas entre sí y aquellas escisiones en las cuales la entidad escidente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la escisión, estén vinculadas entre sí. También tendrán el carácter de fusiones reorganizativas aquellas fusiones por absorción entre una sociedad matriz y sus subordinadas. Así mismo, tendrán el carácter de reorganizativas las escisiones por creación, siempre que el patrimonio de las sociedades beneficiarias creadas en virtud de la escisión esté constituido exclusivamente por el patrimonio escindido existente al momento de la escisión. Para efectos de la determinación de la existencia o no de vinculación, se acudirá a los criterios establecidos en el artículo 260-1 de este Estatuto.

Artículo 319-6. Efectos en las fusiones y escisiones reorganizativas entre entidades. Las Fusiones y Escisiones Reorganizativas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

1. No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva fusión o escisión, sea como absorbidas o escidentes (es decir, como enajenantes) o como absorbentes resultantes de la fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.

2. Para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de fusión o escisión. Para efectos de depreciación o amortización fiscal en cabeza de la entidad adquirente, no habrá lugar a extensiones o reducciones en la vida útil de los bienes transferidos, ni a modificaciones del costo fiscal base de depreciación o amortización.

3. Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o movibles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva fusión o escisión.

4. Respecto de los accionistas, socios o partícipes en las entidades participantes, no se entenderá que existe enajenación de acciones, cuotas o participaciones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que en el caso de la fusión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85%) de los acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en cada una de las entidades fusionadas, participen luego de la fusión en la entidad absorbente o resultante de la fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tengan antes de la fusión aunque proporcionales a su participación en la entidad resultante de la fusión;

b) Que en el caso de la escisión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85%) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en la entidad escidente, participen luego de la escisión en la enajenante misma o en una o más de las entidades beneficiarias, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia a aquellos que tengan antes de la escisión, aunque en proporción a su participación en la entidad enajenante o beneficiaria respectiva;

c) Que en los eventos previstos en los literales a) y b) anteriores, la participación o derechos que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe en la entidad resultante de la fusión o en la escidente o en la entidad beneficiaria o beneficiarias respectivas constituya no menos del noventa y nueve por ciento (99%) de la contraprestación que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe por sus acciones, cuotas, participaciones o derechos en la entidad absorbente o escidente sobre bases comerciales razonables según las mismas se reflejen en el método de valoración y en el mecanismo de intercambio adoptado para la respectiva fusión o escisión;

d) Si los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, enajenan o ceden a cualquier título las acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos políticos o económicos antes de que finalice el segundo año gravable siguiente al año gravable en el cual se perfeccione la respectiva fusión o escisión, deberán pagar por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios por el respectivo acto de enajenación o cesión, el que aplique al mismo acto de enajenación, adicionado en un treinta por ciento (30%), sin que en ningún caso dicho impuesto de renta resulte inferior al diez por ciento (10%) del valor asignado a las acciones, cuotas, participaciones o derechos del respectivo accionista, socio o partícipe en la fusión o escisión según el método de valoración adoptado para la misma. Las disposiciones contenidas en este literal c) no aplicarán a ventas forzadas, transferencias por causa de muerte, transferencias a título de escisión o fusión que cumpla con los mismos requisitos establecidos en este artículo y transferencias a título de liquidación;

e) Los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, tendrán como costo fiscal respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones que reciban en la entidad adquirente respectiva, el mismo costo fiscal

CAPÍTULO VII

Sumario: Otras legislaciones nacionales que contemplan el derecho de retiro. Derecho de retiro de las entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera. Supuestos de receso. Del avalúo Independiente y del receso. Comentarios sobre este régimen. Derecho de retiro en el caso de enajenación de participaciones estatales. Consideraciones constitucionales. Remisión a la legislación mercantil. Remisión a la legislación mercantil. Oferta Pública de Adquisición de Acciones O.P.A. y derecho de retiro de disidentes o ausentes en el mercado público accionario. Aspectos generales. Legislación comunitaria europea y española. Normas nacionales.

7. OTRAS LEGISLACIONES NACIONALES QUE CONTEMPLAN EL DERECHO DE RETIRO

Paralelas al Código de Comercio existen otras regulaciones mercantiles en lo relativo al derecho de receso que se examinarán en este capítulo. Se revela una

que tenían respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones en la entidad enajenante, sin que se entienda que existe solución de continuidad en la propiedad sobre la inversión, ni que haya lugar a cambio alguno en cuanto a la naturaleza de la inversión como activo fijo o movable;

f) Si como contraprestación por todas o parte de las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que cualquiera de los accionistas, socios o partícipes de cualquiera de las entidades enajenantes, estos recibieran dinero u otras especies distintas de acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos en la entidad adquirente, la totalidad de las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que tengan en el momento de la fusión o escisión en la entidad enajenante, se entenderán enajenadas bajo las reglas generales establecidas en este Estatuto y en otras leyes y estarán sometidas a los impuestos aplicables.

Parágrafo 1°. Para efectos tributarios se entenderá que se está frente a un proceso de escisión cuando el patrimonio escindido de la(s) entidad(es) escidente(s) o enajenante(s) califique como una o más unidades de explotación económica o como uno o más establecimientos de comercio, y no como activos individualmente considerados o como contrapartida para segregar cuentas patrimoniales, caso en el cual la respectiva escisión tendrá el tratamiento aplicable a la enajenación de activos.

Parágrafo 2°. Las disposiciones contenidas en este artículo se aplicarán a las fusiones y escisiones reorganizativas que involucren entidades nacionales y extranjeras siempre que, en el caso de la fusión, la entidad absorbente o adquirente sea una entidad nacional, y que, en el caso de la escisión, la(s) entidad(es) beneficiaria(s) o adquirente(s) sea(n) entidad(es) nacional(es).

Artículo 319-7. Fusiones y escisiones gravadas. Las fusiones y escisiones, ya sean adquisitivas o reorganizativas, que no cumplan con las condiciones y requisitos consagrados en los artículos anteriores, constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos fijos consagradas en este Estatuto.

vez más el desorden legislativo nacional en materia mercantil al dar soluciones diferentes a temas similares, como los que a continuación se indican. En este aparte se tratará lo relativo al sector financiero y de seguros, a las sociedades con participación pública en su capital y a las compañías cotizadas en el mercado de valores cuando se realizan Ofertas Públicas de Adquisición – OPA –. Estas legislaciones, justificadas en su especialidad, en relación con el derecho de receso o de retiro, adoptan diferentes alternativas en el tratamiento de este derecho, como ya se ha insistido, revelando incoherencias en el tratamiento que el sistema jurídico otorgara a una misma materia.

7.1 DERECHO DE RETIRO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS O ASEGURADORAS VIGILADAS POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA, HOY FINANCIERA

7.1.1 Supuestos de receso. El artículo 17 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁵⁹, expresamente sustrajo de sus reglas el derecho de receso para las sociedades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera.

En concordancia con lo anterior, el capítulo II de la parte tercera del estatuto orgánico del sistema financiero colombiano E.O.S.F., reguló los procedimientos que deben realizarse para las fusiones de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Este procedimiento, en el cual participa activamente el órgano de vigilancia estatal, exige publicidad del mismo, mediante la publicación de avisos que deben contener los compromisos pactados entre las entidades participantes en el proceso. Igualmente, en el mencionado estatuto se prevén sus efectos patrimoniales,

²⁵⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

las formalidades que se deben observar y la forma de adelantar la integración de las operaciones financieras. Como a continuación se expone, en forma excepcional se faculta ejercer el derecho de receso en los casos de fusión o de escisión de las sociedades financieras y exigir la realización de un avalúo independiente que sería de base intercambio accionario, buscando fundamentalmente la preservación de la estabilidad de la sociedad.

7.1.2 Del avalúo independiente y del receso. Dentro de los requisitos que continúan los avisos de información pública del compromiso que debe aprobarse previamente a la fusión, debe incluirse la forma como se han evaluado los patrimonios de las fusionantes y las condiciones de intercambio de las acciones resultantes de la operación. Los accionistas que posean conjunta o separadamente no menos del cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas de cualquiera de las entidades interesadas en participar en una fusión, tendrán derecho a solicitar la elaboración de un estudio técnico e independiente de valoración de las entidades, para así determinar la relación de intercambio correspondiente, en caso de no haberse realizado previamente una valoración con estas características. La relación de intercambio que surja de este estudio será obligatoria, salvo cuando por una mayoría superior al ochenta y cinco por ciento (85%) de las acciones suscritas de cada entidad interesada se decida lo contrario, caso en el cual surge el derecho de receso a favor de los disidentes minoritarios, a quienes se les pagará un precio por acción igual al que haya servido de base para la relación de intercambio propuesta en el estudio técnico. El reembolso se debe efectuar con cargo al patrimonio de la entidad, ya sea como rebaja de capital o como readquisición de acciones propias, teniendo como precio de reembolso el determinado por el estudio

técnico mencionado. Deberá pagarse o reembolsarse al recedente en un plazo no mayor de un mes, contado a partir de la fecha de realización de la asamblea que decidió la fusión²⁶⁰.

7.1.3 Comentarios sobre este régimen²⁶¹:

²⁶⁰ Artículo 62. Decreto 663 de 1993. DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS.

1. Solicitud de estudio independiente. Quienes sean conjunta o separadamente propietarios de no menos del cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas de cualquier entidad interesada en participar en un proceso de fusión, tendrán derecho a solicitar que se efectúe un estudio técnico independiente para determinar el valor de las entidades participantes en la fusión y la relación e intercambio correspondiente.

Esta solicitud deberá hacerse al representante legal de la respectiva entidad, dentro del mes siguiente al de la publicación o al envío del aviso a los accionistas o aportantes. De no mediar el aviso, la solicitud se hará en la asamblea o dentro de los diez (10) días siguientes a su celebración. De ser necesario, la fecha de reunión de la asamblea donde deba considerarse un compromiso de fusión será pospuesta hasta cuando el estudio quede concluido.

Parágrafo. Este derecho será informado por el representante legal de la entidad en el aviso a los accionistas o aportantes o de no existir tal aviso, en la asamblea.

2. Estudio técnico previo. Cuando el aviso anticipado contenga los resultados de un estudio técnico independiente mediante el cual se haya determinado el valor de las entidades y la relación de intercambio o, de no mediar el aviso, cuando el valor de las entidades y la relación de intercambio que se incluya en el acuerdo de fusión se atenga en todo a los resultados de un estudio con esas características, no podrá solicitarse nuevo estudio por parte de los accionistas minoritarios.

3. Características y efectos del estudio. El estudio técnico al cual se refiere este artículo deberá ser contratado de común acuerdo por las entidades interesadas, con una firma profesional nacional o extranjera, cuya idoneidad e independencia serán calificadas previamente y en cada oportunidad por la Superintendencia Bancaria.

Los costos que cause el estudio serán pagados por las respectivas entidades según estas convengan o, a falta de acuerdo, a prorrata del valor que para cada una se establezca en el mismo.

Las entidades deberán colaborar ampliamente con la firma encargada del estudio, proporcionándoles los informes y las opiniones necesarias para la debida elaboración del mismo.

4. Efectos del estudio y derecho de retiro. La relación de intercambio resultante del estudio técnico será obligatoria en caso de que se convenga la fusión, salvo cuando se decida otra cosa mediante una mayoría superior al ochenta y cinco por ciento (85%) de las acciones suscritas de cada una de las entidades interesadas.

No obstante, en este último evento los accionistas que no convengan en la nueva relación tendrán el derecho a retirarse. Si el accionista opta por ejercer este derecho, la entidad de la cual sea accionista deberá pagar las acciones en dinero dentro del mes siguiente a la fecha de la asamblea que decidió la fusión; tales adquisiciones se efectuarán con cargo al patrimonio de la entidad, como reducción del capital o como adquisición de acciones propias, en los términos y condiciones que señale la Superintendencia Bancaria. El precio de tales acciones será igual al precio por acción que haya servido de base para la relación de intercambio propuesta en el estudio técnico.

²⁶¹ Concepto 2005022911-4 del 15 de junio de 2005

Síntesis: El derecho de retiro como forma de protección del socio disidente o ausente. El derecho de retiro en la fusión de entidades sometidas a supervisión de la Superintendencia Bancaria sólo procede en el evento previsto en el numeral 4 del artículo 62 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La intención del legislador al consagrar lo dispuesto en dicho artículo fue regular en forma íntegra el derecho de retiro para las sociedades dedicadas a la actividad financiera y aseguradora, de manera diferente a lo dispuesto en el Código de Comercio.

[§ 023] «(...) solicita la opinión de esta Superintendencia "sobre el alcance del derecho de retiro en los procesos de fusión de entidades financieras sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria".

Al respecto, sea lo primero señalar que esta Dirección después de haber examinado la normatividad aplicable a la materia en cuestión, así como la posición institucional sobre la misma, contenida en los conceptos 1998065038-3 del 5 de febrero de 1999 y 2004068615-0 del 31 de diciembre de 2004, comparte la opinión que sobre el particular expresa en su comunicación, en el sentido de que en los procesos de fusión de entidades vigiladas por esta Superintendencia no procede el derecho de retiro cuando ésta se aprueba con base en la relación de intercambio resultante de un estudio técnico independiente, realizado por una firma nacional o extranjera, cuya idoneidad e independencia haya sido calificada previamente y en cada oportunidad por esta Superintendencia.

En efecto, la relación de intercambio resultante del estudio técnico es obligatoria en caso de que se convenga la fusión, salvo cuando se decida otra cosa mediante una mayoría superior al ochenta y cinco por ciento (85%) de las acciones suscritas de cada una de las entidades interesadas, evento en el cual, los accionistas que no convengan en la nueva relación tendrán derecho a retirarse (artículo 62, numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

En relación con tal norma, la Superintendencia Bancaria en Concepto 2004068615-0 del 31 de diciembre de 2004 sostuvo lo siguiente:

"c) El derecho de retiro como forma de protección del socio disidente o ausente. Otra forma de protección de accionistas disidentes o ausentes consiste en el reconocimiento del derecho de retiro o de receso, que en materia societaria general opera, entre otros casos, cuando una escisión les impone a los socios mayores responsabilidades o implica una desmejora de sus derechos patrimoniales. Esta regla no se aplica a las sociedades sometidas a la vigilancia de la SBC como consecuencia de una exclusión expresa, que no está consagrada en una norma financiera especial, ni anterior ni posterior, sino en la propia regla societaria general, esto es, en el artículo 17 de la Ley 222 de 1995. De no haberse dado dicha exclusión expresa, el derecho de retiro general de la Ley 222 de 1995 se habría sumado, en las sociedades vigiladas por la SBC, al supuesto especial de derecho de retiro previsto en el numeral 4 del artículo 62 del EOSF, norma sobre fusión que se refiere en general a derechos de accionistas minoritarios, aunque técnicamente el derecho de retiro no es un derecho de la minoría, sino un derecho de un accionista individualmente considerado.

Es importante resaltar que en la ley general posterior, esto es, en la Ley 222 de 1995, se estableció expresamente -en su artículo 17- una exclusión de la aplicación del derecho de retiro para las sociedades vigiladas por la SBC. Dicha disposición legal, que constituye una excepción frente a una regla general, confirma que dicha ley general puede ser aplicada en el caso de dichas sociedades vigiladas por la SBC en todo lo que no pugne con lo dispuesto para ellas de manera especial, y bien sea con anterioridad -como ocurre en este caso- o con posterioridad. De no ser así, ¿para qué se tomaría el trabajo el legislador general de exceptuar expresamente una norma de su aplicación en un ámbito especial?

(...)

e) Una forma de protección de los accionistas minoritarios, es decir, de un conjunto de accionistas considerados colectivamente y no de manera individual, que está previsto en el régimen especial de las sociedades vigiladas por la SBC, y que no existe en el régimen societario general, consiste en la solicitud de un estudio técnico independiente prevista en el numeral 1 del artículo 62 del EOSF, que tiene por objeto determinar el valor de las entidades participantes en la fusión y la relación de intercambio correspondiente. Dicho estudio no puede ser solicitado por los accionistas así protegidos en el evento en que se dé el estudio independiente a que se hace referencia en el numeral 2 de ese mismo artículo; y la relación de intercambio resultante del estudio es obligatoria, a menos que se decida una cosa distinta con una mayoría superior al 85% de las acciones suscritas de cada una de las entidades interesadas; y en ese supuesto, los accionistas disidentes tienen derecho a retirarse, en los términos del numeral 4 de esa disposición".

- a) En las sociedades financieras o del sector asegurador, excepcionalmente surge el derecho de receso en el caso de no aceptación de un avalúo técnico e independiente por parte de los interesados en la fusión, mediante decisión adoptada por el ochenta y cinco por ciento (85%) de las acciones suscritas de cada sociedad que participe en la fusión.
- b) Exclusivamente los accionistas no interesados, ya sean disidentes o ausentes, que no convengan en esos valores tendrán derecho a ejercer el derecho de retiro, cuando hayan solicitado la realización de un avalúo técnico e independiente a lo cual tendrán derecho, siempre que posean, conjunta o separadamente, no menos del 5% de las acciones suscritas de cualquiera de las entidades interesadas en el proceso de fusión.
- c) A diferencia del régimen general del Código de Comercio, no se requiere que se ocasione deterioro patrimonial para los recedentes de la fusión, como exige la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁶². Haciendo evidente, una vez más, la falta de un criterio legal unificado que comprenda una política estatal coherente de defensa de los socios o accionistas minoritarios, pues en este caso, a diferencia del régimen

La manera como la legislación financiera concibe el derecho de retiro hace patente que éste sólo puede ejercerse, bajo el supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 62. "Como se puede observar, la intención del legislador al consagrar lo dispuesto en el artículo 62 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - artículo 8° del Capítulo I del Decreto 656 de 1993-, fue regular en forma íntegra el derecho de retiro para las sociedades dedicadas a la actividad financiera y aseguradora, de manera diferente a lo dispuesto en el Código de Comercio, pues si su voluntad hubiere sido seguir los lineamientos de la ley comercial general no habría incluido la aclaración del inciso 2° del numeral 4 de la norma en estudio, toda vez que se habría partido del supuesto general de que en caso de decidirse una fusión que no tuviera el efecto de otorgar una mayor responsabilidad a los socios, los disidentes siempre tendrían el derecho a receso"¹.

Así las cosas, se reitera que el derecho de retiro en la fusión de entidades sometidas a supervisión de esta Superintendencia sólo procede en el evento previsto en el numeral 4 del artículo 62 varias veces mencionado. (...).»

²⁶² Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

mercantil, para que surja el derecho de receso basta la discrepancia sobre el avalúo por parte de los accionistas minoritarios, como ya se explicó atrás.

- d) No son aplicables las reglas relativas a la rebaja del capital del artículo 145 del Código de Comercio.
- e) No se reguló el derecho de receso en los casos de escisión, pero, por analogía y por remisión a las normas generales mercantiles, debe entenderse que también le son aplicables estas normas del estatuto financiero.
- f) Sin duda, el sistema reglado para las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera protege a los accionistas minoritarios, los cuales tienen la garantía de que los términos de intercambio de las fusiones o escisiones se originan en valoraciones idóneas elaboradas por un tercero independiente, y que si estas no son aceptadas por una mayoría superior al ochenta y cinco por ciento (85%) de los accionistas, surge el derecho de receso para los accionistas ausentes o disidentes.
- g) En nuestra opinión, siempre debería existir la posibilidad de ejercer un derecho de receso por parte de los socios minoritarios, al presentarse un deterioro patrimonial o demérito para los socios minoritarios, pues puede ser válido el estudio de valoración de intercambio y, sin embargo, darse un perjuicio para los accionistas ausente o disidentes.

- h) Estas normas han facilitado múltiples fusiones que se han adelantado en el sector financiero en los últimos años en el país²⁶³.

7.2 DERECHO DE RETIRO EN EL CASO DE ENAJENACIÓN DE PARTICIPACIONES ESTATALES

Otra modalidad del ejercicio del derecho de receso se presenta en las participaciones en el fondo social de propiedad de cualquier ente estatal, pues como adelante se verá, sin que se desvirtúe el mecanismo de receso establecido en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁶⁴, debe complementarse o integrarse con las normas contenidas en la Ley 226/1995, de 20 de diciembre²⁶⁵.

7.2.1 Consideraciones constitucionales. El artículo 60 de la Constitución Nacional ha fijado como obligación estatal la promoción del acceso a la propiedad, por lo cual, al enajenarse participaciones públicas en una empresa, deberá buscar la forma de democratizar su propiedad entre los trabajadores y las organizaciones solidarias o sociales²⁶⁶. En esta materia, el texto jurisprudencial de mayor trascendencia es la sentencia de la Corte constitucional C-037 de 1994, la cual sirvió como fundamento de la posterior ley 226 de 1995, conocida como la Ley de Privatización. Este

²⁶³ Organización de entidades financieras, fusiones, adquisiciones, conversiones, escisiones y cesión de activos y pasivos. Compilación “El Sistema Financiero del Siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1.990”, págs. 81 a la 107. Rodrigo Puyo V. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2011.

²⁶⁴ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁶⁵ Para revisar los aspectos básicos de la privatización es útil el trabajo que sobre la materia realizó Diego Muñoz Tamayo “Privatización en Colombia. Marco jurídico para la transferencia de la propiedad estatal”. Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia. –Bogotá. 2004.

²⁶⁶ “ARTÍCULO 60. Constitución Nacional. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.”

pronunciamiento judicial que interpretó el artículo 60 de la Constitución estableció un derecho de preferencia para los trabajadores y para las organizaciones de la economía del sector solidario en caso de enajenación de participaciones de capital del sector estatal. Este fallo no distinguió si la inversión estatal se encontraba en una sociedad anónima, en una sociedad limitada o de cualquier naturaleza y fijó el marco en el cual se desarrollarían “las condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria”. Entre estas “condiciones especiales” la ley de privatización reguló un derecho de preferencia que se traduce en una primera oferta obligatoria a los mencionados destinatarios: los trabajadores y el sector solidario, y una segunda al mercado en general, salvo que esté pactado el derecho de preferencia a favor de los demás socios. Algunos tratadistas no aceptan esta interpretación, pues alegan que con base en el principio constitucional de acceso a la propiedad, no tiene vigencia el derecho de preferencia y debe ofrecerse las participaciones al público general. La aceptación de esta tesis, desconocería los pactos estatutarios legalmente acordados, sin que un mandato constitucional expreso ordene el ofrecimiento al público en general de las participaciones sociales, con desconocimiento del derecho de preferencia pactado, como sí existe a favor de los trabajadores y el sector social.

En desarrollo del principio constitucional mencionado, fue dictada la Ley 226/1995, de 20 de diciembre²⁶⁷, que reglamentó un esquema de enajenación de las participaciones estatales que otorga preferencia a los sectores solidarios, que serán los primeros destinatarios de las enajenaciones de las participaciones estatales, en condiciones que les facilite el acceso a la propiedad. Posteriormente,

²⁶⁷ Colombia. Ley 226/1995, de 20 de diciembre. Diario Oficial No. 42.159, 21 de diciembre de 1995.

y después de haberse surtido esta oferta al sector laboral o solidario y de no haber sido exitosa total o parcialmente, se puede proceder a ofrecer las participaciones al público en general, salvo, se insiste, en los casos en los cuales se encuentre pactado el derecho de preferencia.

7.2.2 Interpretación de este mecanismo por la Superintendencia de Sociedades. En seguimiento de este mandato constitucional y fundamentándose en las leyes 222 y 226/1995, de 20 de diciembre²⁶⁸, la Superintendencia de Sociedades como órgano de vigilancia y control estatal de las sociedades comerciales, ha interpretado²⁶⁹, que en los casos

²⁶⁸ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁶⁹ Por su parte, se tiene que, de conformidad con el artículo 60 de la Constitución Política, “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria...”

En cumplimiento del precepto anterior, se expidió la Ley 226 de 1995, la cual se aplica a la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones de propiedad del Estado y, en términos generales, a la participación del mismo en el capital social de cualquier empresa (artículo 1 ibídem). Para los fines pertinentes, la titularidad de la participación estatal se encuentra determinada por el hecho de que las acciones radiquen en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte o porque hayan sido adquiridos con recursos públicos o del Tesoro Nacional.

Con el fin de lograr los postulados que inspiraron la expedición de la Ley 226, cual es la democratización de la propiedad accionaria, se dispuso en el artículo 2 que todas las personas, naturales o jurídicas pueden tener acceso a dicha propiedad y por lo tanto “en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria...”

De las consideraciones expuestas, se desprende claramente que la Ley 226 es eminentemente imperativa y no hace distinción alguna, por razón de los motivos que al titular de las acciones le asistan, ni de los mecanismos jurídicos a través de los cuales se lleve a cabo la transferencia de la participación accionaria que se repute del Estado, lo que en concepto de este Despacho lleva a concluir que si bien es cierto, la Nación en su calidad de socio tiene al igual que los particulares la posibilidad de ejercitar el derecho de retiro cuando quiera que se verifiquen los presupuestos para ese fin establecido en las normas mercantiles invocadas, ello no excluye la aplicación de la Ley 226 del mismo año.

En este orden de ideas debe colegirse que dentro del procedimiento que el derecho de retiro conlleva, solo procederá la opción de compra de que trata el artículo 15 de la Ley 222, en la medida en que se haya agotado antes el mecanismo para la enajenación de acciones previsto en la citada Ley 226, pues en otras condiciones se vulneraría el espíritu del mandato constitucional.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud, no sin antes advertir que el concepto expresado tiene los alcances que señala el artículo 25 del C.A.A.

Referencia: Concepto 220-053, 22 de septiembre de 2005. Superintendencia de Sociedades.

en los cuales una entidad pública es propietaria de participaciones en una sociedad comercial, en caso de ejercer el derecho de retiro o de receso se deben cumplir los mandatos del Estatuto de Privatización de la propiedad estatal.

7.2.3 Remisión a la legislación mercantil. Como se recuerda, el mecanismo previsto para el derecho de receso en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁷⁰, contiene una mezcla de diferentes instituciones y, como parte inicial de su ejercicio, una oferta de las acciones o partes sociales que se buscan receder a los demás accionistas y a la sociedad, operándose una opción de compra a favor de ellos²⁷¹. Al surgir esta opción de compra a favor de los demás accionistas y de la misma sociedad, la Superintendencia de Sociedades ha interpretado que se violaría el estatuto de venta de bienes estatales al no preferirse inicialmente a los sectores trabajadores o sociales, por lo cual, antes de adelantarse la mencionada opción de compra de que trata el artículo 15 de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁷², el titular público propietario de las acciones que pretenda ejercer el derecho de receso debe adelantar un proceso de privatización según las reglas establecidas por la Ley 226/1995, de 20 de diciembre²⁷³. Una vez concluido

²⁷⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁷¹ Artículo 15. Ley 222 de 1995. OPCIÓN DE COMPRA. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del retiro, la sociedad, ofrecerá las acciones, cuotas o partes de interés a los demás socios para que éstos las adquieran dentro de los quince días siguientes, a prorrata de su participación en el capital social. Cuando los socios no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, la sociedad, dentro de los cinco días siguientes, las readquirirá siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas para el efecto. El precio de compra se fijará en la forma prevista en el artículo siguiente.

²⁷² Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁷³ Artículo 3o. Ley 226 de 1995. PREFERENCIA. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional.

este proceso, en caso de no haberse enajenado total o parcialmente por este mecanismo, las correspondientes acciones o derechos sociales, se procedería a continuar con el procedimiento que regula el derecho de receso en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁷⁴.

La aplicación de este concepto, que por su origen puede considerarse como doctrina obligatoria para las sociedades vigiladas, si bien pretende el cumplimiento de un mandato constitucional, en muchas ocasiones, dada su extensión en el

Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa.

Artículo 11. La enajenación accionaria que se apruebe para cada caso particular, comprenderá las siguientes condiciones especiales, de las cuales serán destinatarios exclusivos los mencionados en el artículo 3o., de la presente Ley:

1. Se les ofrecerá en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse.
2. Se les fijará un precio accionarlo fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo 7 o., de la presente Ley, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones. En caso de existir interrupción o transcurrido el plazo de la oferta, se podrá ajustar el precio fijo por parte del gobierno siguiendo los parámetros indicados en dicho artículo 7o.
3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones. hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una Financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán las siguientes características:
 - a. El plazo de amortización no será inferior a 5 años;
 - b. La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito,
 - c. El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados, para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital;
 - d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.
4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.”

²⁷⁴ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

tiempo, puede llevar a la pérdida de oportunidades de negocios de las entidades estatales, con detrimento de valor del bien estatal e incluso puede impedir la misma enajenación.

7.3 OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES O.P.A. Y DERECHO DE RETIRO DE DISIDENTES O AUSENTES EN EL MERCADO PÚBLICO ACCIONARIO

7.3.1 Aspectos generales. En el desarrollo de la economía capitalista, en muchas circunstancias se presenta la concentración de la propiedad accionaria de las sociedades, como una alternativa favorable a la eficiencia del capital y de la administración de la compañía, que facilita el crecimiento, ayuda a definir el destino empresarial y evita la asunción de gastos innecesarios a la sociedad que ocasionaría la presencia de inversionistas muy minoritarios, por ejemplo, el ejercicio del derecho a la información o por la participación en el mercado público de las acciones y sus consiguientes obligaciones y gastos o por los costos y exigencias de una permanente vigilancia del Estado de sus actividades, muchas veces impidiendo desarrollos, dinámica y versatilidad de los negocios y en todo caso, con aumento de los costos de transacción.

Con base en esta realidad económica, el mercado ha creado instituciones de venta forzada de acciones por parte de los accionistas minoritarios, o mejor, el derecho de adquisición de los accionistas mayoritarios denominado *squeeze out right* y, como cara contrapuesta, la facultad de los accionistas minoritarios para forzar la compra por parte de los accionistas mayoritarios a aquéllos, denominada como *sell out*. Estas obligaciones y sus facultades correspondientes surgen en las

Ofertas Públicas de Adquisición, conocida en el lenguaje jurídico bursátil como OPA.

Esta institución, la OPA, es un instrumento de común utilización en los mercados de los Estados Unidos y de Europa, aceptada por la legislación nacional y que pretende facilitar la adquisición por un interesado, con previa comunicación al mercado, de la totalidad o de un número o porcentaje importante de acciones.²⁷⁵

Uno de los temas más controversiales se centra en la “expropiación privada”, que surge del ejercicio del *squeeze out*, es decir, del derecho de adquisición forzada por parte del oferente, accionista mayoritario, quien de acuerdo con la ley se encontraría facultado para adquirir las acciones de los minoritarios aun en contra de su voluntad o consentimiento, las normas que permiten este derecho han superado el examen constitucional de Francia, España, del Tribunal Europeo de Estrasburgo e incluso de los Estados Unidos en las ya mencionadas fusiones simplificadas o *short form merger*. Los argumentos que justifican la

²⁷⁵ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. La Compra y Venta Forzosa de Acciones (sell out y squeeze out). Revista de Derecho de Sociedades. 2009, No. 33, págs. 45 – 72.

“La utilización de la terminología anglosajona “squeeze out” o “freeze out” para designar el derecho a exigir la venta de las acciones, muy expresiva aunque también poco precisa, ha acabado por imponerse en la doctrina de todos los países. Procede de la praxis jurídica estadounidense donde se hace referencia a un heterogéneo conjunto de medidas o técnicas (entre otras, sale-of-asset Freezeout, cash out merger, tender offer freeze-out, short form merger o reverse stock split) que tiene en común servir de cauce para eliminar a los accionistas minoritarios de una sociedad (vid., entre otros, Clark, 1986, 499 y ss; Solomon/Schwartz/Bauman/Weiss, 1994, 1266 y ss; Lekkas, G., 2001, 443 a 446; Peters, T., 1999, 801 a 805; Ehrlicke/Roth, 2001, 1121, nota 25; en la doctrina española, Pérez Troya, A., 1998, 126 y ss); más concretamente, Freeze-out se refiere a la utilización de técnicas legales para obligar a la minoría a abandonar sus posiciones de socio en interés de la sociedad (se ha utilizado también como sinónimo de going private) mientras que squeeze-out hace referencia al uso de cualquier técnica o medida de presión que tenga como propósito y efecto práctico provocar que la minoría abandone la sociedad (vid. Clark, R., 1986, 499 y ss., Peters, T., 1999, 801 y ss. Y Solomon/Schwartz/Bauman/Weiss, 1994, 1266 y ss.; Antunes, J. A. E., 2001, pgs. 45 y ss.), resultando por ello menos preciso que aquél como denominación genérica del derecho a exigir la transmisión de las acciones de la minoría (vid. Perrone, G., 2005, 5, nota 6; vid. También Subramanian, G., 2004,1). Dado que el término squeeze-out, además de poco preciso, tiene una connotación peyorativa, en otros casos se prefiere la utilización de otras expresiones (así, en el Reino Unido se encuentran más difundidas expresiones como buy-out right, sobre todo, compulsory acquisition aunque finalmente el término squeeze out haya acabado por incorporarse a la propia Companies Act). En todo caso, como hemos señalado, el término squeeze out que originariamente hace referencia a una pluralidad de técnicas o medidas, se ha reservado en la literatura jurídica europeo-continental para hacer referencia exclusivamente a una de esas técnicas, en concreto, al derecho de venta forzosa de acciones; cuando se ha utilizado el término según su acepción original en EE UU, se ha podido calificar como “squeeze out” también a otros procedimientos o técnicas(vid., en particular, Paz-Ares Rodríguez, J. C., 2003, 16 y ss).”

constitucionalidad de esta institución se basan en la función social de la propiedad y en los límites que previamente han sido establecidos por la ley al socio para mantener ese estatus o posición. Igualmente, se reconoce que una posición muy minoritaria casi hace desaparecer los derechos administrativos, que hemos llamado derechos políticos de los socios, reduciéndose su condición a la de mero inversionista, posición que será plenamente compensada al ser despojado de su calidad de accionista.²⁷⁶ Entre nosotros, dada la tradición civilista y el culto a los

²⁷⁶ “A partir de este planteamiento, para fundamentar su constitucionalidad, la doctrina mayoritaria rechaza que pueda considerarse como un supuesto de expropiación forzosa considerando en su lugar que, en el reconocimiento legal del derecho de adquisición, el legislador regula el contenido del derecho de propiedad sobre las acciones haciendo uso de la posibilidad de configuración del derecho de propiedad que atribuyen las propias normas constitucionales. Frente a la expropiación forzosa que ha de venir motivada por la concurrencia de causas de utilidad pública o de un interés social, la conformación del contenido del derecho viene delimitada por su función social, lo cual no requiere necesariamente la identificación de un interés general que legitime la intervención del legislador, pero sí que dicha intervención sea razonable y fundada, así como proporcional. En cualquier caso, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, a pesar de rechazar su caracterización como su supuesto de expropiación forzosa, ha seguido la lógica propia de esa caracterización y se ha esforzado por identificar e individualizar los intereses generales que justificarían el reconocimiento legal del squeeze out, señalando una pluralidad de intereses difusos, como facilitar el libre desarrollo de la iniciativa empresarial en grupo, evitar costes injustificados en la gestión y funcionamiento de una sociedad y posibilitar, por tanto, estructuras empresariales eficientes, estimular la formulación de ofertas públicas de adquisición totales, fomentar la disputa por el control societario y contribuir así a su mayor eficiencia o, incluso, mantener la liquidez del mercado.

En el ejercicio de la facultad de conformación legal del derecho de propiedad que se concede al legislador, ha de tomarse en consideración la utilidad privada del propietario y, por ello, toda delimitación del contenido que tenga por efecto una disminución del uso o del valor de la propiedad debe cohererarse con los principios de proporcionalidad y de igualdad que el legislador tiene que observar en esa materia. En este caso, la limitación al derecho de proporcionalidad del accionista minoritario consiste en imponerle, bajo ciertas circunstancias, la pérdida de su posición de socio, porque así lo exige su función social; pero dicha limitación no sería proporcional si la transmisión no se vincula a la adecuada y plena compensación del accionista propietario. Por ello, la compensación plena del accionista minoritario que pierde su posición de socio constituye un presupuesto para la licitud constitucional del derecho de adquisición forzosa.

El reconocimiento legal de este instrumento ha superado el examen de constitucionalidad en todos los ordenamientos jurídicos en los que ha sido sometido al mismo así como también por el Tribunal de Estrasburgo al afirmar la compatibilidad del squeeze out con el derecho de propiedad consagrado en el artículo 1º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales promovido por el Consejo de Europa, una solución que, sin perjuicio de la subsistencia de opiniones minoritarias más o menos críticas, ha sido también refrendada doctrinalmente.

No obstante, la admisibilidad de la atribución del derecho de adquisición de las acciones de la minoría al accionista mayoritario que ostenta un determinado porcentaje de participación en el capital social de una sociedad anónima no puede resolverse sin tomar en consideración el significado que la misma tiene en relación con la propia configuración de la posición jurídica de socio en el seno de una sociedad de capital. Desde una perspectiva jurídico-societaria se ha subrayado en ocasiones la existencia de un derecho de socio a mantener su posición jurídica como tal, derecho a seguir siendo socio que formaría parte del contenido de la propia posición de socio y al que se contrapondrá el reconocimiento a favor del accionista mayoritario del squeeze out right.

atributos tradicionales de la propiedad, seguramente será difícil que nuestra Corte Constitucional llegue a aceptar esta interpretación de la función social de la propiedad bajo la concepción en la que la han aceptado los tribunales europeos. Recientemente, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en el artículo 403 del estatuto mercantil²⁷⁷ emitió un concepto según el cual no es posible incluir en los estatutos de las sociedades anónimas cláusulas adhesivas (*tag along*) o cláusulas de arrastre (*drag along*), relativas a la venta de acciones. El organismo de vigilancia y control opina que las limitaciones a la negociación de las acciones, en las sociedades anónimas, están taxativamente reguladas en la mencionada norma mercantil. Se difiere de la rigurosa postura de la Superintendencia de Sociedades, pues las cláusulas de adhesión (*tag along*), o sea aquellas que

La posición de socio es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la posición de un sujeto en el marco de una relación jurídica de cooperación que se establece entre dicho sujeto y la sociedad. Se trata de una relación jurídica constituida en el marco de una organización social que se crea para la consecución de un fin común y cuyo régimen jurídico viene determinado por las normas legales y estatutarias de configuración del tipo social de que se trate que, en consecuencia, determinarán tanto el nacimiento y extinción como el contenido y extensión de dicha relación jurídica. A su vez, la participación social no puede concebirse sino por referencia a la propia organización social que, en el caso de las sociedades de capital, se configura y estructura corporativamente para la consecución del fin común de modo que los derechos que componen la posición de socio se subordinan a la propia organización corporativa y quedan sometidos al poder de decisión reconocido a la organización por el marco legal y estatutario que la configura. De ahí que en la medida en que el régimen legal del tipo societario de que se trate lo permita, pueda aceptarse la alteración del contenido o la propia extinción de dicha relación por la voluntad social.

En este sentido, con independencia del reconocimiento del squeeze out, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos el régimen aplicable a las sociedades anónimas contempla diversas posibilidades para conseguir que uno o varios accionistas abandonen la sociedad y pierdan con ello sus respectivas posiciones de socio, incluso contra su voluntad, se mantenga o no subsistente la 'sociedad con el resto de socios'. Se trata de normas que enmarcan la relación jurídica de cooperación existente entre socio y sociedad y, con ello, la posición de socio, estableciendo límites al derecho a mantener la condición de miembro. Desde esta perspectiva, por tanto, el reconocimiento del squeeze-out right implicaría la previsión de un nuevo límite al derecho del accionista a permanecer como socio de la sociedad que es conceptualmente admisible y compatible con la protección jurídica que se proporciona al titular de la posición de socio dado que el marco de protección de ésta viene configurado por el régimen legal y estatutario aplicable. Cuestión distinta es que la introducción de este nuevo límite esté justificada y, en caso afirmativo, la determinación de los presupuestos y requisitos a los cuales debe someterse, derivados de su propia fundamentación y de la finalidad político-jurídica perseguida con su introducción, teniendo en cuenta que en este caso no se trata de extinción de la posición de socio por voluntad social, sino de su transmisión por voluntad del socio que ostenta el porcentaje de capital necesario y que se convierte en nuevo titular de las participaciones sociales." RONCERO, SÁNCHEZ, Antonio, La Compra y Venta Forzosa de Acciones (sell out y squeeze out); Revista Derecho de Sociedades; Editorial Aranzadi, Madrid, España.

²⁷⁷ Artículo 403. Código de Comercio. **Art. 403.-** Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes: **1.** Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular; **2.** Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia; **3.** Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y **4.** Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.

autorizan al accionista a adherirse a una venta que otros accionistas realicen no constituyen una verdadera restricción a la libre negociación de las acciones, pues lo que se le confiere es un derecho y no una obligación. Tal como lo adelante se verá, este mecanismo está autorizado expresamente en las Ofertas Públicas de Adquisición (OPA)²⁷⁸. Por el contrario, la facultad de incluir o arrastrar (*drag along*) otras participaciones sociales sí constituye una limitación a la libre negociación de las acciones, pues en este caso el accionista arrastrado a la venta se vería forzado a vender su participación, en forma similar a los eventos denominados aquí como *squeeze out right*. Por último, debe entenderse que esta interpretación de la Superintendencia de Sociedades solo se refiere a la venta de acciones de sociedades anónimas, dejando a salvo todos los demás tipos societarios donde no exista una limitación legal específica²⁷⁹.

Otra de las grandes discusiones sobre las OPA es la relativa al tipo societario en el cual pueden ejercerse, prevaleciendo la tendencia a circunscribirla a las compañías públicas o cotizadas en bolsa.

No obstante no ser técnicamente este derecho de venta o *sell out* un típico derecho de receso, al no alterarse el capital o patrimonio, pues el accionista que se retira recibe su compensación de otro accionista, cumple a cabalidad la finalidad propuesta de finalización del vínculo societario del accionista que se considera en inferioridad con ocasión de la concentración muy mayoritaria de la propiedad accionaria.

7.3.2 Legislación comunitaria europea y española. Lo relativo a las Ofertas Públicas de Adquisición – OPA –, se encuentra en la Directiva Comunitaria

²⁷⁸ Ver capítulo 7.3.3.

²⁷⁹ Oficio No. 220 – 002294 de enero de 2014 de la Superintendencia de Sociedades.

2004/25/CE, particularmente en sus artículos 15 y 16²⁸⁰. Estas normas fueron la base de la modificación de la ley española del mercado de valores en el año 2007²⁸¹. Como adelante se reseñará, la legislación nacional no

²⁸⁰ **Artículo 15. Venta forzosa**

1. Los Estados miembros velarán por que, tras una oferta dirigida a todos los titulares de valores de la sociedad afectada y referente a la totalidad de sus valores, se apliquen las disposiciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. Los Estados miembros velarán por que un oferente pueda exigir a los restantes titulares de valores que le vendan dichos valores a un precio justo. Los Estados miembros establecerán este derecho en una de las situaciones siguientes:

a) cuando el oferente posea valores que representen al menos el 90 % del capital que confiere derechos de voto y el 90 % de los derechos de voto de la sociedad afectada, o

b) cuando haya adquirido o se haya comprometido en firme a adquirir, en virtud de la aceptación de su oferta, valores que representen al menos el 90 % del capital social de la sociedad afectada que confiera derechos de voto y el 90 % de los derechos de voto incluidos en la oferta.

En el caso contemplado en la letra a), los Estados miembros podrán fijar un umbral más elevado que, no obstante, no podrá ser superior al 95 % del capital que confiera derechos de voto y al 95 % de los derechos de voto.

3. Los Estados miembros establecerán normas que permitan calcular cuándo se alcanza el umbral. Cuando la sociedad afectada posea varias clases de valores, los Estados miembros podrán establecer que la venta forzosa pueda reclamarse solamente en la clase en la que se haya alcanzado el umbral fijado en el apartado 2.

4. El oferente podrá reclamar la venta forzosa en un plazo de tres meses tras el final del plazo de aceptación de la oferta a que se refiere el artículo 7.

5. Los Estados miembros velarán por que se garantice un precio justo. Dicho precio deberá adoptar la misma forma que la contraprestación de la oferta o realizarse en efectivo. Los Estados miembros podrán determinar que el efectivo se ofrezca al menos como alternativa. En caso de oferta voluntaria, en los casos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2, la contraprestación de la oferta se presumirá justa si el oferente ha adquirido, tras la aceptación de la oferta, valores que representen al menos el 90 % del capital que confiera derechos de voto objeto de la oferta. Tras una oferta obligatoria, la contraprestación de dicha oferta se considerará justa.

Artículo 16. Compra forzosa

1. Los Estados miembros velarán por que, tras una oferta dirigida a todos los titulares de valores de la sociedad afectada y referente a la totalidad de sus valores, se apliquen las disposiciones de los apartados 2 y 3.

2. Los Estados miembros velarán por que los titulares de valores que no hayan aceptado la oferta puedan exigir del oferente la compra de sus valores a un precio justo en las mismas condiciones que las contempladas en el apartado 2 del artículo 15.

3. Se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones de los apartados 3 a 5 del artículo 15.

²⁸¹ **CAPÍTULO X**

Compraventas forzosas

Artículo 47. Condiciones para las compraventas forzosas.

1. Quien hubiera formulado una oferta pública dirigida a la totalidad de los valores podrá, una vez liquidada la oferta, exigir a los restantes titulares de acciones u otros valores afectados por la oferta su venta forzosa a un precio equitativo. De igual forma, cualquiera de los titulares podrá exigir del oferente que le compre la totalidad de sus valores a dicho precio.

Los derechos citados quedarán condicionados a que en la fecha de liquidación de la oferta, se den las dos circunstancias siguientes:

- a) Que el oferente sea titular de valores que representen al menos el 90 por 100 del capital con derecho de voto de la sociedad afectada.
- b) Que la oferta pública previa hubiera sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 90 por 100 de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido.

2. Se considerará precio equitativo el correspondiente a la contraprestación de la oferta pública.

Artículo 48. Procedimiento para las compraventas forzosas.

1. El plazo máximo para exigir la venta o compra forzosa será de tres meses a contar desde la fecha de finalización del plazo de aceptación.

2. En el folleto explicativo de la oferta se indicará si el oferente tiene intención de exigir la venta forzosa en caso de que se den las condiciones mencionadas en el artículo 47.

3. Dentro de los tres días hábiles siguientes al de publicación del resultado de la oferta, el oferente comunicará a la Comisión Nacional del Mercado de Valores si se dan las condiciones mencionadas en el artículo 47.

4. Tan pronto como adopte la decisión y, como máximo, dentro del plazo indicado en el apartado 1, el oferente comunicará a la Comisión Nacional del Mercado de Valores si exigirá o no la venta forzosa. Si lo hiciera, deberá fijar la fecha de la operación entre los 15 y 20 días hábiles siguientes a la comunicación de su decisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que ésta difundirá públicamente. La decisión del oferente será irrevocable. Con carácter previo a la fecha de la operación, el oferente deberá acreditar ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores la constitución de las garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones resultantes del ejercicio del derecho de venta forzosa. La liquidación de la operación se hará en igual plazo que el establecido en el folleto explicativo de la oferta contado a partir de la fecha de la operación.

5. El oferente dará difusión pública y general de las características de la venta forzosa por los medios previstos en el artículo 22, en el plazo máximo de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de publicación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Los titulares de los valores afectados por la venta forzosa comunicarán al oferente a través de las entidades depositarias de sus valores, con anterioridad a la fecha de la operación, la naturaleza de la contraprestación que, en su caso, hubieran elegido. En ausencia de comunicación y siempre que exista esta alternativa, se entenderá que optan por la contraprestación en efectivo.

6. Las solicitudes de compra forzosa recibidas por el oferente, se liquidarán en iguales plazos que los fijados en el folleto explicativo para la liquidación de la oferta, contados a partir de la recepción de cada solicitud.

7. Las entidades encargadas de la liquidación estarán obligadas a realizar los traspasos de los valores y del efectivo que sean necesarios para consumar la venta o la compra forzosa en los plazos previstos en los apartados 4 y 6 anteriores.

8. En el caso de venta forzosa, todos los gastos derivados de la compraventa o canje y liquidación de los valores serán por cuenta del oferente. En la operación de compra forzosa, los gastos derivados de la compraventa o canje y liquidación de los valores serán por cuenta de los vendedores.

9. Una vez acreditada la liquidación de las operaciones ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores se podrá retirar la garantía.

10. La realización de la operación de venta forzosa determinará la exclusión de negociación de los valores afectados. Dicha exclusión será efectiva a partir de la liquidación de la operación. Si como consecuencia de la realización de las operaciones de compra forzosa el oferente pasara a ser titular de todos los valores, éstos quedarán igualmente excluidos de negociación a partir de la liquidación de la última operación, salvo si la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a

considera la posibilidad del *squeeze out* o derecho de adquisición forzada por parte del accionista mayoritario, figura que se ha impuesto en muchas normatividades, pero que difícilmente, insistimos será de aceptación constitucional en nuestro medio. Nacionalmente sí ha sido aceptado el derecho de venta o sell out, a favor de los accionistas minoritarios, aunque con restricciones demasiado rigurosas que favorecen a los accionistas mayoritarios en demérito de los minoritarios.

7.3.3 Normas nacionales. Las sociedades que formulen ofertas públicas de adquisición, OPA, de acciones inscritas en la bolsa pública de valores estarán sujetas a reglas específicas, con la finalidad de hacer evidente su propósito a las autoridades de vigilancia y así difundir la información a los interesados, como lo son los destinatarios de la oferta y el mercado. Estas ofertas en el mercado secundario deben dirigirse a personas indeterminadas y no podrán contener condiciones diferentes a las normales del negocio que se pretende celebrar.

En el caso de las ofertas públicas de adquisición de acciones, en las cuales un beneficiario real adquiere el noventa por ciento (90%) del capital con derecho a voto de una sociedad inscrita en bolsa, los accionistas que posean no menos de 1% del capital con derecho a voto, podrán exigirle al adquirente que oferte públicamente por el saldo restante de capital con derecho a voto en circulación, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que haya superado la propiedad del noventa por ciento 90% del capital. El precio será el mismo por el cual haya adquirido las acciones en la última oferta.

solicitud del oferente, le concede un plazo de un mes para restablecer el cumplimiento de los requisitos de difusión y liquidez del valor en cuestión. Transcurrido dicho plazo, sin que se produzca tal restablecimiento, los valores quedarán excluidos de negociación automáticamente.

11. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer, mediante Circular, los demás extremos que juzgue necesarios para la aplicación del procedimiento descrito en este artículo.

Evidentemente no es un caso típico de derecho de receso, al no existir reembolso de capital sino una obligación de compra, o mejor, como lo dice la norma, un derecho de venta, en el cual el obligado a adquirir es el accionista concentrador, con lo cual, finalmente, se cumple el deseo del accionista minoritario de retirarse de la compañía. La justificación de esta prerrogativa es la concentración de la propiedad en un accionista o beneficiario real, circunstancia que torna en mínima la participación de los minoritarios en la conducción de la sociedad y, por tanto, en el manejo de su inversión, al estar sujeta irremediabilmente a esa mayoría. La legislación colombiana denominó este derecho como derecho de venta²⁸².

En nuestra opinión, es excesivamente alto el porcentaje legal de adquisición accionaria que se exige para obligar al ejercicio de este derecho de venta.

²⁸² Artículo 6.15.2.1.23. Decreto 2555 de 2010. *Derecho de venta*.

Cuando un mismo beneficiario real adquiera más del noventa por ciento (90%) del capital con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentran inscritas en bolsa de valores, uno o varios tenedores de valores que posean al menos el uno por ciento (1%) del capital con derecho a voto de la respectiva sociedad, podrán exigir que el adquirente realice, por una sola vez, una oferta pública de adquisición por el saldo de capital con derecho a voto en circulación, dentro de los tres (3) meses siguientes a la adquisición por medio de la cual se supere dicho porcentaje.

Para el efecto, el adquirente estará obligado a informar al mercado y a la Superintendencia Financiera de Colombia por el mecanismo de información relevante cuando supere el porcentaje señalado en el presente artículo.

Los tenedores de valores que soliciten la realización de la oferta pública de adquisición prevista en este artículo deberán presentar la solicitud al adquirente por medio de la sociedad emisora e informar de manera inmediata a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre tal circunstancia.

El adquirente tendrá un plazo máximo de tres (3) meses para realizar la oferta, contado a partir de la fecha de radicación de la primera solicitud en las oficinas del domicilio principal de la sociedad emisora.

Parágrafo 1. Cuando se supere el porcentaje indicado en este artículo como consecuencia de haber realizado una oferta pública de adquisición en virtud de lo previsto en el artículo 6.15.2.1.22 del presente decreto, el precio será el mismo fijado para la realización de dicha oferta.

Parágrafo 2. El adquirente no tendrá obligación de realizar la oferta señalada en el presente artículo, cuando el porcentaje indicado en el mismo se supere como consecuencia de haber realizado una oferta pública de adquisición por un número de valores que le hubiera permitido al adquirente alcanzar el cien por ciento (100%) del capital con derecho a voto de la sociedad afectada.

CAPÍTULO VIII

Sumario: El derecho de receso en otras formas de asociación mercantil. Derecho de retiro o reembolso en Bonos Convertibles en Acciones-BOCEAS. Asociaciones por grupos de interés económico: consorcios y uniones temporales. Características. Ley modelo del CCI y legislación española. Normatividad nacional. Fondos de inversión colectiva. Antecedentes. Gestores. Naturaleza. Gestores. Normatividad. Administradores. Capital y objeto. Aportes. Órganos de administración y control. Status de inversionista. Redención de la inversión o derecho de receso. Una anotación final.

8. EL DERECHO DE RECESO EN OTRAS FORMAS DE ASOCIACIÓN MERCANTIL

En este capítulo se hace referencia al derecho de receso en otras formas de asociación mercantil: la primera es la referida a la comunidad que conforman los

tenedores de Bonos Obligatoriamente Convertibles en Acciones – BOCEAS –. Se trata de inversionistas con vocación de convertirse o de ingresar como accionistas en sociedades que cotizan en el mercado de valores; en segundo lugar, se analizará este mismo derecho de receso en la uniones temporales o *joint ventures*, y, por último, en los fondos de inversión o carteras colectivas.

Sobre estas instituciones puede afirmarse cómo el desarrollo del capitalismo y masificación del mundo de los negocios ha llevado a nuevas formas de asociación comercial, entre las cuales se destacan las uniones temporales o transitorias, que pretenden aunar esfuerzos o crear sinergias entre empresarios, sin perder su identidad, o crear nuevas personas jurídicas, y también aparecen grandes concentraciones de capital, a través de vehículos colectivos de inversión que superan los esquemas tradicionales de sociedad anónima, sin olvidar muchos de sus elementos en relación con la administración y fiscalización y aun con la participación económica y política de los inversionistas.

8.1 DERECHO DE RETIRO O REEMBOLSO EN BONOS CONVERTIBLES EN ACCIONES-BOCEAS

Los bonos convertibles en acciones son títulos de deuda emitidos por sociedades autorizadas para colocar este tipo de papeles en el mercado de valores, papeles que tienen la vocación de convertirse en acciones, o sea, están destinados a participar en el capital social de la compañía emisora.

Esta modalidad de financiación societaria no solo proviene de la voluntad o intención de invertir, sino finalmente de participar en una determinada sociedad que desarrolla un objeto social o actividad económica determinada, por lo cual las modificaciones de estos aspectos, al igual que en los procesos de fusión, de

escisión o de transformación que se adelanten, podrían alterar las motivaciones que llevaron al adquirente de los bonos a participar en esa financiación.

La legislación colombiana preveía esta situación en la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy fusionada en la Superintendencia Financiera. La mencionada resolución establecía en el artículo 1.2.4.1. “*Prohibiciones especiales a la sociedad emisora. Durante la vigencia de la emisión la entidad emisora no podrá cambiar su objeto social, escindirse, fusionarse o transformarse a menos que lo autorice la Asamblea de Tenedores con la mayoría necesaria para apelar la modificación de las condiciones del empréstito.*”

Particularmente para los tenedores de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, la entidad emisora, al suceder alguno de los eventos mencionados, a opción del tenedor debería ofrecer la conversión anticipada de los bonos en acciones, la suscripción de las acciones o el reembolso del empréstito, salvo que la decisión de la sociedad hubiese sido aprobada por el 80% de los tenedores de los bonos. De acuerdo con esa reglamentación, al modificarse las reglas societarias, se producía un verdadero derecho de receso con reembolso a los tenedores de BOCEAS.

Las anteriores reglas han sido ratificadas por el Decreto 2555/2010, de 15 de julio²⁸³, en el cual se recogen y recopilan las normas del sector financiero y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones²⁸⁴. Según esta reglamentación,

²⁸³ Colombia. Decreto 2555/2010, de 15 de julio. Diario Oficial No. 47.771.

²⁸⁴ “Artículo 6.4.1.1.42 *Prohibiciones especiales a la sociedad emisora.* Durante la vigencia de la emisión la entidad emisora no podrá cambiar su objeto social, escindirse, fusionarse, transformarse o disminuir su capital con reembolso efectivo de aportes, a menos que lo autorice la asamblea de tenedores con la mayoría necesaria para aprobar la modificación de las condiciones del empréstito. No obstante lo anterior, la entidad podrá realizar la modificación de su objeto social, fusionarse, escindirse, transformarse o disminuir su capital con reembolso efectivo de aportes, sin que haya lugar a obtener la autorización de los tenedores de bonos, cuando previamente ofrezca a los tenedores de bonos ordinarios una cualquiera de las siguientes opciones:

al modificarse las reglas estatutarias relativas al objeto social, fusionarse, escindirse, transformarse o rebajar su capital, las sociedades emisoras de bonos convertibles en acciones, se produce la causal de receso y el derecho al reembolso anticipado.

Esta lógica disposición evidencia la contradicción de la ley mercantil colombiana, mezquina y limitada en causales de receso al afectarse el estatus del accionista, ya sea por cambio del objeto social, por operarse fusiones, escisiones o transformaciones, y de gran generosidad o amplitud para los tenedores de bonos con vocación de accionistas, pero aún sin este estatus, finalmente protegiendo más a los acreedores con vocación de accionistas que a estos últimos.

1. El reembolso del empréstito;

2. El reemplazo de los bonos originales por otros con características idénticas emitidos por la nueva sociedad, siempre y cuando las condiciones financieras de ésta sean similares o superen las de la sociedad emisora, aspecto éste que deberá ser evaluado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3. Una garantía satisfactoria a juicio de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual deberá cubrir el monto del capital e intereses proyectados para la vigencia del empréstito.

Cuando se trate de bonos convertibles en acciones o con cupones de suscripción, la entidad deberá ofrecer a opción del tenedor, la conversión anticipada de los bonos, la suscripción de las acciones o el reembolso del empréstito, salvo que la decisión haya sido aprobada por el ochenta por ciento (80%) de los tenedores.

Los tenedores que no consientan en el reembolso, suscripción o en la conversión anticipada, según sea el caso, conservarán sus derechos contra la entidad emisora, la absorbente o la nueva sociedad, según sea el caso. Si se trata de bonos convertibles en acciones las condiciones de la conversión deberán ajustarse de manera que se eviten perjuicios a los tenedores, previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 1. Los emisores a los cuales la Superintendencia Financiera de Colombia no objete procesos de fusión o adquisición, no estarán sujetos al cumplimiento de lo establecido en el presente artículo.

Parágrafo 2. Bastará que el emisor a quien la Superintendencia Financiera de Colombia autorice a ceder activos, pasivos y contratos, inmediatamente reciba la respectiva autorización, comunique, a través de un medio idóneo para el efecto, a los tenedores de sus bonos, la información pertinente sobre el emisor cesionario, sin necesidad de convocar a asamblea de tenedores.

Parágrafo 3. Lo previsto en el inciso segundo del presente artículo se entiende sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Comercio y demás normas aplicables para efectos de la respectiva reforma estatutaria.

8.2 ASOCIACIONES POR GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO: CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES

Las llamadas asociaciones por grupos de interés económico, consorcios, uniones temporales o *joint ventures*, han adquirido creciente importancia en la economía de mercado, porque permiten, en forma ágil y dinámica, uniones o alianzas temporales y, en muchos casos, complementarias, entre diversos empresarios o agentes económicos, con el fin de desarrollar una o varias empresas.

8.2.1 Características. Las principales características de estas formas de asociaciones en la teoría jurídica general y en el mundo comercial son las siguientes:

1. Son transitorias o temporales, su término de duración está determinado por el plazo requerido para la realización del fin común propuesto.
2. Los partícipes o asociados no pierden su autonomía e individualidad.
3. Como consecuencia de la anterior característica, no constituye una nueva persona jurídica o centro de imputación normativa.
4. Es una típica forma contractual de colaboración.

8.2.2 Ley modelo del CCI y legislación española. Los *joint ventures* o uniones temporales son una exigencia del mundo actual empresarial, tanto en relación con contratos estatales como, en general, en el desarrollo de toda clase de actividades económicas.

El Centro de Comercio Internacional – CCI –, adscrito a las Naciones Unidas - Unctad- y a la Organización Mundial del Comercio –OMC-, llevó a cabo en 1998 una encuesta mundial de gran espectro en la cual se identificaron los contratos

comerciales más necesitados por las compañías mercantiles, y esta dio como resultado que los contratos de *joint venture* ocupan el segundo lugar, después de las compraventas internacionales, sin duda, la forma contractual de mayor utilización mercantil.

Lo anterior llevó al CCI, después del análisis de expertos internacionales, a elaborar un contrato modelo de *joint venture*, que se dio a conocer en el año 2003, que contiene, en forma similar a las sociedades mercantiles, regulaciones sobre: i. La exclusión. ii. El derecho de retiro o de receso. iii. Reemplazo o sustitución. iv. Muerte de un integrante y, v. Avalúo de los aportes. Este proyecto de regulación modelo del más alto estándar global, reconoce como uno de los temas nodales de las asociaciones temporales o *joint ventures*, lo relativo a los derechos de receso o exclusión y sus consecuencias. Incluso regula aspectos tales como la facultad de exclusión por cambio en el control de la propiedad de una parte, norma similar a la adoptada en la Ley 1258/2008, de 5 de diciembre²⁸⁵, relativa a las S.A.S. En cuanto al retiro, se faculta para diferirlo cuando cause dificultades al *joint venture*, pero sin que el término o plazo supere el año, norma también similar a la establecida en la Ley 222/1995, de 20 de diciembre²⁸⁶. Es muy riguroso al establecer el valor justo del mercado en la valoración de las participaciones, pudiendo acudir a peritos independientes. También se reglamentan las responsabilidades de quienes continúen en el *joint venture* y las de quienes se retiren²⁸⁷.

²⁸⁵ Colombia. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.

²⁸⁶ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

²⁸⁷ **Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Contractual.**

“Un joint venture internacional es una cooperación estructurada entre dos o más compañías de distintos países en que los miembros combinan algunos de sus recursos para una empresa común manteniéndose económicamente independientes...”

Los Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture *Contractual* (así como su pariente más próximo: los Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture *Corporativo*) se redactaron como respuesta a la alta demanda del sector de comercio, especialmente pequeñas y medianas empresas, de contratos internacionales modelo confiables, equilibrados y universalmente aplicables.

En 1998, el Centro de Comercio Internacional (CCI) llevó a cabo una encuesta mundial sobre contratos de comercio. Más de 245 organizaciones de promoción comercial de 125 países respondieron. Uno de los principales objetivos de la encuesta fue identificar el tipo de contratos que las compañías más necesitan. Los contratos de joint venture ocuparon el segundo lugar (78,1 %) después de los contratos de compra y venta (88,3 %). Esto llevó al CCI a redactar un modelo de contrato para la venta comercial internacional de productos perecederos (1999) y, como respuesta a peticiones específicas de la industria, una serie de contratos modelo para la industria de la edición y la impresión (2001)...

Joint ventures contractuales

En un joint venture contractual, la cooperación entre las partes del joint venture no lleva necesariamente a la creación de una nueva sociedad con una forma específica impuesta por la ley nacional. Las partes de un joint venture simplemente organizan su cooperación sobre bases contractuales, sin formar una nueva persona jurídica. Este tipo de cooperación se describe como joint venture contractual. Un joint venture contractual se caracteriza en general por dos importantes factores: mayor flexibilidad y mayor exposición de las partes a responsabilidad.

- Flexibilidad: en la mayoría de ordenamientos jurídicos, la ley contractual concede amplia libertad a las partes para regular relaciones contractuales, incluyendo relaciones de joint venture contractual, que no se rigen por las reglamentaciones legales de la ley de compañías que suelen ser más estrictas.

Así las cosas, es posible estructurar y adaptar joint ventures contractuales a las necesidades particulares de las partes.

- Responsabilidad: ya que un joint venture contractual no conduce a la creación de una nueva persona jurídica, este esquema no puede servir de escudo para que las partes del contrato de joint venture no sean directamente responsables por las deudas y pérdidas del joint venture. Generalmente, las partes de un joint venture contractual son solidariamente responsables...

Artículo 17. Exclusión de una Parte

17.1 Salvo por lo dispuesto en el Artículo 17.6 siguiente, la exclusión de una Parte del Joint Venture requiere una decisión unánime de las demás Partes y puede decidirse únicamente en los siguientes casos:

- a) Si una Parte, debidamente notificada de conformidad con el Artículo 13.1, no ha subsanado un incumplimiento dentro del período fijado;
- b) Si se presenta un cambio de importancia en el control o propiedad de la Parte (Artículo 24); o
- c) Si una Parte ha sido excusada de cumplir con fundamento en razones de Fuerza Mayor por un período mayor al período especificado en el Artículo 27.3.

17.2 Cuando se presenta una causa de exclusión, el Comité de Gestión o cualquiera de las Partes puede dar aviso a la Parte en cuestión, con copia a las demás Partes, indicando el fundamento de la exclusión e invitándola a presentar, dentro de un período razonable {*opción: especifique un período durante el cual la Parte puede presentar las razones para objetar*} las razones que tiene para objetar la exclusión. Si no se da dicho aviso dentro de los tres meses siguientes al momento en que se presenta la causa de exclusión, las demás Partes no pueden servirse de dicha causa (sin perjuicio de un derecho de exclusión posterior por causa similar).

17.3 Al vencimiento del período fijado de conformidad con el Artículo 17.2, el Comité de Gestión o una de las Partes puede convocar a la Junta de las Partes para efectos de excluir a la Parte notificada. La Parte cuya exclusión se propone tendrá el derecho de asistir a la reunión y presentar su posición pero no tendrá derecho a participar en el voto de la exclusión.

17.4 La exclusión se hace efectiva en la fecha de la reunión en que ha sido decidida por las demás Partes o en una fecha posterior especificada en la decisión. En la fecha efectiva de la exclusión, la Parte excluida deja de ser una Parte.

17.5 La decisión de exclusión no puede revisarse mediante el trámite del Artículo 32. Sin embargo, si en dicho trámite se encuentra que la exclusión es equivocada, la Parte excluida puede reclamar compensación por el lucro cesante y/u otros perjuicios causados a esa Parte como resultado de su expulsión equivocada.

{Opción: La decisión de exclusión está sujeta a revisión bajo el trámite del Artículo 32. Si el Tribunal Arbitral concluye que la exclusión fue equivocada, éste puede decidir que la Parte excluida sea readmitida al Joint Venture y sea tratada como si nunca hubiera salido.}

17.6 La quiebra de una Parte o cualquier otro acto por parte de una corte u otra autoridad pública que restrinja sustancialmente la capacidad de esa Parte respecto de sus derechos y obligaciones en el Joint Venture dará lugar a la exclusión automática de esa Parte, efectiva en el día anterior al acto por el que se establece la restricción. Para estos efectos, no se requerirá una decisión de exclusión. De todas maneras, la exclusión será certificada por el Comité de Gestión.

{Opción: omite este párrafo completamente, así como la referencia al mismo en el Artículo 17.1.}

17.7 Cuando se excluya a una Parte, el Joint Venture continuará entre las Partes restantes en la forma que determine la Junta de las Partes.

Artículo 18. Retiro de una Parte

18.1 Una Parte puede retirarse del Joint Venture dando para ello un aviso escrito a las demás Partes con por lo menos tres meses de antelación a la terminación del Año Fiscal.

18.2 Dentro de los 30 (treinta) días siguientes al recibo del aviso bajo el Artículo 18.1, el Comité de Gestión o una mayoría de las Partes restantes puede objetar el retiro. En el evento de objeción, se llevará a cabo una Junta de las Partes en la cual se discutirá lo relativo al retiro.

18.3 Si el retiro implica riesgos que causen serias dificultades al Joint Venture, las Partes restantes pueden diferir el retiro por no más de un año. La decisión de dicho aplazamiento será adoptada por una Junta de las Partes en que la Parte que se retira será escuchada pero en la cual ésta no tendrá voto. La decisión no está sujeta a revisión. Sin embargo, la Parte que se retira tendrá derecho a compensación por lucro cesante y/u otros perjuicios que se causen a dicha Parte si, en opinión del Tribunal Arbitral bajo el Artículo 32, el aplazamiento no estaba justificado bajo las circunstancias y causó daños a la Parte que se retira.

18.4 Salvo acuerdo en contrario de las Partes, el retiro será efectivo al momento indicado en el aviso de la Parte que se retira o, en caso de aplazamiento, al vencimiento del período de aplazamiento. En la fecha efectiva, la Parte que se retira deja de ser Parte.

18.5 Cuando una Parte se retira, el Joint Venture continuará con las Partes restantes en la forma que determine la Junta de las Partes.

Artículo 19 Monto adeudado a una Parte que salga del Joint Venture

19.1 Dentro de los 60 (sesenta) días siguientes a la fecha en que la exclusión o retiro se han hecho efectivos (la "Fecha de Salida"), las demás Partes prepararán estados financieros (balance general y estado de ingresos), a la Fecha de Salida. Con base en tales estados, las demás Partes especificarán en su opinión el valor justo de mercado del Joint Venture, el cual será fijado como valor de una empresa en marcha. Este valor será revisado por los Auditores del Joint Venture. Al establecer el valor justo de mercado del Joint Venture, se tendrá en cuenta una reducción en el valor del Joint Venture resultante de la salida de la Parte que deja el Joint Venture.

{Opción: valoración de los activos netos del Joint Venture por su valor en libros.}

19.2 La Parte que deja el Joint Venture tendrá derecho a recibir una parte del valor fijado, que sea proporcional a su Participación en los Activos Aportados.

19.3 El monto adeudado a la Parte que deja el Joint Venture le será pagado dentro de los seis meses siguientes a la Fecha de Salida, más intereses a la tasa especificada en el Artículo 13.3 contados a partir de la Fecha de Salida. Si este pago

causa daños severos a las finanzas del Joint Venture, dicho pago puede aplazarse, en esa medida, por un período razonable no mayor a dos años, siempre que se hagan pagos por cuotas en intervalos razonables decididos por el Comité de Gestión, compatibles con los recursos financieros del Joint Venture.

19.4 Una Parte puede solicitar que los estados financieros de conformidad con el Artículo 19.1 (y la valoración del Joint Venture con base en los mismos), y las condiciones para pagos por cuotas de conformidad con el Artículo 19.3 sean revisados y, cuando se requiera, verificados por un Perito Independiente de conformidad con el Artículo 32.8.

19.5 Nada de lo dispuesto en el Artículo 19 afectará un reclamo que las demás Partes puedan tener en contra de la Parte que sale del Joint Venture, por razón de perjuicios por incumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 20. Reclamo para la devolución de aportes distintos a dinero

20.1 Una Parte que tenga un interés justificado en un aporte de activos específico, que haya hecho en una forma distinta a dinero, puede solicitar que, al dejar el Joint Venture, este aporte le sea devuelto, acreditando el valor del aporte según se avalúa en el estado financiero de acuerdo con el Artículo 19.1 contra el monto adeudado de acuerdo con el Artículo 19.3...

Artículo 21. Responsabilidad de la Parte que sale del Joint Venture por deudas incurridas o reveladas después del retiro o exclusión

21.1 La Parte retirada o excluida no será responsable por deudas incurridas después de salir del Joint Venture.

21.2 Una Parte que salga del Joint Venture continúa responsable por un período de dos años a partir de la Fecha de Salida por deudas no reveladas que se hayan causado mientras ésta era una Parte.

Artículo 22. Reemplazo de una Parte

22.1 Una Parte puede informar a las demás Partes mediante aviso escrito con por lo menos tres meses de antelación a la terminación de un Año Fiscal, acerca de su intención de ser reemplazada por un tercero.

22.2 Este reemplazo está sujeto a aprobación de las demás Partes. **{Opción: mayoría calificada.}** El reemplazo puede sujetarse a condiciones o garantías por la Parte reemplazada.

22.3 Si se rechaza el reemplazo, la Parte que lo solicita puede retirarse del Joint Venture. Las disposiciones del Artículo 18 se aplicarán.

22.4 Si el reemplazo se aprueba, éste será efectivo al comienzo del siguiente Año Fiscal. La Parte reemplazante no será tratada como una nueva Parte sino que será tratada, en todo sentido, como si hubiera sido una Parte en lugar de la Parte reemplazada. Con sujeción a cualesquiera obligaciones o garantías que deban continuar a su cargo, según se prevea en los términos del reemplazo, la Parte reemplazada dejará de ser una Parte en la fecha efectiva. Esta no tendrá reclamo alguno contra las demás Partes.

Artículo 23. Muerte de una Parte

23.1 En el evento de muerte de una Parte, las demás Partes pueden decidir unánimemente continuar el Joint Venture con aquellos herederos que soliciten la continuación y que acepten incondicionalmente por escrito los términos del presente Acuerdo de Joint Venture.

{Opción 1: decisión por una mayoría absoluta/calificada de las Partes de continuar el Joint Venture con los herederos que presten su consentimiento y acepten incondicionalmente por escrito todos los términos del presente Acuerdo de Joint Venture, cuyos votos se contarán por cabeza/en proporción a la Participación en los Activos Aportados.}

{Opción 2: continuación automática del Joint Venture con los herederos que presten su consentimiento y acepten incondicionalmente por escrito todos los términos del presente Acuerdo de Joint Venture.}

Salvo indicación al contrario en el acuerdo con los herederos que ingresen al Joint Venture en reemplazo de la Parte fallecida, los herederos que ingresan indemnizarán y mantendrán indemne al Joint Venture en contra de reclamos por parte de una persona que derive derechos de la Parte fallecida.

Debe advertirse cómo a diferencia de la muy limitada institución contractual colombiana de los consorcios o uniones temporales, el modelo en comento no está restringido a los casos de contratación con el Estado.

En el Derecho español encontramos regulaciones en esta materia en la Ley 12/1991, de 29 de abril²⁸⁸, reguladora de las agrupaciones de interés económico. Se encuentran allí unas pocas normas relativas al ejercicio del derecho de receso en las uniones temporales con sus justas causas para ejercerlo. En cuanto al derecho de exclusión, se hace una remisión analógica a las sociedades colectivas, dada la responsabilidad solidaria de sus integrantes²⁸⁹.

La antigua Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, legisló sobre la “Agrupación Europea de Interés Económico”, mediante el reglamento 2137/1985,

23.2 A falta de acuerdo sobre el reemplazo de la Parte fallecida por parte de sus herederos, la sucesión de la Parte fallecida será tratada como una Parte que sale del Joint Venture y se aplicarán las disposiciones de los Artículos 19 a 21, en lo pertinente.

Artículo 24 Cambio en el control de una Parte del Joint Venture

24.1 Una Parte que sea una persona jurídica debe informar de inmediato a las demás Partes y al Comité de Gestión acerca de cualquier cambio de importancia en su control o propiedad.

24.2 En el evento de dicho cambio, las demás Partes pueden decidir excluir del Joint Venture a la Parte en cuestión, de conformidad con el Artículo 17.

²⁸⁸ España. Ley 12/1991, de 29 de abril. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1991, núm. 103, p.13638.

²⁸⁹ Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

Artículo 15. Separación de socios.

1. Cualquier socio podrá separarse de la Agrupación en los casos previstos en la escritura, cuando concurriese justa causa o si mediare el consentimiento de los demás socios.
2. Si la Agrupación se hubiere constituido por tiempo indefinido, se entenderá que constituye justa causa la propia voluntad de separarse, comunicada a la sociedad con una antelación mínima de tres meses.

Artículo 16. Pérdida de la condición de socio.

1. La Condición de socio se perderá específicamente cuando dejen de concurrir los requisitos exigidos por la Ley o por escritura para ser socio de la Agrupación o cuando se declare su concurso, quiebra o suspensión de pagos. El socio cesante tendrá derecho a la liquidación de su participación de acuerdo con las reglas establecidas en la escritura y, en su defecto, en el Código de Comercio.
2. Quedan a salvo los supuestos generales de transmisión, separación o exclusión.

de 25 de julio²⁹⁰, el cual se refiere en su artículo 27, al retiro o exclusión de sus miembros²⁹¹.

8.2.3 Normatividad nacional. Una de las asignaturas o materias pendientes de la legislación colombiana en materia asociativa, es la relativa a este tipo de uniones de común usanza en la vida negocial, sobre la cual existe múltiple normatividad europea y norteamericana, conocidas bajo la figura de *joint ventures*. La justificación y explicación de esta forma jurídica contractual de colaboración se fundamenta en la necesidad, que en muchas ocasiones se presenta, de reunir diversos aportes de diferentes agentes económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, a fin de adelantar un proyecto común, para lo cual se requiere generar sinergias o potencializaciones originadas en estas alianzas.

Las únicas referencias normativas nacionales a estas asociaciones conocidas como uniones temporales, se encuentran en la Ley Marco de Contratación Estatal²⁹². En el artículo 7º de esta Ley se definen estas formas contractuales

²⁹⁰ CEE. Reglamento 2137/1985, de 25 de julio, del Consejo. Diario Oficial No. L199, 31 de julio de 1985. Relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (A.E.I.E.)

²⁹¹ GÓMEZ CALERO, Juan. Las Agrupaciones de Interés Económico. Barcelona: José María Bosh Editor, S.A., 1993, p. 261.

Artículo 27.

1. La dimisión de un miembro de la Agrupación será posible en las condiciones previstas en el contrato de agrupación o, en su ausencia, con el acuerdo unánime de los demás miembros. Cualquier miembro de la Agrupación puede, además, dimitir por justa causa.
2. Cualquier miembro de la Agrupación puede ser excluido por los motivos enumerados en el contrato de agrupación y, en todo caso, cuando incumple gravemente sus obligaciones o cuando provoca o amenaza con provocar graves perturbaciones en el funcionamiento de la Agrupación.
Esta Exclusión sólo puede producirse previa decisión del tribunal tomada a petición conjunta de la mayoría de los demás miembros, salvo disposición en contrario del contrato de agrupación.

²⁹² Artículo 7. Ley 80 de 1993. **De los consorcios y uniones temporales.** Para los efectos de esta ley se entiende por:

asociativas, las cuales tienen como antecedente la figura del consorcio, que también está incluida en la misma ley.

8.2.4 Característica de la norma colombiana. Como características particulares en la normativa colombiana se destacan las siguientes:

1. Las uniones temporales o los consorcios carecen de personalidad jurídica, pero se les dota de una restringida facultad o capacidad para contraer obligaciones, en la etapa precontractual y en el desarrollo del contrato estatal, circunscrita esa facultad o capacidad a su objeto y realización. Respecto de la responsabilidad de los integrantes de las uniones temporales con el contratante estatal, esta será solidaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Esta solidaridad no se extiende a las relaciones contractuales con terceros.
2. Estas formas de asociación carecen de reglas para el ejercicio de los derechos de receso o de exclusión de uno de sus partícipes. Tan solo son conocidas las autorizaciones estatales requeridas para el retiro de alguno

1. **Consortio:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

Conc: Concepto 567 de 2002, Junta Central de Contadores

2. **Unión Temporal:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

parágrafo 2. (Derogado Ley 223 de 1995 Art. 285)

Parágrafo 3. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios

de sus integrantes. Sin embargo, es evidente que en múltiples ocasiones la toma de decisiones de los partícipes mayoritarios pueden no ser compartidas y ser perjudiciales para los otros partícipes minoritarios, por lo cual debería existir la facultad para ejercer tanto caso el derecho de receso como el derecho de exclusión. El desarrollo legal, doctrinal y un poco el jurisprudencial de las uniones temporales, consorcios o *joint ventures* y, en general, de las asociaciones por partes de interés económico, y dentro de ellas el capítulo relativo a los derechos de receso y de exclusión, es asignatura pendiente. Entre tanto, debe recurrirse a las normas generales de las obligaciones y los contratos, a la interpretación analógica y a una recomendable y rigurosa reglamentación voluntaria de las partes que acuerden estos pactos contractuales de colaboración.

Sobre la naturaleza de las uniones temporales, acerca de su capacidad y personalidad jurídica y en relación con el régimen de responsabilidad de sus socios, es pacífica y uniforme la doctrina, reconociendo el carácter de contrato de colaboración de las uniones temporales y consorcios, con referencia exclusiva al ordenamiento contractual del Estado. No se reconoce como persona jurídica, restringiendo su actuación al objeto y desarrollo del contrato con el Estado. Igualmente, es aceptada la responsabilidad solidaria ante los socios con el Estado, lo cual no se extiende a otras relaciones. Sin embargo, en ninguno de estos pronunciamientos se enfrenta el tema de la renuncia, retiro o exclusión de un miembro de la unión temporal o consorcio, quedando esta laguna o vacío legal²⁹³.

²⁹³ En relación con la naturaleza de las Uniones Temporales. “(...) *El consorcio es un negocio jurídico, bilateral o plurilateral según el número de sujetos de derecho que intervienen en él, que comporta la **unión temporal** de personas jurídicas o naturales en torno a la obtención de una finalidad común; es un instrumento de actuación grupal en el ámbito de los negocios, una herramienta de esfuerzo conjunto que difiere sustancialmente de cualquier forma de asociación o sociedad en cuanto carece de personería jurídica (...)* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 15321, mayo 13/2004. M.P. Ricardo Hoyos Duque).

3. De conformidad con la Ley 80/1993, de 28 de octubre²⁹⁴, las modificaciones del acuerdo entre los partícipes deben ser autorizadas por la entidad estatal contratante, por lo cual todo lo relativo al derecho de receso requiere consentimiento estatal. En conclusión, existe una gran inseguridad jurídica entre los socios, al no existir un régimen normativo sobre las circunstancias

En igual sentido: Corte Constitucional, Sentencia C-949 de septiembre 5 de 2001. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández; Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, Sentencia de septiembre 13 de 2006, Exp. 2002-00271, Magistrado Ponente Alberto Arrubla Paucar; Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-46375 de septiembre 9 de 2002.

En relación con la **Capacidad Jurídica de las Uniones Temporales**. “*Las uniones temporales “(...) son formas asociativas, sin personería jurídica, que se emplean en la contratación estatal y cuya capacidad se predica exclusivamente por ley, para contratar con el Estado (...)”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de mayo de 2003; Expediente 22051, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez”.

En igual sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 28362 de marzo 16 de 2005 C.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2005, Expediente 27651, C.P. Alier Eduardo Hernández Enrique; Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de mayo de 1999, Expediente 9245, C.P. Daniel Manrique Guzmán.

En relación con el **Régimen de Responsabilidad de las Uniones Temporales**. “**CORTE CONSTITUCIONAL.** (...) *en la unión temporal la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquélla, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones, mientras que en el consorcio no se da dicha individualización y responderán por tanto solidariamente todos los miembros del consorcio frente a las correspondientes sanciones.* (...)”

Cabe apreciar que la única diferencia entre las dos figuras radica en que en la unión temporal la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquélla, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones, mientras que en el consorcio no se da dicha individualización y responderán por tanto solidariamente todos los miembros del consorcio frente a las correspondientes sanciones. (Corte Constitucional, Sentencia C-949, sep. 5/2001. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández).

En igual Sentido: Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 24749 de agosto 6 de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 15321 de mayo 13 de 2004, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 15188 de abril 26 de 2006, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 16883 de abril 29 de 2010, C.P. Martha Briceño de Valencia; Corte Suprema de Justicia, Cas. Laboral, Sentencia 35043 de noviembre 24 de 2009, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas; Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-21502, Ref. Sociedad de Hecho y Unión Temporal; Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-12397, Ref. El Consorcio y la Unión Temporal; Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-46375 de septiembre 9 de 2002, Asunto Unión Temporal-Ley80 de 1993.

²⁹⁴ Colombia. Ley 80/1993, de 28 de octubre. Diario Oficial No. 41.094.

o causales de retiro, renuncia o exclusión en este contrato temporal de colaboración²⁹⁵.

8.3 FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVA²⁹⁶.

8.3.1 Antecedentes. Los Fondos de Inversión aparecen en Colombia a comienzos de la década del sesenta del siglo anterior. Las primeras entidades que impulsaron esta modalidad fueron las corporaciones financieras creadas por sugerencia reiterada del Banco Mundial a fin de estimular la capitalización empresarial. De esta manera se conocieron por primera vez modalidades de portafolios de inversión. En esa misma época, el Decreto 2368/1960, reglamentó las sociedades especializadas en la administración de estos fondos, las cuales, al comienzo de la década del ochenta del siglo XX, fueron afectadas por una gran crisis institucional y de confianza, debido a manejos poco ortodoxos de algunos agentes del mercado, lo cual trajo como consecuencia el retraso en el desarrollo de esta modalidad de asociación y de inversión²⁹⁷.

²⁹⁵ Dentro de la limitada literatura jurídica colombiana sobre la materia se encuentra la obra pionera del profesor Gaspar Caballero, posteriormente el estudio del tratadista José Ignacio Narváez y recientemente la obra del expresidente de la Corte Suprema de Justicia Jaime Arrubla Paucar.

CABALLERO SIERRA, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá, Editorial Temis. 1985.

NARVÁEZ, José Ignacio. La Asociación por Partes de Interés en Colombia. Bogotá, Legis. 1983.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles: Contratos atípicos. Séptima edición. Bogotá, Legis, 2012.

²⁹⁶ Antes llamadas Carteras Colectivas, denominación que fue modificada por el Decreto 1242 de 14 de junio de 2013.

²⁹⁷ Ver. “La Comisión Nacional de Valores y sus actuaciones frente al grupo Grancolombiano”. 1986. Bogotá Colombia. Estudio editado por esa entidad.

8.3.2 Gestores. A partir de 1980, mediante el Decreto 1102, fueron autorizadas las sociedades comisionistas de bolsa para constituir y administrar fondos de valores, con patrimonios autónomos excluidos de su propio patrimonio.

En la reforma financiera introducida por la Ley 45/1990²⁹⁸, se otorgó la exclusividad para el desarrollo de los negocios fiduciarios a compañías especializadas, las cuales se han constituido en el sector financiero más dinámico en los últimos años. Dentro del objeto social de estas compañías se autorizó la administración de bienes, el otorgamiento de garantías y la administración de fondos de inversión para constituir patrimonios autónomos constituidos por portafolios.

En la actualidad, de acuerdo con la legislación nacional, tres clases de entidades financieras están autorizadas para el manejo de fondos de inversión colectivos (antes, carteras colectivas):

1. Las sociedades administradoras de fondos de inversión.
2. Las comisionistas de bolsa.
3. Las sociedades fiduciarias.

Los fondos de inversión colectiva son formas asociativas de inversión que no constituyen una modalidad societaria, sin embargo, se asemejan en buena parte a los modelos de sociedad, por tener características similares, tales como: 1. objeto o finalidad de lucro para sus partícipes, 2. órganos de dirección, de administración y de control dedicados a la administración del fondo o cartera, 3. reconocimiento de un estatus a los inversionistas cercano al que gozan los accionistas, 4. aportes,

²⁹⁸ Colombia. Ley 45/1990, de 18 de diciembre. Diario Oficial No. 39.607, 19 de diciembre de 1990.

5. incluso se reglamenta su liquidación²⁹⁹ de manera no lejana a la de los entes sociales.

Los fondos de inversión se han convertido en canales de inversión plural administrados en forma profesional o calificada, los cuales, se reitera, constituyen una típica forma de asociación comercial que cumple finalidades similares a las de las grandes sociedades de capital, al servir de vehículo de muchísimos inversionistas, cuya voluntad y estatus jurídico no difiere mayormente de la de los accionistas de las sociedades anónimas, por lo cual se ha considerado de interés, en este estudio, describir su régimen y en especial las posibilidades de ejercicio de un derecho de retiro, que en su modalidad se conoce como derecho de redención³⁰⁰.

8.3.3 Normatividad. La normatividad vigente de los Fondos de Inversión Colectiva se encuentra en el Decreto 1242/2013³⁰¹, de 14 de junio, dictado bajo la crisis bursátil más importante de la historia reciente del país y que sustituyó al Decreto 2555/2010, de 15 de julio³⁰², y en algunas normas que

²⁹⁹ En concepto de la Superintendencia Financiera y dada la remisión establecida en el artículo 3.1.9.3.2. del decreto 2555 de 2010, se aplican las normas relativas a la asamblea de accionistas contenidas en el artículo 430 del Código de Comercio, ratificando la cercanía entre esta forma de asociación las Carteras Colectivas y las Sociedades Comerciales. Consulta específica. Concepto con número de radicación: 2011056045-001 de 05-08-2011 Superintendencia Financiera de Colombia.

³⁰⁰ PUYO VASCO, Rodrigo. Colombia: La regulación de los fondos de valores. Latin America and the Caribbean Technical Department. Publicación no oficial del Banco Mundial. 1996.

³⁰¹ Colombia. Decreto 1242/2013, de 14 de junio. Diario Oficial No. 48.821.

³⁰² Artículo 3.1.1.9.6 Modificaciones al reglamento. Las reformas que se introduzcan en el reglamento de los fondos de inversión colectiva o en el reglamento marco de la familia de fondos de inversión colectiva deberán ser aprobadas previamente por la junta directiva de la sociedad administradora y enviadas a la Superintendencia Financiera de Colombia, de forma previa a su entrada en vigencia, la cual podrá solicitar en cualquier tiempo los ajustes que estime necesarios.

Cuando dichas reformas impliquen modificaciones o afectación de los derechos económicos de los inversionistas, deberán ser autorizadas previamente por la Superintendencia Financiera de Colombia. En este caso se deberá informar a los

la adicionan. Este decreto contiene en un solo estatuto las normas que rigen la constitución y el manejo de los fondos de inversión colectiva, los

inversionistas mediante una publicación en un diario de amplia circulación nacional, así como mediante el envío de una comunicación dirigida a cada uno de los inversionistas, indicando las reformas que serán realizadas y la posibilidad que tienen de retirarse del fondo de inversión colectiva en los términos que a continuación se indican. Dicha comunicación podrá ser enviada conjuntamente con el extracto o por correo electrónico a la dirección que los inversionistas hayan registrado en la sociedad administradora.

Con independencia de la modalidad del fondo de inversión colectiva, los inversionistas que manifiesten formalmente a la sociedad administradora su desacuerdo con las modificaciones podrán solicitar la redención de sus participaciones sin que por este hecho se genere sanción ni penalidad de ningún tipo. Este derecho podrá ejercerse en un plazo máximo de un (1) mes contado a partir de la fecha del recibo efectivo de la comunicación a que se refiere el inciso anterior.

Los cambios que impliquen modificación o afectación de los derechos económicos de los inversionistas, solo serán oponibles a dichos inversionistas una vez se venza el plazo establecido en el inciso anterior.

Artículo 3.1.2.1.1 Procedimiento para la realización de la fusión. Podrán fusionarse dos o más fondos de inversión colectiva, pertenezcan o no a familias de fondos de inversión colectiva, siempre que se adelante el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del proyecto de fusión con la siguiente información: a) Los datos financieros y económicos de cada uno de los fondos de inversión colectiva objeto de la fusión, con sus respectivos soportes, y b) Un anexo explicativo sobre los mecanismos que se utilizarán para nivelar el valor de la unidad de los fondos de inversión colectiva a fusionar, incluyendo la relación de intercambio.
 2. Aprobación del proyecto de fusión por la junta directiva de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva involucrada; en caso de existir varias sociedades administradoras deberá ser aprobado por las juntas directivas correspondientes.
 3. Una vez aprobado el compromiso se deberá realizar la publicación en un diario de amplia circulación nacional del resumen del compromiso de fusión.
 4. Se deberá convocar a la asamblea de inversionistas mediante una comunicación escrita acompañada del compromiso de fusión. La asamblea deberá realizarse luego de transcurridos quince (15) días hábiles al envío de la comunicación a los inversionistas. Para la realización de la asamblea serán aplicables las normas previstas para la asamblea general de accionistas establecidas en la legislación mercantil en lo que resulte aplicable.
- Los inversionistas que no estén de acuerdo con el compromiso de fusión o los que no asistan a la asamblea en la que se decida la fusión podrán ejercer el derecho de solicitar la redención de sus participaciones consagrado en el inciso tercero del artículo 3.1.1.9.6 del presente decreto, en cuyo caso, el término de un (1) mes se contará desde el día de la celebración de la asamblea de inversionistas.
5. Una vez aprobado el compromiso de fusión por las asambleas de inversionistas, se informará a la Superintendencia Financiera de Colombia de dicho compromiso, mediante comunicación escrita a la cual se deberá anexar el proyecto de fusión aprobado y las actas resultantes de las asambleas y reuniones de juntas directivas.

Parágrafo 1. En caso de que, por virtud de la fusión, resulte un nuevo fondo de inversión, este deberá ajustarse a lo previsto en esta Parte del presente decreto.

Parágrafo 2. El procedimiento establecido en el presente artículo deberá ser aplicado en todos los casos de cambio de la sociedad administradora en que no medie la decisión de los inversionistas.

Parágrafo 3. Cuando la fusión de dos o más fondos de inversión colectiva se realice entre fondos administrados por diferentes sociedades administradoras de fondos de inversión colectiva, dicha fusión deberá ser autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

cuales, como ya se mencionó, pueden ser administrados por las sociedades fiduciarias, por las sociedades corredoras de bolsa o por las sociedades administradoras de fondos de inversión colectiva.³⁰³.

8.3.4 Administradores. Los administradores de los fondos de inversión deben gozar de capacidad administrativa, tecnológica, estar dotados de canales eficientes de información y de una estructura de control interno. Además, deben regirse por códigos de buen gobierno corporativo y por códigos de conducta, se les aplican las reglas sobre los conflictos de interés y en general, las normas mercantiles que rigen la actividad de los administradores³⁰⁴.

8.3.5 Capital y objeto. La estructura jurídica de los fondos de inversión colectiva no está dotada de personalidad jurídica, se compone de un patrimonio

³⁰³ Fondos de capital extranjero se rigen por el decreto 2080 de 2000.
Fondos inmobiliarios se rigen por la ley 820 de 2000 y el decreto 1886 de 2004.

³⁰⁴ En relación con los deberes de los administradores debe observarse lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que los enumera así: *Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

Por su parte, en relación con los conflictos de interés debe seguirse el Decreto 1925 de 2009 que reglamentó parcialmente el artículo recién transcrito de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad. Así mismo, resulta de gran utilidad la Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, en la que se aborda este tema.

autónomo constituido por los aportes de inversionistas, representado en la vida obligacional por la respectiva sociedad administradora. Su finalidad, similar al objeto social de las sociedades, consiste en la aportación plural de un grupo de personas de dinero u otra clase de activos, para obtener resultados económicos colectivos, dentro de unas específicas políticas de inversión.

8.3.6 Clases. Los fondos de inversión colectiva pueden ser abiertos o sea los que establecen un régimen que permite la redención de la participación en cualquier momento y pueden ser cerrados, o sea aquellos en los cuales la redención de la inversión solo será al final del plazo de duración de la cartera colectiva, y escalonados, o sea, aquellos en los cuales la inversión que tienen unos plazos mínimos de redención.

8.3.7 Aportes. La ley establece unos aportes o capitales mínimos en los fondos de inversión. Estos aportes conocidos como participaciones, son similares a las acciones en las sociedades por acciones y se encuentran representadas en títulos de inversión, exigiéndose un número mínimo de inversionistas, como también se requiere en algunos tipos de sociedades.

8.3.8 Órganos de administración y control. Existe un gerente del fon de inversión colectiva que lo administra y que es designado por la compañía fiduciaria, por la compañía comisionista de bolsa o por la compañía administradora, titular de los derechos del fondo de inversión o cartera colectiva. La sociedad que administra el fondo debe constituir un comité de inversiones. Además, como órgano supremo de la cartera colectiva encuentra la asamblea de inversionistas, en la cual, a la manera de una asamblea de accionistas, se ejercen derechos políticos. También existe un

revisor fiscal o un contralor normativo, que ejerce funciones de control de la inversión y de los procedimientos de las carteras colectivas. Artículos 3.1.5.1.1., 3.1.5.2.1., y 3.1.5.4.1

8.3.9 Estatus de inversionista. El inversionista de los fondos de inversión colectiva posee derechos económicos y políticos, goza de un trato equitativo o igualitario. Sus principales derechos son: El de percibir rendimientos de la cartera en forma porcentual, a que se le redima su inversión en la forma pactada y, en los casos extraordinarios, tales como el presentarse reformas de los reglamentos o en los casos de cesión o de fusión de las carteras, podrá ejercer derechos políticos, pudiendo gozar del derecho de redención anticipado. También tendrá derecho a recibir la información establecida en los reglamentos o en la ley, particularmente sobre la valoración de su inversión. Se advierten las similitudes con los derechos típicos de los accionistas³⁰⁵.

³⁰⁵ Artículo 3.1.5.5.1 Derechos de los inversionistas. Además de los expresamente pactados en el reglamento y de aquellos asignados por normas especiales, por las normas de protección al consumidor financiero y por las normas de protección a los inversionistas en el mercado de valores, los inversionistas o los beneficiarios designados por ellos, tendrán los siguientes derechos:

1. Participar en los resultados económicos generados del giro ordinario de las operaciones del fondo de inversión colectiva.
2. Examinar los documentos relacionados con el fondo de inversión colectiva, en la forma y términos previstos en el reglamento, a excepción de aquellos que se refieran exclusivamente a los demás inversionistas, los cuales nunca podrán ser consultados por inversionistas diferentes del propio interesado. El reglamento deberá incluir la oportunidad para ejercer dicho examen, el cual tendrá lugar, cuando menos, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la terminación de cada semestre calendario.
3. Negociar sus participaciones en el fondo de inversión colectiva, de conformidad con la naturaleza de los documentos representativos de dichas participaciones.
4. Solicitar la redención total o parcial de sus participaciones en el fondo de inversión colectiva, de conformidad con lo establecido en el reglamento, y
5. Ejercer los derechos políticos derivados de su participación, a través de la asamblea de inversionistas.

8.3.10 Redención de la inversión o derecho de receso. De conformidad con la modalidad de cada fondo de inversión colectiva, abierto, escalonado o cerrado, se establece un régimen llamado de redención de la inversión que puede asimilarse al derecho de retiro o de receso. En algunos casos, este derecho es totalmente facultativo y sin costo para el inversionista, en otros, deberá pagar alguna penalidad si desea obtener su redención por anticipado, y en otros, no será posible esa redención sino en el tiempo pactado. En el desarrollo normal de los fondo de inversión colectiva, se invierte o se desinvierte de conformidad con las reglamentaciones legales y estatutarias. Sin embargo, y de manera análoga a las sociedades mercantiles, la modificación de los reglamentos de los fondos y su fusión o cesión otorgan a los inversionistas que no compartan esa decisión, es decir, a los disidentes y a los ausentes, la facultad de ejercer retiro o redención total de su inversión, sin penalidad alguna. Esta modalidad, en nuestra opinión, se asimila al derecho de receso de las sociedades mercantiles, pues finalmente hay un reembolso y una finalización de las relaciones jurídicas del inversionista con el fondo de inversión o cartera colectiva³⁰⁶.

6. Recibir un trato igualitario cuando se encuentre en igualdad de circunstancias objetivas con otros inversionistas del mismo fondo de inversión colectiva.

³⁰⁶ Oficio con número de radicación 2011056045-001 de fecha 05/08/2011 Superintendencia Financiera de Colombia. “En primer lugar, es necesario aclarar que el derecho de retiro concedido por la normatividad a los inversionistas se ejerce individualmente por cada uno de ellos, razón por la cual para que cesen sus efectos se requiere una manifestación inequívoca de cada uno de los inversionistas que lo ejercieron en el sentido de renunciar al mismo.

Así mismo, es de señalar que las decisiones de las asambleas de inversionistas no tienen efecto respecto de quienes hayan ejercido o ejerzan el derecho de retiro.

En lo relativo a la inquietud sobre los derechos de los inversionistas ausentes y disidentes de la asamblea en que se tomó la decisión de no liquidar la cartera, se aclara que los mismos no tienen derechos especiales y tendrán que acogerse a lo determinado por la mayorías.

Ahora bien, si la asamblea tomo la decisión de modificar el reglamento en el sentido de renunciar al derecho de retiro a efecto de lograr el cambio de administrador, los inversionistas ausentes y disidentes de dicha asamblea tendrán derecho de retiro, toda vez que se presenta una modificación o afectación de los derechos económicos de los inversionistas. Es de

8.3.11 Una anotación final. Reiterando los comentarios iniciales, se observa cómo estos vehículos de inversión, los fondos de inversión colectivos antes llamados carteras colectivas, son formas de asociación en las cuales inversionistas plurales convienen en realizar aportes con una finalidad común de obtener ganancias y de correr un riesgo compartido, sin que la sociedad administradora les garantice el buen suceso. Estas formas asociativas que han reemplazado en parte a las grandes sociedades anónimas o de capital han contemplado la necesidad de reglamentar el derecho de receso o de retiro y la consecuente redención o reembolso de la inversión, no solo en los casos establecidos en el reglamento, sino también al aprobarse reformas en éstos, o al llevarse a cabo fusiones o cesiones con otras carteras colectivas, a través del llamado derecho de redención anticipada de la inversión.

resaltar que dicho derecho sólo podrá perfeccionarse en el caso en que el cambio de administrador se materialice, de lo contrario seguirán vinculados al vehículo de inversión.”

CAPÍTULO IX

Sumario: A manera de conclusiones.

9. A MANERA DE CONCLUSIONES

Como columna vertebral o fundamento central, de la institución aquí estudiada, se ha insistido en que el derecho de asociación comprende, en su aspecto más analizado, la facultad de las personas de unirse o realizar alianzas para desarrollar objetivos comunes, los cuales obviamente no se circunscriben a las sociedades mercantiles, sino que abarcan desde la unión matrimonial hasta las asociaciones políticas, religiosas, pasando por corporaciones profesionales, sindicales, gremiales, filantrópicas, científicas, locales, nacionales, continentales o mundiales. De otro lado, también como aspecto sustancial del derecho de asociación, se encuentra su cara negativa que conlleva la facultad de no asociarse o de terminar las uniones o alianzas realizadas en cualquier tipo de las asociaciones atrás mencionadas. Debe entenderse que en algunos escenarios la finalización o, mejor, la facultad de concluir esas vinculaciones, surge de causales legales o pactadas y en otros provienen de actos ilícitos o contrarios a la ley que originan este derecho de retirarse.

En materia jurídica mercantil, en las uniones de personas naturales o jurídicas, genéricamente sociedades, aunque existen otras modalidades que aquí se han analizado, se admite el ejercicio de esa libertad de asociación en el tradicional sentido positivo y en el negativo, es decir, en la facultad de concluir esa unión. En

este materia debe distinguirse el derecho de retiro, propiamente tal, que ha sido objeto de este análisis y que obedece al surgimiento de una de las causales legales o estatutarias, y aquel que surge del incumplimiento de los deberes legales o estatutarios de alguno de algunos de los asociados, o del mismo ente social, y que otorgan ese derecho al socio cumplido y afectado por ese comportamiento.

Tampoco debe olvidarse que, en el ejercicio de este derecho de asociación, existe el llamado derecho de exclusión, o sea, la prerrogativa que se otorga a los socios para concluir en forma forzosa la vinculación de otro u otros al presentarse una determinada causal legal o estatutaria.

Finalmente corresponde, después de haberse revisado el panorama nacional y haberse hecho algunas referencias a otras legislaciones, en especial a la española, a la italiana, a la comunitaria europea y a la norteamericana, a manera de tesis proponer algunas conclusiones sobre el derecho de receso en Colombia.

En primer lugar, debe resaltarse que el retiro voluntario del socio es un tema de actualidad y del día a día de la vida de las sociedades mercantiles, y contrario al pensamiento de algunos doctrinantes, cada día cobra más vigencia, utilidad y pertinencia en la vida social, como medio para preservar los derechos de los asociados minoritarios, disidentes, abstencionistas o ausentes, y como mecanismo de solución de discrepancias en la vida social.

En nuestra opinión, se presentan vacíos de importancia en la ley nacional y que son verdaderos obstáculos para que la garantía constitucional del derecho de asociación, en su faceta negativa, tenga una cumplida vigencia.

A continuación se enuncian las principales glosas a nuestra normatividad, las cuales han sido analizadas *in extenso* en este trabajo:

1. Se observa la ausencia de una política legal general de reconocimiento de este derecho o, mejor, la inexistencia de un criterio legal unificado, que permita que en circunstancias iguales o similares se llegue a una misma solución legal. Este comentario abarca no solo lo relativo al clásico derecho de retiro, sino a todas las formas de conclusión voluntaria o forzada de las vinculaciones societarias.
2. Glosas e inconsistencias en el Código de Comercio y en la legislación mercantil que lo reforma:

Como hemos visto, se registran variopintas soluciones en el derecho de receso, tales como las siguientes:

- i. Las originarias del Código de Comercio. En esta normatividad no había un reconocimiento del derecho de receso como institución y se encontraban algunas normas diseminadas en las reglas de las sociedades colectivas y en la sociedad de responsabilidad limitada, sin ninguna sistematización o coordinación de las mismas. Posteriormente, y con ocasión de la expedición de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre³⁰⁷, parcialmente quedaron mutiladas, al suprimirse las normas civiles sobre la materia y a la cuales se hacía remisión legal.

³⁰⁷ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

- ii. En la ley 222/1995, de 20 de diciembre³⁰⁸, y en la Ley 1258 de 2008, sobre las sociedades por acciones simplificadas S.A.S., sin duda las de mayor trascendencia en la materia y en las cuales se reconoce el receso como una institución societaria. Existen inconsistencias, las principales se anotan a continuación:
- a. La limitación de causales para el ejercicio del derecho de receso, que se reducen a muy pocos casos, pues el ejercicio de este derecho está circunscrito solo a la transformación, fusión y escisión, con olvido de causales tan trascendentes como el cambio del objeto social, del domicilio, la inclusión de la sociedad en un grupo empresarial, la modificación sustancial del estatutos del socio; y se condiciona el ejercicio del retiro a: (1) a los socios ausentes o disidentes y (2) solo si sufren una desmejora de sus derechos patrimoniales, una mayor responsabilidad o, en el caso de las sociedades por acciones registradas en la bolsa de valores, si se cancela su inscripción en ésta.
 - b. La posibilidad de frustrarse el ejercicio del derecho de receso por decisión de la Superintendencia de Sociedades, si ésta considera la no viabilidad económica de la sociedad, con ocasión del retiro de uno o varios socios. Hemos anotado que en nuestro criterio, puede establecerse un esquema de solución diferente que exigiese una capitalización o el otorgamiento de garantías a los socios mayoritarios, por cuya decisiones sociales surgieren las causales de retiro, o un incremento en el plazo establecido para el pago del reembolso al recedente. En todo caso, tal como está

³⁰⁸ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

planteada la legislación, el receso no se convierte en una garantía para los disidentes o ausentes, al autorizarse a los socios mayoritarios su conducta sin ninguna exigencia, so pretexto del principio de continuidad de la empresa, que superaría al derecho constitucional de libre asociación en su sentido negativo.

- c. No es justificable la ausencia del derecho de receso al modificarse el estatus de los accionistas titulares de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, modificación que es permitida por la Ley 222/1995, de 20 de diciembre³⁰⁹, la cual suprimió la facultad de retiro que inicialmente consagró la Ley 27 de 1990, creadora de este tipo de acciones.

- d. En los aspectos procedimentales se anotan las siguientes críticas: Es inconveniente la existencia de dos instancias, una administrativa y otra judicial para obtener una decisión en firme sobre el derecho de receso en caso de discrepancias sobre las causales del mismo y en general, sobre su ejercicio. Por lo anterior resulta muy prolongada la incertidumbre jurídica para la sociedad, para los socios y para los terceros interesados que se conlleva el actual régimen legal. No existe ningún criterio o guía normativa que determine un procedimiento, en caso de recurrirse obligatoriamente a peritos para evaluar el precio que debe pagarse al recedente ni la posibilidad de objetar el mencionado peritaje. Como ya se anotó, se presentan vacíos procedimentales en relación con la contabilización de las mayorías, con el deber

³⁰⁹ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

de suministrar información y con los plazos para el pago del precio o valor del reembolso.

- e. En relación con el derecho de retiro en las sociedades por acciones simplificadas –S.A.S.–, aunque es plausible la introducción como causal de receso la venta en bloque, o sea, del cincuenta por ciento o más de los activos sociales, la redacción de la norma puede llevar a confusión al incluirse también los pasivos, como parte de la venta, pudiendo no existir deudas o ellas no ser transferibles como parte de la negociación. Por la remisión de las reglas de las S.A.S. a las normas de la Ley 222/1995, de 20 de diciembre³¹⁰, y del Código de Comercio en lo que le sean aplicables, tienen cabida las críticas ya expuestas a esas normatividades.

3. Venta de participaciones estatales o Ley 226/1995, de 20 de diciembre³¹¹.

En cuanto a la venta de participaciones estatales en sociedades, el ejercicio del derecho de receso puede verse afectado en forma sensible en detrimento del recedente –la entidad estatal-, al ser obligado a esperar todo el procedimiento de venta dentro del proceso de privatización. Igualmente puede perjudicarse el patrimonio del Estado, al perderse oportunidades de enajenación en forma ágil y con buenas condiciones, pérdidas que pueden ocurrir por la lentitud del procedimiento y abundancia de requisitos formales diseñados por la ley, que no concuerden con las velocidades del mercado.

³¹⁰ Colombia. Ley 222/1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

³¹¹ Colombia. Ley 226/1995, de 20 de diciembre. Diario Oficial No. 42.159, 21 de diciembre de 1995.

4. Sector Financiero.

El estatuto financiero o Decreto 663/1993, de 2 de abril ³¹², adopta criterios diferentes respecto de la posibilidad de ejercer el derecho de receso, tanto en sus causales como en sus consecuencias, evidenciándose la falta de una directriz general para la aplicación del derecho de receso. En este tipo de sociedades se otorga la facultad de receso en los casos de fusiones y escisiones, sin que sea necesario que exista un deterioro patrimonial para los ausentes o disidentes, como si se exige en el estatuto mercantil. También se anota como crítica los porcentajes exigidos para que se acepte la solicitud del avalúo técnico independiente, que pueden ser excesivamente altos.

5. Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones –OPA–.

En las ofertas públicas de adquisición de acciones –OPA–, en las cuales, como ya se analizó, se establece una obligación de compra a los accionistas mayoritarios o un derecho de venta de los titulares minoritarios de acciones; fenómeno jurídico que aunque diverso al receso, pues se está en frente de una sustitución de socios, finalmente cumple con un objeto semejante. Parecen excesivos los porcentajes exigidos para el ejercicio del derecho de receso u obligación de compra en las ofertas públicas de acciones.

6. Bonos Obligatoriamente Convertibles en Acciones – BOCEAS –.

³¹² Colombia. Decreto 663/1993, de 2 de abril. Diario Oficial No. 40.820, 5 de abril de 1993.

En los casos de modificaciones sustanciales de los estatutos de las sociedades emisoras de los bonos obligatoriamente convertibles en acciones –BOCEAS–, las soluciones de la ley nacional no guardan coherencia con los estatutos societarios, habiendo sido suprimido este derecho, que anteriormente se otorgaba, con detrimento de los titulares de esa clase de acciones.

7. Agrupaciones de interés económico, carteras colectivas y fondos de inversión privada.

Varias críticas pueden hacerse a los casos de retiro en las agrupaciones por interés económico, o a las participaciones en los fondos privados o carteras públicas, formas asimilables a las sociedades comerciales. Estas críticas pueden provenir de ausencia de legislación, de precisión o definición normativa en los plazos, procedimientos, en la escasez de causales para ejercer el retiro y, una vez más aflora una incongruencia con los demás estatutos nacionales que regulan la materia.

8. Nuevas tendencias.

Por último, es importante resaltar cómo las causales de receso, que inicialmente se originaban únicamente en modificaciones al contrato social, hoy también se acepta que surjan actos de administración social o de hechos jurídicos ajenos a modificaciones contractuales como, por ejemplo, el ingreso de la sociedad a grupos empresariales, situaciones provenientes del ejercicio OPAS o de tomas de control accionario, entre otras, configurándose así nuevas causales de receso o de retiro, tal como lo evidencian las recientes modificaciones introducidas en las legislaciones

española e italiana e incluso en la legislación colombiana sobre ofertas públicas de adquisición.

En nuestra opinión, el legislador colombiano en materia jurídico-mercantil societaria y en temas asimilables como los tributarios, debería elaborar un estatuto único, coherente y eficaz en su aplicación como paso necesario para el ejercicio pleno y democrático del derecho de propiedad de múltiples inversionistas en la actualidad sometidos a graves y perturbadoras incertidumbres jurídicas. Se echa de menos la ausencia de un criterio unificado sobre los principios jurídicos que inspiran esta figura y las garantías constitucionales que deberían salvaguardarse.

Esta crítica se hace extensiva a las diferentes legislaciones sobre cualquier forma de terminación parcial del vínculo societario, ya sea por exclusión, por nulidad o con ocasión de abuso o violación de los derechos societarios, todas ellas susceptibles de glosas o reparos, que llevan a concluir que si bien entre nosotros existe la libertad de asociación comercial, en muchas circunstancias su ejercicio negativo está rodeado de grandes dificultades y, en ocasiones, se torna en un imposible.



RODRIGO PUYO VASCO

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel; MENERO RUIZ, Juan. Ilícitos atípicos. 2000. Madrid. Editorial Trotta.

ASCARELLI, Tulio. Panorama del Derecho Comercial. Buenos Aires: Editor Depalma, 1949.

BRENES CORTÉS, Josefa. El Derecho de Separación del Accionista. 1999. Madrid. Marcial Pons.

BRENES CORTÉS, Josefa. El Derecho de Separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades. Revista de derecho de sociedades, No. 37 julio-diciembre de 2011.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 1991. Novena edición. Madrid. Editorial Tecnos S.A.

BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. 1960, Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.

CÁMARA, Héctor. Derecho Societario. 1985. Buenos Aires. Ediciones Depalma.

Código Civil Colombiano. Compilador Jorge Ortega Torres. 1977, Duodécima edición. Bogotá. Editorial Temis.

DASSO, Ariel Ángel. El Derecho de Separación o Receso del Accionista, 1985. Segunda edición. Buenos Aires. Grijelmo S.A.

DE LA CÁMARA ÁLVARES, Manuel. Estudios de Derecho Mercantil, Tomos I y II, Madrid, 1977 y 1978.

DI LELLA, Nicolás. Derecho de Receso y Valuación de Acciones Recedidas. Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios. 2011.

DRAETTA, Ugo. La Otra Cara del Arbitraje Internacional. 2013, Bogotá. Universidad del Rosario.

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. 1999, Bogotá. Editorial Temis S.A.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael. La Exclusión de Socios Causas Legales. 1977, Madrid. Editorial Montecorvo S.A.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 1979. Séptima Edición. México. Editorial Porrúa S.A.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio. 1984. Tercera edición. Bogotá. Editorial Temis.

GIL, Jorge Hernán. Teoría General de la Ineficacia. 2007, Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá.

GIRÓN TENA, J. Derecho de Sociedades. 1976. Madrid. Artes Gráficas Benzal.

GÓMEZ CALERO, Juan. Las Agrupaciones de Interés Económico. 1993, Barcelona. José María Bosch Editores S.A.

HOPT, Klaus J. Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores. 2010, Madrid. Marcial Pons.

LEAL PÉREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Sexta edición. Bogotá. Leyer.

JIMÉNEZ GIL, William. Sobre Principios y Reglas, los Problemas del Razonamiento Jurídico Frente al Nuevo Derecho en el Sistema Jurídico Colombiano. Tesis del programa Maestría en Derecho, Universidad Nacional de

Colombia. Director de la investigación: Dr. Diego Eduardo López Medina. 2004, Bogotá.

INNOCENTI, Osmida. La Exclusión del Socio. 1958, Barcelona. Editorial Ahr.

ISAZA UPEGUI, Álvaro; LONDOÑO RESTREPO, Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006. 2007. Legis S.A.

Legislación. Revista 1388, tomo 117. 2010, Bogotá. Legis Editores S.A.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios. 2010, Bogotá. Abeledo Perrot.

MASCHERONI, Fernando H.; Muguillo, Roberto A. Régimen Jurídico del Socio. Derechos y Obligaciones en las Sociedades Comerciales. 1996, Buenos Aires. Editorial Astrea.

MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A. Régimen Jurídico del Socio: Derechos y Obligaciones en las Sociedades Comerciales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

MORA SARRIA, Luis Alfonso. Derecho de Retiro ¿Realidad o Letra Muerta? Revista Criterio Jurídico, No. 3. 2003, Cali.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Tercera edición. Bogotá. Ediciones Bonnet & Cía. S. en C.

NEIRA ARCHILA, Luis Carlos. Derecho de Retiro, en la Reforma al Código de Comercio Ley 222 de 1995. 1996, Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá.

PENNACCA, Carlos Martín. El Derecho de Receso. 1978, Buenos Aires. Editorial Astrea.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. El Derecho de Separación del Socio en las Sociedades de Capital. 2001, Madrid. La Ley.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. La Separación de Socios y Partícipes. 2000, Valencia. Tirant lo Blanch.

PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. 1966, Bogotá. Editorial Temis.

PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales. 1977, Bogotá. Editorial Temis.

PUYO VASCO, Rodrigo. Los Diez Grandes Capítulos de la Legislación de las Sociedades Comerciales en Colombia. Compilador Francisco Reyes. Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

PUYO VASCO, Rodrigo. Organización de Entidades Financieras, Fusiones, Adquisiciones, Conversiones, Escisiones y Cesión de Activos y Pasivos; en *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*. 2011, Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.

PUYO VASCO, Rodrigo. Colombia: La Regulación de los Fondos de Valores. Latin America and the Caribbean Technical Department. 1996. Publicación no oficial del Banco Mundial.

Textos Legales Astrea. Régimen de Sociedades Comerciales: Ley 19.550. Buenos Aires, 2011.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. 2009. Reimpresión segunda edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2006. Segunda edición. Bogotá. Editorial Temis S.A.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS La Sociedad por Acciones Simplificada. 2009. Primera edición. Bogotá. Legis Editores S.A.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Coordinador. Estudios Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. 2010, Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2006.

RODRÍGUEZ PÉREZ, Ángela. La Exclusión del Socio en Sociedades Profesionales; en *Conferencias del Curso Académico 2008/2009*, Academia Sevillana Notariado; Tomo XX. 2010, Sevilla. Academia Sevillana del Notariado.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. 1977. Quinta Edición. México D.F. Editorial Porrúa S.A.

SÁNCHEZ CALDERÓN, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. 1992. Decimosexta edición. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Decimosexta Edición. 1993, Madrid. Editorial revista de derecho privado.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. La facultad de Exclusión de Socios en la Teoría General de Sociedades. 2006, Navarra. Thomson.

SANÍN BERNAL, Ignacio. Un nuevo Derecho Societario. 1999. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké.

SANÍN BERNAL, Ignacio. Reforma a la Legislación Mercantil. 1999, Medellín. Biblioteca Jurídica Diké.

SERICK, Rolf. Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. 1958, Barcelona. Ediciones Ariel.

MUÑOZ TAMAYO, Diego. Privatización en Colombia, Marco Jurídico para la Transferencia de la Propiedad Estatal. 2004, Bogotá. Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia.

VASQUEZ LÉPINETTE, Tomás. La Protección de las Minorías Societarias Frente a la Opresión. Colección "Estudios de Derecho Mercantil". 2007, Pamplona. Editorial Thomson Citivas.

VELASCO ALONSO, Ángel. El derecho de Separación del Accionista. 1976, Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas.

VENTORUZZO, Marco. Cross-Border Mergers, Change in Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders. Research paper No. 16. The social science research network electronic paper collection.

VENTORUZZO, Marco. Experiments in Comparative Corporate Law: the recent Italian reform and the dubious virtues of a market for rules in the absence of effective regulatory competition. 2004. Research paper No. 06-02. The social science research network electronic paper collection. <http://www.ssrn.com>

VILLA URIBE, William. Las Sociedades de Responsabilidad Limitada en Colombia. 1946, Bogotá. Librería Voluntad S.A.

FUENTES NORMATIVAS

Codificaciones

- Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, 20 de julio de 1991.
- Colombia. Código Civil. Adoptado por la Ley 57 de abril 15/1887. Diario Oficial No. 7.019, 20 de abril de 1887.
- Colombia. Código de Comercio (Decreto-Ley 410 de 1971). Diario Oficial No. 33.339, 16 de junio de 1971.
- Colombia. Estatuto Tributario (Decreto Extraordinario 624 e 1989). Diario Oficial No. 38.756, 30 de marzo de 1989.

Leyes

- Colombia. Ley 142 de 1994. Diario Oficial No. 41.433, 11 de julio de 1994.
- Colombia. Ley 222 de 1995. Diario Oficial No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.
- Colombia. Ley 446 de 1998. Diario Oficial No. 43.335, 8 de julio de 1998.
- Colombia. Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097, 24 de julio de 2000.

- Colombia. Ley 633 de 2000. Diario Oficial No. 44.275, 29 de diciembre de 2000.
- Colombia. Ley 1116 de 2006. Diario Oficial No. 46.494, 27 de diciembre de 2006.
- Colombia. Ley 1258 de 2008. Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008.
- Colombia. Ley 1429 de 2010. Diario Oficial No. 47.937, 29 de diciembre de 2010.
- Colombia. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48.128, 12 de julio de 2011.
- Colombia. Ley 1564 de 2012. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012.
- Colombia. Ley 1607 de 2012. Diario Oficial No. 48.655, 26 de diciembre de 2012.

Decretos

- Colombia. Decreto Reglamentario 2649 de 1993. Diario Oficial No. 41.156, 29 de diciembre de 1993.
- Colombia. Decreto Reglamentario 1080 de 1996. Diario Oficial No. 42.812, 24 de junio de 1996.
- Colombia. Decreto Reglamentario 1925 de 2009. Diario Oficial No. 47.364, 28 de mayo de 2009.
- Colombia. Decreto Reglamentario 1023 de 2012. Diario Oficial No. 48.434, 18 de mayo de 2012.

Sentencias

De la Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia T-003 de 1994, aprobada en sesión de la sala primera de revisión Corte Constitucional. M.P. Jorge Arango Mejía, 17 de enero de 1994.
- Sentencia C-949 de 2001. Gaceta Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas H., 5 de septiembre de 2001.
- Sentencia SU-1023 de 2001. Corte Constitucional. M.P. Jaime Córdoba Triviño, 26 de septiembre de 2001.
- Sentencia C-865 de 2004. Corte Constitucional. M.P. Rodrigo Escobar Gil, 7 de septiembre de 2004.
- Sentencia C – 090 de 2014. Corte Constitucional. M.P. Mauricio González C., 19 de febrero de 2014.

De la Corte Suprema de Justicia de Colombia

- Sentencia del 23 de mayo de 1938, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.
- Sentencia del 13 de septiembre de 2006, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- Sentencia del 24 de noviembre de 2009, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas.
- Sentencia del 21 de febrero de 2012, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.
- Sentencia del 17 de abril de 2012, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina.

Del Consejo de Estado de Colombia

- Sentencia con expediente número 9245 del 5 de mayo de 1999, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Daniel Manrique Guzmán.
- Sentencia con expediente número 22051 del 15 de mayo de 2003, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sentencia con expediente número 24749 del 6 de agosto de 2003, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia con expediente número 15321 del 13 de mayo de 2004, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia con expediente número 28362 del 16 de marzo de 2005, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez
- Sentencia con expediente número 27651 del 7 de diciembre de 2005, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sentencia con expediente número 15188 del 26 de abril de 2006, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
- Sentencia con expediente número 16883 del 29 de abril de 2010, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

Conceptos y Oficios

De la Superintendencia de Sociedades de Colombia

- Oficio 220-66676 del 30 de julio de 1999
- Oficio 100-20613 de 23 de mayo de 2001
- Oficio 220-46375 del 9 de septiembre de 2002

- Oficio 220-075936 del 13 de noviembre de 2003
- Oficio 220-12001 del 09 de marzo de 2005
- Oficio 220-24650 18 de mayo de 2005
- Oficio 220-053 del 22 de septiembre de 2005
- Oficio 220-029027 del 9 de abril de 2008
- Oficio 220-086969 del 9 de septiembre de 2008
- Oficio 220-093219 del 23 de septiembre de 2008
- Oficio 220-133330 del 29 de diciembre de 2008
- Oficio 220-070317 del 29 de abril de 2009
- Oficio 220-019214 del 26 de marzo de 2012
- Oficio 220-061666 de 16 de agosto de 2012
- Oficio 220-181926 del 19 de diciembre de 2012
- Oficio 220-21502 Ref. Sociedad de Hecho y Unión Temporal.
- Oficio No. 220 – 002294 de enero de 2014.
- Sentencia. Superintendencia de Sociedades –Superintendente Delegado para asuntos mercantiles José Miguel Mendoza-. 12 de octubre 2012.

De la Superintendencia Financiera de Colombia

- Colombia. Concepto 2005022911-4 del 15 de junio de 2005
- Colombia. Concepto 2011056045-001 del 5 de agosto de 2011

Resoluciones y Circulares de la Superintendencia de Sociedades de Colombia

- Resolución 321- 000930 del 17 de marzo de 2008
- Circular externa 100-005 del 25 de marzo de 2008
- Circular externa 004 14 de enero de 2005
- Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008

Gacetas del Congreso de la República de Colombia

- Gaceta del Congreso del jueves 4 de noviembre de 1993. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Exposición de motivos del proyecto.
- Gaceta del Congreso No. 85 del miércoles 22 de junio de 1994. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia.

- Gaceta del Congreso del martes 25 de abril de 1995. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia.
- Gaceta del Congreso del lunes 12 de junio de 1995. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia.
- Gaceta del Congreso No. 350 de 1995. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Informe de la Comisión de Conciliación al proyecto de ley 119/93.
- Gaceta del Congreso No.275 de 1995. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Informe de objeciones presidenciales al proyecto de ley 119/93 y 235/95.
- Gaceta del Congreso No. 182 de 1995. Senado y Cámara. Imprenta Nacional de Colombia. Texto definitivo aprobado en sesión del Senado Proyecto de ley 119/93 Cámara y 235/95 Senado.

Otras fuentes normativas extranjeras

- Directiva 2004//25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 21 de abril de 2004
- Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de julio de 2007
- Sentencia del 15 de noviembre de 2011 del Tribunal Supremo Español.
- COM (2003) 284 Final. Comunicación final de la Comisión Europea.

ABREVIATURAS

TRLSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España.
LME	Ley sobre modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles de España.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas de España.
MBCA	Model Business Corporation Act.
LLP	Limited Liability Partnership.
UPA	Uniform Partnership Act.
RUPA	Revised Uniform Partnership Act.
C.C.	Código Civil italiano.
S.A.S.	Sociedad por Acciones Simplificada.
OPA(S)	Oferta(s) Pública(s) de Adquisición de Acciones.
BOCEAS	Bonos Obligatoriamente Convertibles en Acciones.
C.S.T.	Código Sustantivo del Trabajo.
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
C.N.	Constitución Política de Colombia.
E.O.S.F.	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia.
C.C.I.	Centro de Comercio Internacional.
O.M.C.	Organización Mundial del Comercio.