

VALIDEZ, EFICACIA Y OPONIBILIDAD DE LOS PACTOS PARA-SOCIALES DE
ACUERDO A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA VIGENTE

ANDREA PIÑEROS ARENAS

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

VALIDEZ, EFICACIA Y OponIBILIDAD DE LOS PactOS PARA-SocIALES DE
ACUERDO A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA VIGENTE

ANDREA PIÑEROS ARENAS

Monografía para optar al título de abogada

ASESORA:
MARCELA PALACIO BOTERO

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

Nota de aceptación

Firma Presidente del Jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, abril de 2015.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO SOCIETARIO	8
1.1. DEFINICIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	8
1.2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO SOCIETARIO	11
1.3. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: ORDEN PÚBLICO, BUENAS COSTUMBRES Y NORMAS IMPERATIVAS	14
1.3.1. Validez de los actos o negocios jurídicos	17
1.3.2. Eficacia de los actos o negocios jurídicos	24
1.3.3. Oponibilidad de los actos o negocios jurídicos	26
2. ACUERDOS PARA-SOCIALES EN COLOMBIA.....	29
2.1. CONCEPTO DE ACUERDO PARA-SOCIAL	29
2.2 CLASIFICACIÓN Y CLÁUSULAS DE LOS PACTOS PARA-SOCIALES	36
2.3. ACUERDOS PARA-SOCIALES DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA: REQUISITOS PARA SU VALIDEZ, EFICACIA Y Oponibilidad.....	43
3. LOS ACUERDOS PARA-SOCIALES EN RELACIÓN CON LOS TIPOS SOCIETARIOS COLOMBIANOS.....	50
3.1. VALIDEZ, EFICACIA Y Oponibilidad DE LAS CLÁUSULAS EN LOS ACUERDOS PARA-SOCIALES CELEBRADOS EN SOCIEDADES MERCANTILES COLOMBIANAS.....	50
3.1.1. Sociedades colectivas	51
3.1.2. Sociedades en Comandita: simple y por acciones	55
3.1.3. Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	58
3.1.4. Sociedades Anónimas	62
3.2. VALIDEZ, EFICACIA Y Oponibilidad DE LAS CLÁUSULAS Y ACUERDOS PARA-SOCIALES EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS – S.A.S.	68
CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCIÓN

De acuerdo al artículo 110 del Código de Comercio colombiano, los particulares al conformar una sociedad, tienen la obligación de regular ciertas materias en los estatutos de ésta, los cuales servirán para el desarrollo del objeto social y de la actividad comercial, siempre que se ajusten a las normas imperativas de cada tipo societario.

Pero conforme se va desarrollando el objeto social, algunas veces en la práctica, se van necesitando ciertos acuerdos entre los accionistas o socios para regular algunos temas que se dejaron por fuera de los estatutos o que de acuerdo al crecimiento y desarrollo de la sociedad, van necesitando una regulación específica para satisfacer lo que los socios quieren y necesitan. Estos temas pudieron haber sido dejados por fuera de los estatutos debido a que la norma solo impone que se deban regular en ellos los temas estipulados en el artículo 110 del Código de Comercio aunque los asociados podrán pactar además, los aspectos que crean relevantes de acuerdo con sus intereses siempre que sean compatibles con la ley, asimismo, la no regulación estatutaria puede derivarse de asuntos puntuales o temporales que no requieren o no le interesa a los asociados tener una regulación general.

Es por esto, que los socios o accionistas, de acuerdo a la autonomía de la voluntad reconocida por la legislación, jurisprudencia y doctrina vigente en Colombia, celebran los llamados acuerdos o pactos para-sociales¹, los cuales, como se verá en este estudio, se pueden catalogar como negocios jurídicos.

Si bien, estos acuerdos se han podido celebrar por virtud de la autonomía de la voluntad de los asociados y también han sido reconocidos y regulados en el

¹ Para efectos de esta monografía, a dichos acuerdos se les podrá llamar también acuerdos de accionistas o de socios, sin importar que la sociedad se componga por socios o por accionistas.

ordenamiento jurídico hace ya varias décadas, con dichas regulaciones, surgen interrogantes o dudas acerca de la validez, eficacia y oponibilidad de los mismos, puesto que pueden tener un objeto muy amplio y en el ordenamiento jurídico colombiano existen varios regímenes que los regulan de acuerdo al tipo de sociedad a la que estén vinculados debido a que cada tipo societario tiene unas normas y reglas diferentes.

Por tener gran relevancia para el crecimiento de las sociedades y la satisfacción de las necesidades de los asociados, es necesario hacer precisión sobre cómo o cuándo dichos acuerdos y las disposiciones relevantes que los pudieran componer, según el tipo de sociedad, se pueden considerar válidos, eficaces y oponibles frente, según el caso, a quienes lo celebran, la sociedad, los terceros y a los demás asociados, con el fin de saber si estos, al celebrarse, están destinados a cumplir o no con los fines pretendidos por las partes.

Para esto, con el presente se hará un análisis e interpretación de las normas legales vigentes en Colombia, la jurisprudencia y la doctrina relevante a este objeto de estudio.

Al evaluar lo anteriormente mencionado, primero se tratará la autonomía de la voluntad desde la perspectiva de los conceptos de eficacia, validez y oponibilidad.

Luego, se hará una descripción general de los acuerdos para-sociales, de las cláusulas o disposiciones que comúnmente los componen y de los elementos de validez, eficacia y oponibilidad requeridos por las normas colombianas.

Posteriormente, se analizarán normas de cada tipo societario que guarden relación con las disposiciones o cláusulas que comúnmente componen los acuerdos para-sociales, para concluir sobre el nivel de eficacia, validez y

oponibilidad de dichos acuerdos en los tipos societarios consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano vigente.

1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO SOCIETARIO

1.1. Definición de la autonomía de la voluntad

El concepto o postulado de la autonomía de la voluntad tuvo sus orígenes en la teoría de los derechos naturales de los individuos, analizados desde una perspectiva liberal en la doctrina civilista francesa.² Esta doctrina, lo definía como “[E]l poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses”³, con lo cual le daba un poder amplio a los individuos de autorregularse, siempre que se estuviera dentro de los límites legales existentes. Se tenía un excesivo respeto por la voluntad y la expresión del consentimiento que constituían los actos entre particulares, y por tanto se buscaba un estado de felicidad individual. Pero esta concepción de la autonomía de la voluntad fue cambiando y se establecieron ciertas restricciones al poder auto regulatorio absoluto, poniendo en un primer plano los intereses comunes, la propiedad privada y la economía del mercado.⁴

En Colombia, por primera vez, el concepto de autonomía privada se plasmó con el artículo 1602 del vigente código civil, el cual consagra que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* y que debe ser entendido en los límites del artículo 16 del Código Civil en el que se estipula que *“no podrán*

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186. (16, marzo, 2011). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.

³ FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid: Comares. 1957.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186. (16, marzo, 2011). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.

*derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.*⁵

Se puede afirmar, que no es sino hasta la Constitución Política de 1991, que este principio goza de carácter constitucional⁶, el cual surge de la interpretación conjunta de los derechos de reconocimiento de la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la propiedad privada, libertad de asociación, libertad económica, libre iniciativa privada y libertad de empresa.⁷

De acuerdo con dicha interpretación, la Corte Constitucional ha definido el principio de la siguiente manera:

*"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.”*⁸

⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (16, mayo, 1873). Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Bogotá D.C.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186. (16, marzo, 2011). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.

⁷ LARGO TABORDA, Adriana. Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea. Medellín: Universidad de Antioquia. 2008. p 29

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338 (24, agosto, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

Así mismo, en Sentencia C-1194 de 2008, la misma Corte lo ha definido como: *“...como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres.”*⁹

Estas definiciones de la Corte Constitucional, concuerdan además con el concepto de algunos doctrinantes, como BETTI, respecto del tema:

*“...es decir, como la actividad o potestad creadora, modificadora o extintiva, de las relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes”*¹⁰

La Superintendencia de Sociedades, también se ha pronunciado sobre la autonomía de la voluntad en los siguientes términos: *“...De lo expresado se infiere que tanto en materia civil como en la mercantil, los particulares en la realización de sus contratos pueden dentro de la autonomía de su voluntad disponer las previsiones que estimen convenientes para realizar sus actividades, salvo que las mismas contraríen normas imperativas que por su misma esencia son obligatorias puesto que no solo se inspiran en los principios derivados de la noción de orden público, la seguridad del estado, las buenas costumbres, sino que determinan las condiciones de validez de los contratos, imponen obligaciones a los profesionales del comercio, exigen solemnidades para la celebración de ciertos actos o imponen sanciones por el incumplimiento de exigencias o requisitos legales”*¹¹ .

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 (3, diciembre, 2008). M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C.

¹⁰ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Granada: Editorial Comares, 2000.p. 57.

¹¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220- 57938. Bogotá D.C.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que: *“la legislación civil colombiana tiene como uno de sus principios fundamentales el de la autonomía de la voluntad privada en virtud del cual éstos pueden efectuar actos jurídicos sujetos a las normas que regulan su eficacia y validez, y dentro de las limitaciones impuestas por el orden público y el derecho ajeno, entre otros, principio que en relación con los contratos se halla consagrado en el artículo 1602 del C.C”*¹²

Resumiendo, se puede definir la autonomía de la voluntad como el poder o la posibilidad limitada que tienen los particulares de autorregularse en ciertos actos privados, limitación que se materializa en la observancia de la ley, el respeto por el orden público y las buenas costumbres.

1.2. La autonomía de la voluntad y su relación con el derecho societario

Según la Superintendencia de Sociedades de Colombia, se puede entender que una sociedad es un negocio jurídico¹³. Ahora, en tanto negocio jurídico, puede catalogarse como un contrato, con lo cual, está acompañado por el principio de autonomía de la voluntad, en los términos antes descritos, es decir, atravesado por la posibilidad o atribución otorgada por el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus relaciones, en este caso, societarias, sin desconocer que dicha atribución no es absoluta.

En Colombia, en materia societaria, el Estado permite a los asociados regular o estipular el alcance, las condiciones, modalidades o el contenido de las normas

¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación civil. Sentencia expediente 6877. (16, mayo, 2002). M.P. Jorge Santos Ballesteros. Bogotá D.C.

¹³ La Superintendencia de Sociedades, en el Concepto 220-78234 ha dicho lo siguiente: *“Lo que tenemos cuando se quiere formar una sociedad es un negocio jurídico, el cual debe ser entendido como el acto u operación integrado por una o varias declaraciones de voluntad, dirigidas a producir determinado efecto jurídico. Se colige por tanto que todo negocio jurídico presupone: 1) sujetos que declaran su voluntad, 2) un objeto, es decir la creación, modificación y extinción de un derecho, 3) una causa, tanto subjetiva (intención del sujeto) como objetiva (finalidad económico jurídica)”*

que regularán sus relaciones mutuas y a la sociedad, según sus objetivos e intereses, siempre que se respeten los límites legales existentes, como lo son la ley, el orden público, las buenas costumbres¹⁴ y en este caso en particular, que se respeten las normas imperativas de cada tipo societario permitido en Colombia.¹⁵

La Superintendencia de Sociedades de Colombia, ha definido dichas normas imperativas a las que se hace referencia, como *“aquellas que en su misma esencia son obligatorias, no solo se inspiran en los principios generales derivados de la noción de orden público, la seguridad del estado, las buenas costumbres, sino que tienden a moralizar y a proteger la profesión del comercio. Las que determinan las condiciones de validez de los contratos, imponen obligaciones a los profesionales del comercio, exigen solemnidades para la celebración de ciertos actos o las que imponen sanciones por el incumplimiento de exigencias o requisitos legales”*¹⁶.

Asimismo, el Código Civil consagra en su artículo 6 que: *“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.”*

¹⁴ ESPINOZA QUINTERO, Leonardo. EL PROCESO DE FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN SOCIETARIO COLOMBIANO: Una visión desde la evolución de las figuras empresariales. En: Cuadernos de la Maestría de derecho. (2011) ISBN 978-84-9836-832-1

¹⁵ En el Concepto 220-40037, la Superintendencia de Sociedades estableció que *“Si bien el Estatuto Mercantil, permite dentro de la autonomía de la voluntad privada, que los asociados convengan libremente aquellas estipulaciones que sean convenientes a sus intereses particulares y colectivos, tal libertad está limitada, en el caso de las sociedades comerciales, a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario, amén de que no vulneren normas de carácter imperativo.”*

¹⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-040684 (23, agosto, 2007). BOGOTÁ D.C.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia las define como: “...aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia.”¹⁷

Estas se diferencian de las normas de carácter dispositivo y de carácter supletorio, en el entendido de que las primeras consisten en que las partes las podrán aplicar o al contrario, podrá pactarse algo distinto al respecto y las segundas sólo tienen aplicación cuando las partes no regulan un aspecto en concreto sobre la sociedad, es decir, operan a falta de una decisión contraria de las partes sobre la norma.¹⁸

A las segundas, la Corte Suprema de Justicia las ha definido como: “...las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno” y para las de carácter dispositivo la misma Corporación ha afirmado que “...obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátese de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación.”¹⁹

Haciendo referencia a las normas imperativas, es relevante recalcar que en Colombia el principio de autonomía de la voluntad parece estar bastante limitado en materia societaria, salvo en lo que respecta a las sociedades por acciones

¹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Exp. 41001-3103-003-1999-00477-01. M.P. Jesús Vall De Rutén Ruíz. Bogotá D.C.

¹⁸ La Corte Constitucional en la Sentencia T-597 de 1995, estableció: “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.”

¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación civil. Sentencia expediente 00026. (6, marzo, 2012). Bogotá D.C.

simplificadas, debido a la enorme cantidad de normas imperativas estipuladas en el ordenamiento jurídico y a la imposición legal de los tipos de sociedad reconocidos por el ordenamiento jurídico colombiano. Además existen normas imperativas que regulan el funcionamiento y las formalidades requeridas para que su constitución y funcionamiento produzcan efectos jurídicos.

No obstante, en Colombia se dio un gran paso a la “flexibilización societaria” al crear las Sociedades por Acciones Simplificadas – SAS en el año 2008, las cuales tienen una gran cantidad de normas dispositivas y supletivas, lo que permite que la autonomía de la voluntad de los comerciantes se vea aún más reflejada en las decisiones que se toman en calidad de socios, al poder decidir de manera autónoma sobre las normas que regularán sus relaciones entre ellos y con la sociedad, y a la sociedad misma.

1.3. Límites a la autonomía de la voluntad: orden público, buenas costumbres y normas imperativas

Como se dijo anteriormente, la autonomía de la voluntad en el derecho societario colombiano no tiene un carácter absoluto, esto quiere decir, que tiene ciertas limitaciones para la celebración actos o negocios jurídicos, donde las relaciones entre los comerciantes no quedan totalmente a su arbitrio. Un ejemplo de esto, se encuentra en la celebración del contrato de sociedad o en los pactos para-sociales celebrados entre accionistas o socios, en los que, aunque los particulares cuentan con suficiente autonomía para su celebración, como ser verá, se deben respetar normas imperativas generales y prescritas para cada tipo societario.

Así, las normas imperativas, en tanto límite de la autonomía privada, tienen una función importante: buscan principalmente que no se vulnere el orden público y las buenas costumbres, entre otros. Para plasmar esta afirmación, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “*De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens,*

*orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris*²⁰

Así, los límites velan por la validez, eficacia y oponibilidad del negocio jurídico y, en este caso, del contrato social o del pacto para-social, debido a que están encaminados a garantizar que el acto o negocio surja a la vida jurídica, cumpla con los fines para los que fue celebrado y pueda generar efectos respecto de terceros, y para esto el legislador, a través de normas imperativas, ha impuesto a los particulares una serie de cargas para regular sus efectos y consecuencias.²¹

Frente a este tema, la posición de la Corte Constitucional ha sido la siguiente: *“...aquellas libertades [las propias de la autonomía privada] están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.”*²²

De esta posición se puede afirmar, otra vez, que los límites de la autonomía de la voluntad se reducen a aspectos vinculados con el orden público y las buenas costumbres, como lo plasma además el artículo 16 del Código Civil.²³ Así mismo, al respetarlos, se producirá un acatamiento a los derechos fundamentales que sirven de base al ejercicio de la autonomía misma en sociedad (los intereses el Estado).

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *“Los límites, consisten sobre todo, en la imposibilidad de disponer sobre los requisitos y los efectos del negocio... Tanto los elementos esenciales como los presupuestos (de validez) propiamente dichos, y los efectos del negocio válidamente celebrado, se sustraen a la disposición privada, por estar reservados a la competencia normativa de la ley” (BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico)*

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia U-157 (10, marzo 10, 1999). M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

²³ El artículo 16 del Código Civil consagra: *“no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*

La noción de orden público en Colombia se ha entendido como *“el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”*²⁴, es decir, éste límite impuesto por el legislador se basa en una protección de los intereses del Estado, los cuales por medio de las normas imperativas, velan por el interés común que debe primar sobre el particular.²⁵

Al respecto de las buenas costumbres, se puede afirmar que es un concepto muy amplio o, incluso, vago La Corte Constitucional ha sostenido que: *“La jurisprudencia ha establecido que estos tipos de expresiones pueden implicar un alto grado de vaguedad y de ambigüedad, puesto que remiten a ciertas visiones del mundo que son relativas o que se refieren a determinados criterios estéticos.”*²⁶

Pero en sentencia C-224 de 1994, ha dicho la Corte que este concepto emana de la moral pública, definiendo esta última como *“aquella que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”*, añadiendo que *“entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.”*

Adicionalmente, el concepto de buenas costumbres va ligado al principio de buena fe y a los derechos fundamentales, puesto que *“Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella.”*

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179. (14, marzo, 2007). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C.

²⁵ Sentencia C-367 de 1995: *“Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce - aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.”*

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-435. (10, julio, 2013). M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C.

La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.”²⁷

Haciendo alusión a estos, Emilio BETTI, expone como límites a la autonomía de la voluntad, los elementos necesarios a la existencia del negocio jurídico, los cuales la ley consagra de forma imperativa; los presupuestos generales de validez de cada tipo en concreto; los intereses sociales o de la comunidad; las buenas costumbres o intereses que no sean incompatibles con la libertad o dignidad humana; y la determinación de los efectos jurídicos del negocio, los cuales son competencia exclusiva del ordenamiento jurídico.²⁸

1.3.1. Validez de los actos o negocios jurídicos

Es preciso entender el concepto de validez de los actos o negocios jurídicos, que como ya se verá más adelante, es lo que viene siendo el contrato social.

Sobre la validez, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: *“Válido es el acto dispositivo existente y ajustado a la plenitud del ordenamiento e inválido el contrapuesto o disconforme con sus valores, directrices ética-políticas, preceptos imperativos, el ius cogens, las buenas costumbres o aquejado de deficiencias congénitas o sobrevenidas en sus presupuestos de validez”²⁹*

²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación penal. Sentencia expediente 22407 (16, marzo, 2005). M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá D.C.

²⁸ BETTI. Op. Cit., p. 101

²⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia expediente 2001-00803-01 (1, julio, 2008)

Además, utilizando la definición de invalidez³⁰, se puede entender dicho concepto como la idoneidad del acto para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de una norma jurídica.

En consecuencia, para que un acto se pueda predicar válido, se deberán tener en cuenta los requisitos o presupuestos de validez de los negocios o actos jurídicos consagrados en el artículo 1502 del Código Civil colombiano³¹ y en los artículos 899 y siguientes del Código de Comercio, los cuales concuerdan con los descritos por OSPINA FERNANDEZ, quién establece que son: (i) capacidad de los agentes; (ii) ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo); (iii) ausencia de lesión enorme (iv) licitud del objeto; (v) realidad y licitud de la causa y; (vi) la plenitud de las formalidades prescritas por la ley.

Si algún requisito de estos no se cumple en la celebración del acto o negocio jurídico, el legislador ha previsto una sanción para ello, la cual consiste en la nulidad del acto, que dependerá si del tipo de vicio. El artículo 1741 del Código Civil colombiano, consagra:

“ARTICULO 1741. Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

³⁰ BETTI. Op. Cit. p. 405

³¹ “ARTICULO 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; 4º) que tenga una causa lícita.” (Artículo 1502 del Código Civil)

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”³²

En materia mercantil, el artículo 899 del Código de Comercio consagra la nulidad absoluta para los negocios jurídicos de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y*
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”*

Dicho artículo, deberá entenderse además en relación con el artículo 900³³ del mismo código en donde se establece la anulabilidad de los negocios jurídicos celebrados por persona relativamente incapaz, o por cuando el consentimiento está viciado de vicios, haciendo remisión al mencionado artículo 1502 del Código Civil.

³² COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. Artículo 1741 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C.

³³ “ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.”

Además, en el artículo 902 del mismo, se regula la nulidad en el evento en que sea parcial, es decir, cuando sólo alguna de las cláusulas del negocio jurídico este viciada de nulidad conforme a los requisitos mencionados. Según este, cuando por ejemplo, una cláusula en un negocio jurídico, o más puntualmente en un pacto para-social esté viciado de nulidad, siempre que no sea una cláusula que sin ella las partes no hubieran celebrado el negocio, no acarreará la nulidad de todo el pacto.

Todas estas normas en materia de nulidades en el estatuto mercantil, deberán relacionarse con los artículos 903³⁴ y 904³⁵ del mismo, los cuales disponen que cuando se celebre un negocio jurídico plurilateral, la nulidad que afecte un solo vínculo no afectará las demás, y consagrando además, la posibilidad de que un contrato nulo pueda transformarse en otro si contiene los requisitos esenciales y formales de éste, respectivamente.

Respecto de la consagración de la nulidad en el Código Civil que se citó, es pertinente hacer mención al apartado que consagra: *“la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”*, debido a que existe una contradicción entre este y al Código de Comercio. Para este último, la falta de algún requisito esencial para el valor de los actos da lugar a la inexistencia, de acuerdo con el artículo 898:

³⁴ “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.”

³⁵ “ARTÍCULO 904. TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO NULO. El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato.”

“ARTÍCULO 898. <RATIFICACIÓN EXPRESA E INEXISTENCIA>. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

Así mismo, se cuestiona el mencionado artículo debido a que expresa que podrá haber ratificación para perfeccionar el acto inexistente, puesto que no es razonable pensar que se puede perfeccionar un acto inexistente, pues como bien dice la norma, el acto no existe.

Es importante tener en cuenta dicha contradicción entre los dos códigos, para saber entonces si se podría catalogar el acto como nulo o inexistente, pero si se acoge el la legislación del Código de Comercio, la falta de solemnidades esenciales del negocio jurídico podría desencadenar una inexistencia.

Adentrándose en el campo societario, el artículo 101 del Código de Comercio, requiere para la validez del contrato de sociedad los mismos elementos consagrados en el artículo 1502 del Código Civil ya mencionado:

“ART. 101.—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.*³⁶

En concordancia con dicho artículo, la Superintendencia de Sociedades de Colombia se ha pronunciado:

*“Así las cosas, el contrato de sociedad como tal puede encontrarse viciado por las mismas causas que vician los contratos en general. Ahora bien, respecto a los requisitos de validez del contrato de sociedad y las nulidades que genera el no cumplirlos, debe señalarse que el artículo 104, enuncia que “ 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 concurran. 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”*³⁷

Además es imprescindible hacer referencia al artículo 104 del mismo código:

“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 concurran.

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.

³⁶ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. Artículo 101. (27, marzo,1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C.

³⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-099023. (12, noviembre, 2012). Bogotá D.C.

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.”

Así mismo, los artículos 105³⁸ y 106³⁹ tienen relación con el artículo 1502 de Código Civil y 101 del Código de Comercio, al regular la nulidad por objeto o causa ilícita y el artículo 107 del mismo, regula la nulidad sobre el consentimiento.

Además, el código consagra que podrá sanearse por ratificación de los socios cuando provenga de la incapacidad, sea absoluta o relativa,, siempre que se haga dentro del término que impone la ley:

“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

³⁸ *“ARTÍCULO 105. NULIDAD POR OBJETO O CAUSA ILÍCITA EN CONTRATO DE SOCIEDAD. La nulidad por ilicitud del objeto o de la causa podrá alegarse como acción o como excepción por cualquiera de los asociados o por cualquier tercero que tenga interés en ello. Los terceros de buena fe podrán hacer efectivos sus derechos contra la sociedad, sin que a los asociados les sea admisible oponer la nulidad. En el caso de nulidad proveniente de objeto o causa ilícitos los asociados no podrán pedir la restitución de sus aportes, y los bienes aportados por ellos, así como los beneficios que puedan corresponderles, serán entregados a la junta departamental de beneficencia del lugar del domicilio social o, a falta de ésta en dicho lugar, se entregarán a la junta que funcione en el lugar más próximo. Los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados. Además, quedarán inhabilitados para ejercer el comercio por el término de diez años, desde la declaratoria de la nulidad absoluta.”*

³⁹ *“ARTÍCULO 106. NULIDAD INSANABLE EN CONTRATO DE SOCIEDAD. La nulidad proveniente de ilicitud del objeto o de la causa no podrá sanearse. No obstante, cuando la ilicitud provenga de una prohibición legal o de la existencia de un monopolio oficial, la abolición de la prohibición o del monopolio purgarán el contrato del vicio de nulidad.”*

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.”

Por ende, en materia societaria, al referirse a la sociedad como un contrato, será necesario cumplir con todos los requisitos anteriormente mencionados, respetando además, las formalidades de cada tipo societario consagradas en la legislación vigente colombiana para que la sociedad pueda entenderse como válida y existente, y pueda producir efectos jurídicos. Así pues, la inobservancia de las normas vigentes y el no cumplimiento de dichos requisitos de validez desencadenará una nulidad, sin perjuicio de que algunas de ellas puedan ser subsanadas.

Esto mismo se podrá predicar de los pactos para-sociales a los que se referirá más adelante.

1.3.2. Eficacia de los actos o negocios jurídicos

Establece el artículo 897 del Código de Comercio colombiano que: *“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”*

La eficacia de un acto o negocio jurídico se puede entender como *“la aptitud que se predica de él para alcanzar sus efectos propios.”*⁴⁰ En otras palabras, la eficacia de un acto se puede definir como el efectivo cumplimiento de la finalidad para la que fue celebrado y de la producción de determinados efectos que la ley y las partes buscan con su celebración.

Así pues, se puede afirmar que *“el acto jurídico es plenamente eficaz no sólo cuando configura idóneamente una relación jurídica sino, además, cuando la relación jurídica, idóneamente constituida, realiza plenamente los fines que determinaron la voluntad negocial”*⁴¹

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha definido el concepto de eficacia: *“La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición.”*⁴²

En materia societaria, la Superintendencia de Sociedades de Colombia, se ha pronunciado de la siguiente manera *“Así las cosas, es entendible que la ineficacia consiste en la sanción prevista por el legislador para que, en determinados supuestos, los actos jurídicos, desde el momento mismo de su otorgamiento, no produzcan los efectos a los cuales están destinados.”*⁴³

Por tanto, *“De ahí que, para que un contrato sea patrocinado por el ordenamiento jurídico y en consecuencia produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades*

⁴⁰ ZANNONI, Eduardo A. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Editorial Astrea . p.124

⁴¹ Ibid. p.125

⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Radicación 21699. (30, abril, 2012) C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C.

⁴³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 321- 000930. (17, marzo, 2008). Bogotá D.C.

constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función práctico social que está llamado a cumplir.”⁴⁴

En este mismo orden de ideas, el artículo 897 del Código de Comercio, establece que *“cuando el mismo Código exprese que un acto no generará efectos, se entenderá que es ineficaz del pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”*

1.3.3. Oponibilidad de los actos o negocios jurídicos

La oponibilidad está regulada en el Código de Comercio colombiano, en el artículo 901, el cual consagra que: *“Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir los requisitos de publicidad que la ley exija”*, lo que lleva a afirmar que, cuando se cumplan los requisitos de publicidad exigidos por la ley, se podrá predicar la oponibilidad de un acto.

El Código Civil no contiene una regulación amplia de ésta como sí la consagra por ejemplo para la validez y sus sanciones⁴⁵, pero sí se hace referencia a esta consecuencia jurídica en varios artículos como por ejemplo el 640⁴⁶ y el 1.505⁴⁷.

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Radicación 21699. (30, abril, 2012) C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C.

⁴⁵ *“...si bien es verdad la inoponibilidad no se encuentra debidamente sistematizada en el derecho positivo patrio, como sí lo está, por ejemplo, la nulidad de los negocios jurídicos, respecto de la cual el Código Civil en particular dedica toda una estructura normativa a regularla en su doble faceta, no lo es menos que ninguna duda existe acerca de su consagración legal, pues, así sea de manera diseminada, existen en el concierto jurídico colombiano diversas disposiciones”* (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación civil. Sentencia expediente 08001-31-10-003-1995-9375-01. (15, agosto, 2006) M.P. César Julio Valencia Copete. Bogotá D.C.)

⁴⁶ *“ARTICULO 640. ACTUACION DEL REPRESENTANTE LEGAL. Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante.”*

De otra manera, la oponibilidad se puede definir como *“el deber general que pesa a cargo de los terceros de respetar la eficacia, aún transitoria, de actos que por ley están llamados a producir efectos entre las partes”*⁴⁸.

La Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, se ha referido a inoponibilidad en los siguientes términos:

*“...la inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza su producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. En este caso, el negocio es, en sí mismo, válido, pero es la expansión de sus efectos propios la que se ve disminuida ante quienes de otro modo, serían sus destinatarios naturales. O lo que es igual, la inoponibilidad hace siempre relación a alguien que, por determinadas circunstancias, suscitadas en su propia génesis, no es afectado por el negocio.”*⁴⁹

Una evidencia de esto, es que en materia societaria, en relación con el contrato de sociedad, el artículo 112 del Código de Comercio dispone que: *“Mientras la escritura social no sea registrada en la cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes a los socios”*.

⁴⁷ “ARTÍCULO 1505. EFECTOS DE LA REPRESENTACION. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Exp. 41001-3103-003-1999-00477-01. M.P. Jesús Vall De Rutén Ruíz. Bogotá D.C.

⁴⁹ ibíd.

La Superintendencia de Sociedades en Colombia, se ha pronunciado sobre el mismo tema diciendo que *“tal inoponibilidad es, por supuesto, independiente de la eficacia, existencia o validez del respectivo contrato no societario.”*⁵⁰

Esta puede ser entonces, la posibilidad de generar efectos hacia los terceros, y en el derecho societario, que genere efectos frente a la sociedad.

⁵⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-18843. (19, abril, 2002). Bogotá D.C.

2. ACUERDOS PARA-SOCIALES EN COLOMBIA

2.1. Concepto de acuerdo para-social

El concepto de acuerdo para-social ha sido objeto de desarrollo por los doctrinantes, debido a que este no cuenta con una regulación uniforme e integral en los ordenamientos jurídicos, pese a su indiscutible uso en la práctica societaria.⁵¹

Dichos pactos se han definido como *“convenios celebrados entre todos o parte de los socios de una sociedad, o entre estos y terceros, dirigidos a modificar, concretar o exceptuar, con un alcance interno, las reglas jurídicas derivadas de los estatutos o del régimen legal aplicable”*⁵²

Así mismo, NARVAEZ GARCÍA los define como acuerdos de los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato social. Se refiere a la voluntad o a la potestad de complementar o desarrollar algunas de las estipulaciones precedentes.⁵³

Por su parte, GAVIRIA GUTIÉRREZ, establece que los socios, en dichos pactos *“pretenden, entre otras cosas, reglamentar el ejercicio de sus derechos y trazar las líneas de su comportamiento futuro y aún manifestar lo contrario a lo que los estatutos expresaron”*⁵⁴.

⁵¹ HENAO, Lina. Los pactos parasociales. EN: Revista de Derecho Privado N°25. (jul-dic, 2013). ISSN: 2346-2442. p.181

⁵² SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. Régimen jurídico de la empresa familiar. Editorial Civitas 2010. p.65.

⁵³ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LAS SOCIEDADES. 10 ed. Colombia: Editorial Legis Editores S.A, 2008. p. 147

⁵⁴ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Apuntes sobre derecho de las sociedades. Medellín: Señal Editora, 2004. p. 55

Así mismo, MOLANO-LEÓN, establece que un acuerdo de accionista es un contrato, que tiene como objeto definir los límites y el alcance de las relaciones entre los accionistas, y entre estos y la sociedad. El alcance del objeto del contrato, dependerá de la flexibilidad de la legislación y las políticas públicas que limiten a los participantes.⁵⁵

La Superintendencia de Sociedades de Colombia, jurisprudencialmente se ha pronunciado sobre las funciones de dichos pactos, así: “...una de las funciones más importantes de los acuerdos privados está relacionada con la configuración de las relaciones entre los accionistas de una compañía.”⁵⁶, y al mismo tiempo precisó que “El acuerdo entre accionistas no constituye bajo ningún punto de vista una reforma de los estatutos sociales.”⁵⁷

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, los pactos para-sociales son “actos jurídicos, que constituyen acuerdos de voluntad entre los socios de una compañía encaminados a producir ciertos efectos jurídicos, relativos a la determinación de sus relaciones entre sí o del ejercicio de sus derechos y obligaciones”⁵⁸ y como además afirma MARTÍNEZ NEIRA, dichos pactos así entendidos, “constituyen verdaderos contratos en los términos de los arts.1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio”⁵⁹.

Se puede afirmar entonces, que los acuerdos para-estatutarios, son negocios jurídicos, más concretamente contratos, en los que se expresa la voluntad de los

⁵⁵ MOLANO-LEÓN, Ricardo. Shareholders agreements. En: Universitas N° 117: 219-252, (jul-dic, 2008). p 226

⁵⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Corte de Resolución de Conflictos Societarios. Sentencia Prodeinsa Calle & Cía. S en C. vs. Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Vermont Medellín S. A. (23, abril, 2013). Bogotá D.C.

⁵⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-053172. (10, abril, 2014). Bogotá D.C.

⁵⁸ MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario: regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. 1 ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A, 2010.p 120

⁵⁹ Ibíd. p. 120

asociados o de algunos de estos, y tienen como objeto regular las relaciones entre los accionistas, o entre los accionistas y la sociedad, que, en principio, no han sido objeto de regulación estatutaria.

Son una expresión de la libertad contractual que tienen los individuos debido a la existencia de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico. Pero como ya se dijo, esta libertad contractual tiene unos límites y debe cumplir unos requisitos para que se pueda predicar su validez, eficacia y oponibilidad.

Haciendo un recuento, la primera referencia que hizo el ordenamiento jurídico colombiano sobre estos fue el artículo 118 del Código de Comercio de 1971⁶⁰, en el cual se establecía que:

“ARTÍCULO 118. INADMISIÓN DE PRUEBAS CONTRA EL TENOR DE LAS ESCRITURAS. Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella.”

En la mencionada norma, no se habla expresamente de pactos para-sociales o acuerdos de accionistas, pero da por hecho que es completamente válida su celebración, aunque *“...tales reglas, obligan exclusivamente a los accionistas que son parte en tales acuerdos y por ende, no obligan a la sociedad o a los socios renuentes a formalizarlos, ni producirán efectos contra terceros”*⁶¹. Es decir, tenían, bajo la regulación anterior, eficacia inter-partes.

⁶⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Corte de Resolución de Conflictos Societarios. Sentencia Prodeinsa Calle & Cía. S en C. vs. Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Vermont Medellín S. A. (23, abril, 2013). Bogotá D.C

⁶¹ Ibid. p 117

Luego, con la promulgación de la Ley 222 de 1995, el legislador, en su artículo 70, hace un reconocimiento de manera expresa a la validez de la celebración de acuerdos de accionistas y a su eficacia *erga omnes* u oponibilidad, esos sí imponiendo la imposibilidad para los administradores de celebrarlos:

“ARTICULO 70. ACUERDOS ENTRE ACCIONISTAS. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.”

Esta norma, además, sólo se refiere a la llamada “sindicalización de voto”, de la cual se hablará más adelante.

Posteriormente, en el año 2005 - según la Ley del Mercado de Valores (Ley 964 de 2005), se impone un requisito adicional para la oponibilidad de los acuerdos para-sociales celebrados en las sociedades inscritas en bolsa. Según el artículo 43 de dicha ley, además de cumplir con los requisitos plasmados en la ley 222 de 1995, los acuerdos entre los accionistas de este tipo de sociedades deberán divulgarse al mercado a través del Registro Nacional de Valores. Adicionalmente amplía el espectro de validez pues pueden celebrarse sobre toda clase de objetos

lícitos⁶², es decir, su normatividad sobre la eficacia y oponibilidad se extiende a cualquier objeto lícito.

Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia se pronunció sobre los requisitos adicionales que plantea la ley:

*“Precisado lo anterior, es del caso referirnos a los acuerdos celebrados entre accionistas de sociedades que tienen inscritas sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores, respecto de los cuales el artículo 43 de la Ley 964 de 2005 dispuso que deberán, además de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, divulgarse al mercado, inmediatamente sean suscritos, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores. Sin el lleno de las condiciones señaladas en este artículo, los acuerdos no producirán ningún tipo de efectos entre las partes, frente a la sociedad, frente a los demás socios o frente a terceros.”*⁶³

La legislación más reciente en materia de acuerdos para-sociales, se encuentra en la Ley 1258 de 2008 ,que regula las sociedades por acciones simplificadas - S.A.S-, que establece un gran poder de autorregulación a los asociados para tomar las decisiones que se requieran conforme a sus intereses y los de la sociedad. Por ende, es menester transcribir la norma que habla explícitamente sobre los acuerdos de accionistas:

“Artículo 24. Acuerdos de accionistas. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro

⁶² MARTINEZ NEIRA. Op. Cit., p. 119

⁶³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto 2012006183-004. (8, mayo, 2012). Bogotá D.C.

asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

Parágrafo 1°. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

Parágrafo 2°. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.”

Esta norma, como se puede evidenciar, no regula sólo un tipo de acuerdo de accionista en las S.A.S, sino que deja la puerta abierta para la celebración de cualquier acuerdo con asunto lícito. También en esta norma se expone la restricción para hacer oponible el acuerdo ante la sociedad y otros terceros, en el sentido de que es obligatorio depositarlo en las oficinas de la administración.

La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado frente a la regulación de los pactos en este tipo de sociedades:

“...en ésta última la libertad de pactar es amplia y sin distinguir las calidades adicionales que puedan coexistir en un accionista, vrb.gr. ser administrador de la compañía en que tendrá efecto el acuerdo entre accionista; tampoco incide la materia del acuerdo, en la medida en que puede comprender cualquier asunto lícito como el derecho de voto, negociación de acciones, compra venta, entre otros.”⁶⁴

Además, por tener naturaleza puramente contractual, los socios o accionistas que lo celebren podrán en cualquier momento darle fin a dicho acuerdo, además, podrán modificarlo, siempre que haya consenso de todas las personas que lo celebraron.

Finalmente, es importante agregar que, dichos pactos, gozan de un carácter accesorio al contrato de sociedad, es decir, *“sólo nace a la vida jurídica en caso de existir una sociedad, hay una relación íntima y directa entre los estatutos sociales y dichos acuerdos.”⁶⁵*

Sólo podrán ser celebrados si existe un contrato de sociedad previo, cualquiera que sea el tipo de sociedad al que se refiera pues *“La relación entre el contrato social y los pactos parasociales es un vínculo de dependencia funcional, es decir que el pacto parasocial no se entiende si no existe la sociedad, entendiéndose por sociedad a estos efectos no solo el contrato de sociedad sino también la actividad desarrollada por la persona jurídica a la que se ha dado vida en el Derecho”⁶⁶*

⁶⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-025702. (29, abril, 2010). Bogotá D.C.

⁶⁵ MEJÍA MEJÍA, Darío Alejandro. Los acuerdos de accionistas: evolución y aplicación en Colombia. En: Revista de derecho privado. N°52. {en línea} {dic, 2014}.Universidad de los Andes. p. 4

⁶⁶ HENAO. Op. Cit., p.186

No obstante la accesoriadad que se predica de estos pactos, no supone, en sí misma, que los estatutos sociales limiten su validez, debido a que como ya se anotó, estos se caracterizan por ser contratos y por tanto están revestidos por la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, ¿los acuerdos para-sociales que no cumplan con las condiciones establecidas en las normas antes descritas (imperativas) son válidos, eficaces y/u oponibles?

Para responder a esta pregunta, se deberá tener en cuenta el principio de la autonomía privada y, después, los límites establecidos por el legislador.

2.2 Clasificación y cláusulas de los pactos para-sociales

Como se dijo anteriormente, los pactos para-sociales pueden versar sobre muchos temas de acuerdo a las relaciones existentes dentro de las sociedades, aunque algunas de estos no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico colombiano, pero su celebración se puede dar a partir de la autonomía de la voluntad que tienen los accionistas dentro de la legislación mercantil.

Para mayor entendimiento, la doctrina los ha agrupado de conformidad con ciertos criterios.

Para esto, se retomará la clasificación que hace GIORGIO OPPO, la cual ha sido aceptada por varios tratadistas⁶⁷. Según esta clasificación los pactos para-sociales se pueden dividir en tres grupos: pactos de relación, atribución y organización.

⁶⁷ Doctrinantes como PAZ-ARES, Luis Fernández. MADRIDEJOS FERNANDEZ, Alfonso. HENAO, Lina. MEJÍA MEJÍA, Darío Alejandro, citan la clasificación dada por GIORGIO OPPO, en “Contratti parasociali”

Los pactos de relación “se caracterizan por establecer de forma clara la primacía de la voluntad de los socios y de regular sus relaciones de manera directa sin mediación alguna de la sociedad”⁶⁸. Buscan regular las relaciones entre los accionistas que lo firman sin que esto afecte a la sociedad o tenga alguna incidencia en la esfera social, pero, ¿siempre respetando las normatividad del tipo de sociedad?

Para mayor entendimiento, estos pactos de relación “...generan obligaciones recíprocas e inmediatas entre las partes que los han convenido y no trascienden a la sociedad, siendo pactos que se caracterizan por su neutralidad frente a esta.”⁶⁹, por lo que generalmente pueden tratar, por ejemplo, sobre la restricción en la negociación de acciones o cuotas y de la enajenación (cláusulas de arrastre y acompañamiento).

De acuerdo con REYES VILLAMIZAR, “la regla general de sociedades de capital consiste en la posibilidad de negociar libremente las acciones”⁷⁰, pero en las normas estatutarias de las sociedades cerradas⁷¹ son muy comunes las restricciones a esta libertad de negociación debido a que en éstas no están abiertas al mercado público de valores y no haya un número masivo de accionistas- pues “la identificación y el conocimiento recíproco de los accionistas presupone la confianza mutua”⁷². Por tanto, el autor hace referencia a las llamadas cláusulas *Pay-to-Play* (acuerdos de aportación forzosa) y las comúnmente llamadas *Carve-outs* (exclusión individual del derecho de suscripción preferente).

⁶⁸ MEJÍA MEJÍA. Op. Cit. p. 6

⁶⁹ HENAO. Op. Cit., p. 192

⁷⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada. 3ed. Colombia: Editorial Legis. 2006. p 224

⁷¹ “...aquellas que no negocien sus acciones en el mercado público de valores” (COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-31368. (13, mayo, 2003). Bogotá D.C.)

⁷² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-66676. Bogotá D.C.

Las cláusulas *Pay-to-play*, “*implica[n] para el accionista la necesidad de suscribir en toda nueva emisión de acciones que la compañía efectúe, so pena de verse privado en lo sucesivo del derecho de suscripción preferente*”.⁷³ Esto es pues, que cada vez que se aumente el capital, es decir, cuando haya una emisión de acciones, el accionista deberá suscribirlas en proporción a su participación en el capital de la sociedad. Esto, se diferencia del derecho de suscripción preferente consagrado en el artículo 388 del Código de Comercio colombiano⁷⁴, debido a que este último es un derecho al que los accionistas pueden renunciar si lo desean, mientras que en el primero es un deber suscribir las acciones en cada emisión.

Por ende, se podría afirmar que dicha cláusula busca y ayuda a la protección de una posible dilución del porcentaje de participación que tiene el accionista suscriptor del acuerdo dentro de la compañía.⁷⁵

Por el contrario, existe la mencionada cláusula de *Carve-Outs*, la cual “*supone una renuncia voluntaria al derecho de preferencia en la colocación de acciones, que se sujeta al acaecimiento de ciertas condiciones previstas en el convenio para-social*.”⁷⁶. Esta busca todo lo contrario a la cláusula *Pay-to-Play*, pues el accionista o socio renuncia al derecho de preferencia, siempre y cuando se cumplan algunas condiciones y supuestos que deberán estar detallados en el acuerdo, para así beneficiar a la sociedad, por ejemplo, cuando se necesite un tercero inversionista.

⁷³ REYES VILLAMIZAR. Op. Cit., p 225

⁷⁴ “ARTÍCULO 388. <DERECHO DE PREFERENCIA EN EMISIÓN DE ACCIONES>. Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta. Aprobado el reglamento por la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria. Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la Superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.”

⁷⁵ REYES VILLAMIZAR. Op. Cit., p. 225-226

⁷⁶ *Ibíd.* p 224

Dentro de este tipo también se encuentran los acuerdos que contienen cláusulas llamadas *tag-along* (acompañamiento) y las *drag-along*, estas últimas también conocidas como *de arrastre*.

Las cláusulas *tag-along*, se pueden definir como “*el derecho del minoritario a acompañar al socio que haya decidido transmitir sus participaciones*”⁷⁷ a un tercero, es decir, otorgan a los accionistas o socios, el derecho de adherirse a la venta que se realice por otro accionista o socio, que generalmente es el mayoritario o inversor.

Por otro lado, las cláusulas *drag-along* o de arrastre, “*otorgan al socio que ha vendido sus participaciones el derecho de arrastrar consigo a otro socio en la venta pactada con un tercero*”⁷⁸, con el fin de evitar que otro socio se apropie del valor adicional que genera el ingreso de un nuevo accionista.⁷⁹

Estas estipulaciones son comúnmente usadas por inversores de capital de riesgo en sociedades, debido a que estos buscan formas fáciles de salida pues su inversión generalmente es de un periodo muy corto y por tanto, querrán liquidarla en la forma y en el momento en el que consideren que obtendrán un mejor retorno.⁸⁰ Así pues, esta cláusula, por ejemplo, favorecerá al socio o accionista inversor o mayoritario cuando desee vender el 100% de la sociedad, puesto que los socios minoritarios tendrán entonces que vender también sus derechos.

Los pactos de atribución: PAZ-ARES los define como “*aquéllos que se conciertan con el fin de procurar atribuir ventajas a la propia sociedad. El reverso es la*

⁷⁷ÁLVAREZ ARJONA, José María. CARRASCO PERERA, Ángel. Fusiones y adquisiciones de empresas. Navarra: Editorial Aranzandi S.A, 2004. p. 377

⁷⁸ HENAO. Op. Cit., p. 214

⁷⁹ ibíd. p 215

⁸⁰ Ibíd. p 364

*asunción por parte de sus firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella.*⁸¹

Así mismo, LINA HENAO afirma que dichos pactos “*confieren ventajas a la sociedad que pueden encuadrarse dentro de los negocios a favor de un tercero, en virtud de los cuales los socios pueden comprometerse a cubrir eventuales pérdidas del ejercicio o a realizar aportaciones suplementarias*”⁸²

Por tanto, se pueden agrupar en este tipo los pactos con los que se pretende asumir obligaciones frente y a favor de la sociedad, como por ejemplo inversiones futuras, préstamos que ésta hace a favor de alguno de los socios o accionistas, o al revés, la abstención de competencia con la sociedad, entre otros.

Además, encajan en este tipo cláusulas comúnmente usadas para la enajenación de acciones, concediendo así para un asociado o para la sociedad la potestad o posibilidad de adquirir o enajenar un porcentaje de acciones en cualquier momento o en el momento en que se pacte.⁸³ Este tipo de cláusulas se conocen en Estados Unidos como *Call options* y *Put options*, y su traducción al español sería *opciones de compra* y *de venta*, respectivamente.

Las primeras, “*facultan a la compañía o a uno o a varios accionistas para adquirir un porcentaje de acciones perteneciente a un asociado, dentro de un plazo determinado y según las condiciones previstas de antemano en el acuerdo parasocial*”⁸⁴ Esas condiciones de las que habla la definición, generalmente versan sobre el precio al que las acciones se deberán adquirir, lo cual debe estar detallado en el acuerdo.

⁸¹ PAZ-ARES, Cándido. El Enforcement. En: Actualidad Jurídica Uría & Menéndez N° 5 (2003). p 20

⁸² HENAO. Op. Cit. p. 192

⁸³ REYES VILLAMIZAR. Op. Cit. p 231

⁸⁴ *Ibíd.* p 231

Existen además, los acuerdos que versan sobre la opción de venta de las acciones, que al contrario, obliga a un accionista a vender un número determinado de acciones, que al igual que las opciones de compra, se debe determinar en el pacto para-social un plazo y el precio de estas.

Es importante anotar que este tipo de acuerdos, además de satisfacer los intereses de los firmantes, puede contribuir y traer beneficios para la sociedad⁸⁵, debido a que, si por ejemplo, se suscribe un acuerdo de opción de compra habrá la posibilidad de que a los accionistas que la detentan se les incremente su participación en la sociedad podrá obligar a⁸⁶

Por otro lado, los pactos de organización, se definen como los que “...expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo.”⁸⁷

Por consiguiente, se podría afirmar que en este grupo entrarían los acuerdos para sindicación de voto, composición de órganos de administración y políticas para desarrollar en la sociedad.

De acuerdo con la doctrina relativa al tema, los que versan sobre sindicación de voto, se refieren a acuerdos para que “...los accionistas voten de manera conjunta en una misma dirección, según las directivas previamente establecidas por el grupo sindicado”⁸⁸ y pertenecen a la categoría de “sindicalización de acciones”⁸⁹

⁸⁵ Ibíd. p 231

⁸⁶ Ibíd. p 231

⁸⁷ PAZ-ARES. Op. Cit. p 20

⁸⁸ MEJÍA MEJÍA,. Op. Cit., p. 7

⁸⁹ “Todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, ya sea mediante la

Para definirlos, LINA HENAO, en su artículo “Los pactos para-sociales”, cita a MAMBRILLA RIVERA, en donde se definen como: “...acuerdos de naturaleza contractual que, por medio del ejercicio unificado del voto correspondiente a las acciones sindicadas, crean un vínculo de naturaleza jurídica entre los suscriptores del pacto y cuya finalidad inmediata consiste en influenciar la formación de la voluntad del ente societario sobre el que se despliegan sus efectos... los socios coaligados limitan, de forma voluntaria y consciente, su libertad de voto, dando lugar a la creación de una organización más o menos compleja que sirva como medio apto para el logro de finalidades perseguidas”⁹⁰

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades los ha definido como un “pacto o convenio suscrito entre socios o accionistas, no administradores, orientado a ejercer conjuntamente el derecho de voto en las asambleas o junta de socios, en asuntos relacionados con la actividad social, pacto que puede incluir o no la representación de quienes lo suscriben para una o más reuniones del máximo órgano social, representación que puede otorgarse a uno de los intervinientes o en un tercero”⁹¹

De acuerdo a estas definiciones, se puede afirmar entonces, que se tratan de pactos que versan sobre la forma de votación de los asociados, con los que las partes se podrán poner de acuerdo en el sentido del voto, en igual o determinada manera, dentro de una asamblea de accionistas o junta de socios o junta directiva.

transmisión de acciones, mediante un mandato condicionado o incondicionado a un tercero, o por vía de la obligación del socio de ejercer el derecho involucrado en determinado sentido”. (MASCHERONI, Fernando H. p 201)

⁹⁰ HENAO. Op. Cit. p. 210

⁹¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-003037 (6, enero, 2012). Bogotá D.C.

Estos acuerdos tendrán entonces como finalidad, *“el poder influir en la formación de la voluntad social por medio del ejercicio del derecho de voto”*⁹²

Es importante recordar que, este tipo de sindicación, está consagrado en la Ley 222 de 1995, en su artículo 70, donde establece que se podrán celebrar acuerdos entre accionistas y que serán oponibles a la sociedad, a los demás socios y a otros terceros..

Además, la Ley 1258 de 2008, también estipula legislativamente la posibilidad de celebrar todos estos tipos de acuerdos, aunque como se verá más adelante, . Lo mismo podrá predicarse de las sociedades inscritas en bolsa, para los cuáles tampoco se necesita que sólo versen sobre sindicalización de acciones.

2.3. Acuerdos para-sociales dentro de la legislación colombiana: requisitos para su validez, eficacia y oponibilidad.

En Colombia, la validez, eficacia y oponibilidad de los acuerdos para-sociales está definida dentro de regímenes diferentes, dependiendo del tipo de sociedad en la que se celebren y de lo que se pacte en ellos.

Por un lado, la Ley 222 de 1995, la cual es aplicable a los diferentes tipos societarios establecidos en el Código de Comercio por la remisión expresa del artículo 1 de la ley se refiere a los acuerdos de accionistas que versan sobre la sindicación de voto, dejando por fuera los pactos referentes a otros temas.

⁹²GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar. Sindicatos de voto: el control en una sociedad conjunta. Valencia: Editorial Tirandt Lo Blanch, 2008. p 175

Sobre los acuerdos para-sociales que versen sobre asuntos distintos a la sindicación de voto, se podría afirmar que estos, en principio, podrían ser plenamente válidos a la luz del Código de Comercio colombiano, por tener naturaleza de contrato de conformidad con el artículo 864 del estatuto mercantil, pero para los cuales sólo generarán efectos respecto de los socios o accionistas firmantes.

“Se debe precisar en todo caso, que ello no obsta para que los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada puedan celebrar discrecionalmente acuerdos sobre otros asuntos, como serían los que contengan condiciones relacionadas con la enajenación de acciones, caso en el cual éstos, que la doctrina ha denominado tradicionalmente acuerdos privados, resultarán plenamente válidos entre los socios que los suscriben, pero a diferencia de los anteriores, no tendrán carácter vinculante frente a la compañía ni a los demás asociados.”⁹³

Además esto es también aplicable al otro requisito establecido por la ley, es decir, a la prohibición de no ser pactado por un socio administrador. Esta exigencia no afecta la validez sino a la oponibilidad del pacto frente a terceros incluida la sociedad⁹⁴, con lo que se puede afirmar que es *“...una nueva muestra del tradicional recelo que nuestra legislación ha demostrado ante los gestores de la empresa social y que conduce a que en otras normas se presuma su parcialización o mala fe”⁹⁵*

⁹³ COLOMBIA. CONCEPTO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-002294. (13, enero, 2014). Bogotá D.C.

⁹⁴“Además, no se requerirá que quienes celebren estos convenios sean socios no administradores, pues esa exigencia se restringe a los pactos oponibles a la sociedad. Una interpretación diferente contradiría principios generales de la contratación mercantil y conduciría a una indebida restricción del postulado de la autonomía de la voluntad privada.” (REYES VILLAMIZAR,. Op. Cit., p 434)

⁹⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2002. p. 546.

En otras palabras, estas restricciones, la de sindicación de voto y que los pactantes no tengan calidad de administradores, afectan la eficacia erga omnes, es decir la oponibilidad del mismo.

Para que el acuerdo sea eficaz frente a la sociedad y los demás accionistas o socios, es decir para que sea oponible, se necesitará entonces que el pacto conste por escrito que sea entregado al representante legal, para que se haga el efectivo depósito en las oficinas de la sociedad.

“El efecto jurídico de que el acuerdo de accionistas celebrado conforme al artículo 70 de la ley 222 de 1995, no se haya entregado al representante legal de la sociedad, al que se hace referencia en el punto tercero, es la inoponibilidad del acuerdo, puesto que la condición de la entrega formal, es un requisito esencial que priva al acuerdo celebrado de efectos frente a la sociedad”⁹⁶

Es importante aclarar, que si no se cumple con estos dos últimos requisitos, en principio, el acuerdo existirá, será válido y eficaz entre las partes que lo suscribe, sólo que como ya se anotó, no se generarán efectos frente a los terceros, incluida la sociedad.

Por otro lado, para las sociedades mercantiles que están inscritas en bolsa, se deben cumplir los requisitos que impone la Ley 222 de 1995 a los que se hizo referencia anteriormente y además, se debe analizar lo consagrado en la Ley 964 de 2005, que adiciona un requisito de validez a la celebración de los pactos, según lo consagrado en su artículo 43:

⁹⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-34819. (18, julio, 2002). Bogotá D.C.

“ARTÍCULO 43. ACUERDOS ENTRE ACCIONISTAS. Los acuerdos entre accionistas de sociedades inscritas deberán, además de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, divulgarse al mercado, inmediatamente sean suscritos, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores.

Sin el lleno de los requisitos a que se refiere la presente norma los acuerdos de accionistas no producirán ningún tipo de efectos entre las partes, frente a la sociedad, frente a los demás socios o frente a terceros.

PARÁGRAFO 1o. Excepcionalmente la Superintendencia de Valores, podrá autorizar la no divulgación de un acuerdo de accionistas, cuando así estos lo soliciten y demuestren sumariamente que la inmediata divulgación del mismo les ocasionaría perjuicios. En ningún caso podrá permanecer sin divulgación un acuerdo de esta naturaleza durante un término superior a doce (12) meses, contados a partir de su celebración.

PARÁGRAFO 2o. Los acuerdos entre accionistas que se hayan suscrito con anterioridad a la vigencia de la presente ley deberán registrarse en el Registro Nacional de Valores y Emisores dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la misma. Aquellos acuerdos entre accionistas que no se registren en los términos anteriores no producirán efectos a partir del vencimiento del plazo de tres (3) meses fijado en el presente párrafo.”⁹⁷

Al respecto, la Superintendencia Financiera se ha pronunciado: *“De esta manera, la Ley del mercado de valores condiciona la validez de los acuerdos de votación entre accionistas a un requisito adicional a los previstos en el artículo 70 de la Ley*

⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 964 (8, julio, 2005) Artículo 43. Bogotá D.C.

222 de 1995, consistente en la divulgación de los mismos al mercado, inmediatamente sean suscritos, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores. Este requisito adicional busca incrementar la calidad y oportunidad de la información como elemento fundamental para la toma de decisiones en el mercado de valores.”⁹⁸

Es así como este requisito, que aparentemente podría ser de oponibilidad (según las disposiciones de la ley 222 de 1995), la autoridad competente en materia financiera, lo ha catalogado como de validez debido a que cuando se trata de una sociedad inscrita en bolsa, este tipo de pactos podrían llegar a afectar el sistema financiero colombiano y por ende, necesita entonces una regulación más estricta en orden a proteger el orden público nacional.

Aunque, es menester entonces la divulgación del acuerdo de accionistas, so pena de que sea inválido, la misma autoridad financiera ha dicho que sólo en algunos casos excepcionales ella podrá dar autorización para que este requisito no se cumpla: *“De manera excepcional, la Superintendencia Financiera podrá autorizar que el acuerdo de accionistas no se divulgue, cuando así lo soliciten los accionistas y cuando demuestren sumariamente que la divulgación inmediata del acuerdo les causaría perjuicios. En todo caso, un acuerdo no podrá permanecer sin divulgarse por un término superior a doce (12) meses a partir de su celebración.”⁹⁹*

El otro régimen al que se debe hacer referencia, es la legislación para las sociedades por acciones simplificadas- S.A.S-.

Como se ha dicho, la ley 1258 de 2008, al igual que la ley 964 de 2005, amplían el espectro, sin limitarlo en cuanto al objeto sobre el que deben versar y, la ley primera, además, los limitan en cuanto a las partes que lo pueden celebrar.

⁹⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto 2006004642-005. (26, mayo, 2006). Bogotá D.C.

⁹⁹ Ibid.

La ley 1258 reconoce los acuerdos “sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito”, evidenciando así una mayor flexibilidad respecto de los pactos celebrados en otros tipos societarios.

“El régimen previsto en la Ley 222 tiene restricciones que no han sido reproducidos en la ley de sociedades por acciones simplificadas, en ésta última la libertad de pactar es amplia y sin distinguir las calidades adicionales que puedan coexistir en un accionista”¹⁰⁰

Para su validez, el legislador impone que verse sobre un asunto lícito y para su eficacia, interpartes, se requiere que el acuerdo conste por escrito.

Adicionalmente, como requisito de oponibilidad se impone la obligación, similar a la de la ley 222 de 1995, de depositarlo en la sociedad, y adiciona que el acuerdo sólo tenga una vigencia no superior a 10 años, los cuales podrán ser prorrogables por periodos iguales o menores si existe unanimidad de los firmantes.

Por último es pertinente recalcar que en esta ley, ya no se necesitará que el pacto verse sólo sobre sindicación de voto, para que sea válido ante terceros, porque como ya se explicó, esta ley abre la posibilidad a la celebración de acuerdos sobre cualquier objeto lícito.

En relación con el depósito, la Superintendencia de Sociedades ha tomado la siguiente postura:

¹⁰⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-025702. 829, abril 2010) Bogotá D.C.

“De conformidad con lo anterior se ha de entender entonces que el depósito de un acuerdo de accionistas se cumple haciendo entrega a la sociedad del documento original o de copia auténtica del mismo, suscrito por quienes lo celebran a efectos de que el mismo obre en las oficinas de administración de la sociedad y de esta manera tenga vocación de que las estipulaciones en él contenidas tengan efectos vinculantes, en cuanto a ella se refieran.”¹⁰¹

¹⁰¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-121211 (1, octubre, 2009). Bogotá D.C.

3. LOS ACUERDOS PARA-SOCIALES EN RELACIÓN CON LOS TIPOS SOCIETARIOS COLOMBIANOS

3.1. Validez, eficacia y oponibilidad de las cláusulas en los acuerdos para-sociales celebrados en sociedades mercantiles colombianas

En Colombia existen varios tipos de sociedades consagradas en la legislación, cuyas normas, aunque no prohíben la celebración de acuerdos para-sociales, sí la limitan, en cuanto a sus efectos.

Siendo así, es importante hacer un análisis sobre cada tipo de acuerdo para-social, según la clasificación antes mencionada y las cláusulas a las que se ha hecho referencia, con base en la normatividad que regula cada tipo societario, para concluir qué tan válidos, eficaces y oponibles pueden llegar a ser dichos acuerdos.

Antes de iniciar el análisis por tipo de sociedad, conviene hacer mención a que en todos los tipos de sociedades mercantiles a las que les aplica el artículo 70 de la ley 222 de 1995 es deben respetarse las reglas de quórum y sobre deliberación, prescritas en las normas generales que rigen la sociedad en Colombia.

Como ya se explicó, en principio, los acuerdos que versen sobre sindicación de voto, si cumplen con los demás requisitos establecidos por el artículo 70 de la ley 222 de 1995, serán válidos, eficaces y oponibles; sin embargo, debe tenerse en cuenta además lo establecido en el artículo 190 del Código de Comercio, según el cual:

“ARTÍCULO 190. <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.”

Es decir, aunque el acuerdo para social cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 70 de la ley 222 de 1995, además, deberá analizarse qué pasa, en cuanto a su validez y eficacia frente a las partes que lo suscriben, si sus estipulaciones contienen reglas que excepcionan las determinadas en los artículos 186, las que versen sin el número de votos exigidos por las reglas aplicables o exceden los límites del contrato social.

Con base en lo hasta ahora analizado, podría pensarse que sí son válidos y eficaces frente a las partes que lo suscriben, pero que ellas, para poder atender a las normas del artículo 190, deberán tomar todas las medidas necesarias y conducentes para que en la práctica también sean eficaces.

3.1.1. Sociedades colectivas

En el título III del Código de Comercio colombiano se encuentran consagradas las Sociedades Colectivas, que a grandes rasgos se caracterizan por tener una responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios. De acuerdo con el artículo 294, *“los socios comprometen la totalidad de su patrimonio personal como prenda general de los acreedores”*¹⁰². Es una sociedad que tiene un carácter personalista y no se utiliza mucho en Colombia debido a que los socios puedan quedar expuestos a contribuir con su propio patrimonio en el pago de deudas que la sociedad tenga con terceros.

¹⁰² REYES VILLAMIZAR. Op. Cit., p. 50

Frente a los tipos de pactos y las cláusulas que los componen, y respecto de la normatividad es importante analizar los de relación y más precisamente, las cláusulas de enajenación de cuotas de interés social, como las de arrastre y acompañamiento, a la luz de los artículos 295, 296, 297 y 316 del Código de Comercio.

El artículo 296 consagra expresamente en su numeral primero que: *“Todo socio deberá obtener autorización expresa de sus consocios para: 1) Ceder total o parcialmente su interés en la sociedad...”*¹⁰³ y a su vez el artículo siguiente a este impone que: *“...Los actos que infrinjan los dos primeros ordinales del artículo anterior no producirán efecto alguno respecto de la sociedad ni de los demás socios...”*¹⁰⁴.

De lo anterior, se puede afirmar que si bien los socios pueden celebrar un acuerdo para-social sobre estos temas en virtud de la autonomía de la voluntad, es decir, son completamente válidos, carecerán de eficacia erga omnes.

Existe también, el artículo 316, que establece que *“La transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios, así como cualquier otra reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o de la mayor parte de los activos sociales, requerirán el voto unánime de los socios, o de sus delegados, si otra cosa no se dispone en los estatutos.”*¹⁰⁵. Es decir si bien un pacto que no cumpla con el requisito del artículo 296 es inoponible frente a los demás accionistas y frente a la sociedad pero no frente a sus firmantes, también en la práctica podrá verse afectada su eficacia interpartes, debido a que se necesitará el voto unánime de

¹⁰³ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. Artículo 296 (27, marzo,1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C.

¹⁰⁴ *Ibíd.* Art 297

¹⁰⁵ *Ibíd.* Art 316

todos los socios en asamblea para que genere efectos, y si algún otro socio que no pactó el acuerdo vota en contra, no podrá ni siquiera registrarse la enajenación,

Por tanto, se puede concluir que, es mejor que este tipo de acuerdos para-sociales sean firmados por todos los socios, para evitar que en la práctica hayan problemas al momento de hacer exigible lo pactado.

Lo mismo ocurre con lo estipulado en el artículo 295 puesto que consagra que *“Cualquier sociedad mercantil podrá formar parte de sociedades colectivas, cuando lo decida la asamblea o la junta de socios con el voto unánime de los asociados. Será nulo el ingreso a la sociedad cuando se infrinja esta disposición”*.

Por tanto, cuando se celebren cláusulas de acompañamiento o arrastre o que regulen la enajenación de cuotas o partes de interés a favor de alguna sociedad, se deberá contar con autorización de la asamblea al momento de hacer exigible dicho acuerdo. Si no se cumple con esta estipulación, el ingreso tendrá como sanción la nulidad.

Para analizar los pactos de atribución, es importante tener en cuenta las estipulaciones de los artículos 295, 296, 297 y 316 del Código de Comercio.

Del artículo 296 debe hacerse alusión a su numeral tercero y cuarto los cuales establecen que *“...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.”* Frente a estas estipulaciones que hacen referencia a posibles conflictos de interés y competencia con la sociedad, se deberá pedir autorización expresa de los otros socios y al momento de realizar un pacto que pueda encajar en estos dos numerales, se deberá respetar esta regla, pues si esta estipulación no se cumple,

de acuerdo al artículo 297 , “...La infracción de los ordinales tercero y cuarto dará derecho a los socios a la exclusión del consocio responsable, a la incorporación al patrimonio social de los beneficios que le correspondieren y al resarcimiento de los daños que ocasionare a la sociedad. Aprobada la exclusión, el representante legal de la compañía solemnizará la correspondiente reforma estatutaria.”.

Además el mencionado artículo 316¹⁰⁶ en tanto se relacione con opciones de compra y venta. Como ya se anotó, puede ser que los efectos de los pactos de esta naturaleza se vean reducidos en sus efectos interpartes, puesto a que si hay algún socio que no firmó el acuerdo y quiere oponerse, nada se podrá hacerse en la práctica para hacer exigible la enajenación de las cuotas de interés social.

Frente a los pactos de organización, se deben tener en cuenta los artículos 296, 302, 314, y 317 del mismo código. En el primer artículo citado, en su segundo numeral, se consagra que se debe pedir autorización de los demás socios para “... *Delegar en un extraño las funciones de administración o de vigilancia de la sociedad*”. Se considera entonces, que se debe respetar este numeral debido a que estos pactos versan sobre la reglamentación de la organización, administración y funcionamiento de la sociedad puesto que tienen por objeto el control de la misma.

Para pactos que versen sobre la sindicación de voto, se deberán acatar los artículos 302¹⁰⁷ y 317¹⁰⁸, so pena de que ocurra lo explicado cuando se hizo

¹⁰⁶ “ARTÍCULO 316. <DECISIONES QUE REQUIEREN VOTO UNÁNIME O MAYORÍA ABSOLUTA EN LA SOCIEDAD COLECTIVA>. La transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios, así como cualquiera otra reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o de la mayor parte de los activos sociales, requerirán el voto unánime de los socios, o de sus delegados, si otra cosa no se dispone en los estatutos. Las demás decisiones se aprobarán por mayoría absoluta de votos, salvo estipulación en contrario. Cada socio tendrá derecho a un voto.”

¹⁰⁷ “ARTÍCULO 302. <REUNIONES DE LA JUNTA DE SOCIOS Y DECISIONES>. Las reuniones de la junta de socios y las decisiones de la misma se sujetarán a lo previsto en el contrato social. A falta de estipulación expresa, podrá deliberarse con la mayoría numérica de los asociados cualquiera que sea su aporte, y podrán adoptarse las decisiones con el voto de no menos de la misma mayoría, salvo las reformas del contrato, que requerirán el voto unánime de los socios.”

referencia al artículo 190 del Código de Comercio. Se recalca que, sobre los acuerdos sobre sindicalización de voto, que si bien la Ley 222 de 1995 les da carácter de oponibles, se deben considerar y respetar las demás normas que regulan a cada tipo societario, .

3.1.2. Sociedades en Comandita: simple y por acciones

De acuerdo al Código de Comercio, podrán constituirse Sociedades en Comandita, simple y por acciones. En ésta última su capital está representado por acciones o títulos de igual valor (artículo 344 del Código de Comercio), y en las sociedades en comandita simple, el capital estará representado por cuotas o partes sociales. Además, estas se caracterizan principalmente por tener dos tipos de socios: Gestores o Colectivos (los encargados de la administración de la sociedad) y Comanditarios. Los primeros responden solidaria e ilimitadamente con la sociedad mientras que los segundos sólo se comprometen a responder hasta el monto de sus aportes a la sociedad¹⁰⁹ .

En la Sociedad en Comandita simple, se deberá tener en cuenta para los pactos de relación y atribución, el artículo 338¹¹⁰ y 340 del Código de Comercio, so pena de que estos pactos sean ineficaces, incluso, inter-partes, debido a que si no se

¹⁰⁸ “ARTÍCULO 317. <DERECHO DE VETO - RESPONSABILIDAD POR OPERACIONES EN CONTRARIO>. Los socios podrán oponerse a cualquier operación propuesta, salvo que se refiera a la mera conservación de los bienes sociales. La oposición suspenderá el negocio mientras se decide por mayoría de votos. Si ésta no se obtiene se desistirá del acto proyectado. Cuando fuere vetado un negocio en la forma indicada en el inciso precedente y a pesar de ello se llevare a cabo, la sociedad comprometerá su responsabilidad; pero si de la operación se derivare algún perjuicio, será indemnizada por quien la ejecutó contrariando la oposición.”

¹⁰⁹ Ibid. Art. 323

¹¹⁰ “ARTÍCULO 338. <CESIÓN DE CUOTAS O PARTES DE INTERÉS EN LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE>. Las partes de interés de los socios colectivos y las cuotas de los comanditarios se cederán por escritura pública, debiéndose inscribir la cesión en el registro mercantil. La cesión de las partes de interés de un socio colectivo requerirá de la aprobación unánime de los socios; la cesión de las cuotas de un comanditario, del voto unánime de los demás comanditarios.”

hace por ejemplo una enajenación por escritura pública esta no generará efectos jurídicos.

Frente a los pactos de organización se deberá respetar el artículo 339 del mismo código:

“ARTÍCULO 339. <INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE SOCIOS COMANDITARIOS EN SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE>. Las facultades de inspección y vigilancia interna de la sociedad serán ejercidas por los comanditarios, sin perjuicio de que puedan designar un revisor fiscal, cuando la mayoría de ellos así lo decida.”

Además, es importante precisar que para lo no regulado para este tipo de sociedad, hay que remitirse a las normas de las sociedades de responsabilidad limitada, las cuales se analizarán más adelante.

Para las Sociedad en Comandita por acciones, son relevantes en materia de pactos de socios, los artículos 344, 345, 347, 348 y 349 del estatuto mercantil.

Si se pactan acuerdos de relación en contra de las normas contenidas en los artículo 344¹¹¹ y 345¹¹², además de entenderse como ineficaces dichas estipulaciones, frente a la sociedad y los socios que no son parte del acuerdo, también podrán devenir en ineficaces entre las partes que lo celebran, si ellos no

¹¹¹ “ARTÍCULO 344. <CAPITAL SOCIAL DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES>. El capital de la sociedad en comandita por acciones estará representado en títulos de igual valor. Mientras las acciones no hayan sido íntegramente pagadas serán necesariamente nominativas. El aporte de industria de los socios gestores no formará parte del capital social. Tales socios podrán suscribir acciones de capital sin perder la calidad de colectivos.”

¹¹² “ARTÍCULO 345. <SUSCRIPCIÓN Y PLAZO PARA EL PAGO DE ACCIONES EN SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES Al constituirse la sociedad deberá suscribirse por lo menos el cincuenta por ciento de las acciones en que se divida el capital autorizado y pagarse siquiera la tercera parte del valor de cada acción suscrita. En las suscripciones posteriores, se observará la misma regla. El plazo para el pago de los instalamentos pendientes no podrá exceder de un año contado a partir de la fecha de la suscripción.”

asumen o toman todas las medidas conducentes para dar cumplimiento a las normas o, los pactos para-sociales podrán devenir en pactos válidos y eficaces pero desvinculados a su naturaleza societaria.. Por ejemplo, si en un pacto para-social se acuerda que el valor de las acciones no tienen igual valor, al momento de una venta, quienes tendrán que soportar el mayor o menor valor pactado, serán los socios del pacto.

Además se debe atender lo consagrado en el artículo 348 el cual se tendrá que interpretar junto con el artículo 404¹¹³ del mismo código:

“ARTÍCULO 348. <INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA LOS SOCIOS COLECTIVOS PARA LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES, REPRESENTACIÓN Y VOTO>. Las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los administradores de las sociedades anónimas regirán para los socios colectivos en lo relativo a la negociación de acciones, representación y voto en la asamblea.”

Por ende, en dichos pactos sólo se podrá acordar la enajenación o la compra de acciones por parte de los administradores, de acuerdo a las condiciones del artículo 404 y se deberá contar con la autorización por parte de la junta directiva o de socios, sin el voto del comprador so pena de que se consideren como ineficaces frente a la sociedad y a los demás socios.

¹¹³ *“ARTÍCULO 404. <PROHIBICIÓN A LOS ADMINISTRADORES DE ENAJENAR O ADQUIRIR ACCIONES - SANCIONES>. Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante. Los administradores que infrinjan esta prohibición serán sancionados con multas hasta de cincuenta mil pesos que impondrá la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier persona y, además, con la pérdida del cargo.”*

En cuanto a los pactos de organización, aplicará lo que ya se ha dicho sobre las normas para celebrar y deliberar en las juntas de socios.

Es pertinente mencionar que, en lo no previsto por las normas de este tipo de sociedad, se debe aplicar, respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva, y respecto de los comanditarios, las de las anónimas.¹¹⁴

3.1.3. Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada, regulada por el Título V del Código de Comercio, tiene como característica principal su limitación de responsabilidad, en comparación con las anteriormente vistas. Así pues, de acuerdo al artículo 353 *“los socios responderán hasta el monto de sus aportes”*. Así mismo, impone un mínimo de socios (2) y un máximo de 25 personas para que conformen la sociedad .

Para los pactos de relación, es importante hacer mención a los artículo 353, 362, 363, y 368 del Código de Comercio.

La norma del artículo 353, consagra que *“En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes. 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”*¹¹⁵, lo que supone que si en los estatutos no se pacta algo diferente a esta regla, los pactos de socios que estipulen algo en contravía a esta, van a ser ineficaces respecto de los terceros y la sociedad. Ahora, pareciera que son eficaces inter-partes, en los términos ya dichos y, debido a que nadie puede ir en contra de sus propios actos bajo el principio de buena fe.

¹¹⁴ Ibid. Art 352

¹¹⁵ Ibid. Art 353

Se puede afirmar sobre el artículo 368¹¹⁶, que si no se dispone estatutariamente que uno o varios de los socios sobrevivientes al socio difunto pueden adquirir las cuotas del fallecido, no se podrá estipular vía pacto para-social lo contrario, debido a que expresamente la norma impone imperativamente que debe constar en los estatutos, o sino, la sociedad continuará con uno o más herederos del difunto. Si bien es cierto que en virtud de la autonomía de la voluntad, los socios pueden pactar lo que deseen, cuando existen este tipo de normas imperativas, en la práctica, pactos en contrario, no van a tener efectos frente a la sociedad y hacia los demás socios, y, tampoco, frente a las partes del acuerdo, pues la formalidad exigida por la norma es tan estricta, que pareciera que afecta es a la existencia del acto.

Además para este tipo de pactos, hay un aspecto regulado en el artículo 362 del Código de Comercio que ahonda en la inoponibilidad de los mismos cuando ellos versen sobre restricción en la negociación de cuotas:

“ARTÍCULO 362. <CESIÓN DE CUOTAS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas.

Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita.

¹¹⁶ “ARTÍCULO 368. <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. Si fueren varios los socios que quisieren adquirir las cuotas, se distribuirán entre ellos a prorrata de las que posean en la sociedad.”

La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario.”¹¹⁷

Este artículo, expresamente castiga con la ineficacia¹¹⁸, no solo *erga omnes*, sino también inter-partes, pues, al igual que en otros casos ya mencionados anteriormente, obligaciones sobre cesión de cuotas no podrán cumplirse en la medida en que no se cumplan los términos de la legislación.

Para ilustrar esto, adicionando lo dicho por la Superintendencia: *“Por lo demás, tanto en las sociedades por acciones simplificadas como en los tipos regulados en el Código de Comercio, los acuerdos que no se ciñan a los requisitos especiales de los artículos 24 de la Ley SAS o 70 de la Ley 222, solo tendrán efectos entre las partes que los suscribieron”¹¹⁹*, a menos que las obligaciones y derechos pactados, en la práctica, no puedan cumplirse o exigirse, en tanto existan exigencias de la ley que deban atenderse.

También hay que remitirse al artículo 363 del Código de Comercio el cual consagra la prelación en la cesión de cuotas en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, así:

“ARTÍCULO 363. <PRELACIÓN DE CESIÓN DE CUOTAS A LOS SOCIOS. Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas.

¹¹⁷ *Ibíd.* Art. 362

¹¹⁸ *Ibíd.* Art. 897

¹¹⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Corte de Resolución de Conflictos Societarios. Sentencia Prodeinsa Calle & Cía. S en C. vs. Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Vermont Medellín S. A. (23, abril, 2013). Bogotá D.C.

Transcurrido este lapso los socios que acepten la oferta tendrán derecho a tomarla a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.”¹²⁰

En la norma, se estipula el derecho de preferencia respecto de los socios en una cesión de cuotas, la cual afectaría, en los términos antes anotados, a los acuerdos celebrados entre algunos de estos, puesto que si no se estipula en los estatutos una renuncia expresa a este derecho,, toda cesión de cuotas deberá hacerse de conformidad con este artículo.

Por tanto, por ejemplo en un acuerdo con cláusula *Tag-along* o *Drag along*, cuando se realice una venta de cuotas, estas deberán hacerse de conformidad con el derecho de preferencia.

Frente a los pactos de organización, la norma en materia, trae una lista de las funciones que tendrá la junta de socios la cual se deberá respetar cuando se estipulen pactos para-sociales que versen sobre este tema, so pena de que cuándo un administrador las extralimite, se presumirá su culpa, de acuerdo al artículo 24 de la ley 222 de 1995:

“ARTÍCULO 358. <ATRIBUCIONES ADICIONALES A LOS SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios; éstos tendrán además de las atribuciones que señala el artículo 187, las siguientes:

1) Resolver sobre todo lo relativo a la cesión de cuotas, así como a la admisión de nuevos socios;

¹²⁰ *Ibíd.* 363

2) *Decidir sobre el retiro y exclusión de socios;*

3) *Exigir de los socios las prestaciones complementarias o accesorias, si hubiere lugar;*

4) *Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, el representante legal, el revisor fiscal o cualquiera otra persona que hubiere incumplido sus obligaciones u ocasionado daños o perjuicios a la sociedad, y*

5) *Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda. La junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones.”*

Estos pactos podrán ser además de inoponibles, entonces inválidos porque están obligando al administrador a infringir una norma imperativa, es decir, podría predicarse la ilicitud de su objeto ilícito.

3.1.4. Sociedades Anónimas

Por último, en relación con las Sociedades Anónimas, reguladas principalmente por el Código de Comercio en su Título VI y por la Ley 222 de 1995, se puede afirmar de manera general que este tipo de sociedad se caracteriza esencialmente por ser de capital. En otras palabras, el legislador con la normatividad vigente, separa el patrimonio de los socios del patrimonio de la sociedad, en orden “...a preservar la conspicua línea divisoria entre el patrimonio personal de los accionistas y de la compañía, así como la clara diferenciación entre la actividad individual de los asociados y las obligaciones de gestión de la empresa social,

*cuya responsabilidad se encuentra radicada con exclusividad en cabeza de los administradores.*¹²¹

Los pactos de relación en este tipo de sociedades, tendrán que tener en cuenta los siguientes artículos para que puedan ser eficaces, al menos, entre las partes:

El artículo 379 del Código de Comercio consagra que:

“ARTÍCULO 379. <DERECHO DE LOS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA>. Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

...

*3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;...”*¹²²

Así mismo, el artículo 403 del mismo código, refuerza dicha estipulación, estableciendo en qué casos podrá restringirse la negociación de acciones:

“ARTÍCULO 403. <EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE ACCIONES>. Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;

¹²¹ REYES VILLAMIZAR. Op. Cit. p. 66

¹²² COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. Artículo 379. (27, marzo,1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C.

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.”¹²³*

Frente al mismo tema es pertinente citar el artículo 406¹²⁴ y 407¹²⁵ en los cuales se establece que la negociación de las acciones nominativas en este tipo de sociedad puede hacerse por el simple acuerdo entre las partes, y como requisito adicional debe inscribirse en el libro de accionistas. Todo lo contrario pasará, si esas acciones nominativas tienen consagrado el derecho de preferencia, donde, cualquier estipulación en contrario de la norma se entenderá como ineficaz frente a los terceros y la sociedad, a la luz del artículo 897 del Estatuto Mercantil.

¹²³ *Ibíd.* Art. 403

¹²⁴ “**ARTÍCULO 406. <NEGOCIACIÓN DE ACCIONES NOMINATIVAS>**. *La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo. Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente. PARÁGRAFO. En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de acciones nominativas, el registro se hará mediante exhibición del original o de copia auténtica de los documentos pertinentes.”*

¹²⁵ “**ARTÍCULO 407. <NEGOCIACIÓN DE ACCIONES NOMINATIVAS CON DERECHO PREFERENCIAL>**. *Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma. Mientras la sociedad tenga inscrita sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.”*

Frente a estas restricciones, se puede afirmar que los firmantes del pacto para-social podrán pactar cláusulas que vayan en contravía de ellas, siempre y cuando no afecten el derecho de un tercero. Es decir, como en los otros casos antes mencionados, el límite de esa eficacia será la perturbación del derecho de otro accionista. Si bien se puede decir que este tipo de pactos no tiene efectos *erga omnes*, sí se podría predicar de él su eficacia inter-partes, en tanto tengan por objeto un asunto lícito en virtud de la autonomía de la voluntad.

Por esta razón, no solo para el caso de las sociedades anónimas, sino también para todas las anteriores, es importante anotar que, en la mayoría de los casos para garantizar una real eficacia de acuerdos que no versen sobre sindicación de voto, sería importante contar con el consentimiento de todos los accionistas o socios.

Para los pactos de atribución, es relevante analizar las disposiciones de los artículo 388, 396, 417, 409 387, 404 y 408 del Código de Comercio.

Respecto de los acuerdos que versen sobre enajenación o suscripción de acciones, deberá tenerse en cuenta lo dicho anteriormente, que aplicará preferencia lo consagrado en el artículo 388 del Código de Comercio, el cual consagra:

“ARTÍCULO 388. <DERECHO DE PREFERENCIA EN EMISIÓN DE ACCIONES>. Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta.

Aprobado el reglamento por la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria.

Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la Superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.”

En el caso en que sólo algunos accionistas hayan decidido celebrar el acuerdo para-social, en donde se estipule la enajenación de acciones a un tercero que no sea accionista de la sociedad, la eficacia del negocio queda supeditada a que los demás accionistas renuncien a su derecho de preferencia en la asamblea de accionistas, si está estipulado en los estatutos sociales. Así las cosas, sólo podrá generar efectos y lograr su cometido si los demás socios que no celebraron el acuerdo renuncian a este derecho. Esta disposición también se tendrá que tener en cuenta en los pactos de relación

Otro punto que depende de que la decisión se tome en la asamblea de accionistas, en cuanto a enajenación de acciones, será cuando por medio del pacto se establezca que se enajenan las acciones a favor de la sociedad,. El artículo 396¹²⁶ trae el requisito de que sólo podrá adquirir la sociedad sus propias acciones con el voto de no menos el 70% de las suscritas, artículo que deberá relacionarse con el 417 donde se determina el destino de las acciones

¹²⁶ “ARTÍCULO 396. 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.”

readquiridas. Por ende, una estipulación en contrario de estas normas en un acuerdo para-social, será ineficaz de manera erga omnes, pero como se refiere a la toma de decisiones en asamblea, también será ineficaz entre las partes firmantes porque no hay como hacer cumplir el pacto.

Además los pactos que versen sobre este tema, tendrán que tener en cuenta el impedimento que la ley trae para la enajenación de acciones en el artículo 408¹²⁷ y 409 del mismo código, el cual consagra que no podrán versar sobre acciones cuya inscripción en el registro haya sido cancelada o impedida por orden de la autoridad competente.

En estas normas existe una limitación para poder tranzar estos derechos pues depende de la decisión que tome un tercero ajeno a la sociedad (en este caso un juez o autoridad competente), lo que hará que cualquier pacto, sea prácticamente inexistente:

“ARTÍCULO 409. <IMPEDIMENTO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES>. No podrán ser enajenadas las acciones cuya inscripción en el registro hubiere sido cancelada o impedida por orden de la autoridad competente.

En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de acciones, el registro se hará con base en la orden o comunicación de quien legalmente deba hacerlo.”

Además, cuando se vendan o se compren acciones, se deberá tener en cuenta el artículo 387¹²⁸ que establecen que al momento de suscribir las acciones se cubrirá

¹²⁷ “ARTÍCULO 408. <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.”

¹²⁸ “ARTÍCULO 387. <CANCELACIÓN POR CUOTAS O PLAZOS PARA EL PAGO>. Cuando el reglamento prevea la cancelación por cuotas, al momento de la suscripción se cubrirá, por lo

por lo menos, la tercera parte del valor de cada acción, lo que también aplicará para los pactos de relación. Si se estipulara algo en contrario a esta norma en un acuerdo de accionistas, el representante legal podrá demandar al accionista deudor debido a que la deuda es clara, expresa y exigible, y como el pacto no es oponible frente a la sociedad ni frente a los terceros, esto no va a evitar que el representante legal pueda interponer todas las acciones legales pertinentes,

Se deberá cumplir además en estos pactos, y en los de relación, la prohibición de los administradores para enajenar o adquirir acciones, tal y como se anunció en el aparte referido a las sociedades en comandita.

Por último, están los pactos de organización, para los cuáles es importante respetar las disposiciones del artículo 419, donde se establece que *“La asamblea general la constituirán los accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos”*¹²⁹, lo que supone que cuando se pacte la sindicación de votos en los acuerdos para-sociales, deberán respetarse las reglas de los artículos 421, 422 423 y siguientes de Código de Comercio, es decir, la sección I del Capítulo 3 y las normas de la Ley 222 de 1995, que se refieren a las reuniones de este órgano social, so pena de que se vea afectada su eficacia interpartes, debido a que en la práctica el acuerdo no podrá cumplir su cometido.

3.2. Validez, eficacia y oponibilidad de las cláusulas y acuerdos para-sociales en las sociedades por acciones simplificadas – S.A.S.

Este tipo de sociedad es la más reciente y fue creada con la ley 1258 de 2008. Se podría afirmar además que en Colombia es la más utilizada de acuerdo con las estadísticas de la Confederación de Cámaras de Comercio Colombia,

menos, la tercera parte del valor de cada acción suscrita. El plazo para el pago total de las cuotas pendientes no excederá de un año contado desde la fecha de la suscripción.”

¹²⁹ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. Artículo 3419. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C

CONFECÁMARAS, en donde se reporta que para el año 2014 se crearon 71.613 sociedades, de las cuales 68.842 son S.A.S.¹³⁰.

Pero, ¿Por qué este tipo de sociedad es la más utilizada en Colombia? Las sociedades por acciones simplificadas permiten un mayor rango del ejercicio de la autonomía privada por parte de sus socios. Es decir, aunque existen algunos parámetros para su constitución, los accionistas tienen mayor rango de disposición en el funcionamiento de ésta, de acuerdo a lo que busquen y a las necesidades de la sociedad. Al respecto. ÁVILA CRISTANCHO ha expuesto: *“Con este paso se dio la apertura a los comerciantes para explotar una autonomía de la voluntad sin mayores cortapisas, siendo ello la novedad más radical en el ambiente normativo local. La ampliación de la autonomía de la voluntad es lo que permite entender a la sociedad por acciones simplificada como una norma “flexible”*¹³¹. De esta sociedad, se puede afirmar entonces que tienen un menor número de normas imperativas.

Respecto de los pactos para-sociales, en este tipo de sociedades, se reconoce legislativamente su celebración, y la ley no los limita como lo hace la ley 222 de 1995 a la celebración de acuerdos de accionistas sólo en eventos de sindicación de voto¹³². Así pues, el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 los regula y si bien da un amplio arbitrio, impone además una serie de requisitos para su validez, eficacia y oponibilidad.

¹³⁰ En: <http://www.eltiempo.com/economia/empresas/creacion-de-empresas-en-colombia/15093395>

¹³¹ ÁVILA CRISTANCHO, Mario Fernando. S.A.S: Transición a un derecho en el que prima la autonomía de la voluntad. En: Revista de derecho privado N°48. (jul-dic, 2012). p.1-29. ISSN: 1909-7794. p 13

¹³² *“Consecuente con el criterio de autonomía de la voluntad privada que prima en este nuevo tipo societario al dejar a la libre determinación de los asociados la adopción de la mayor parte de las reglas que habrán de regir la sociedad y las relaciones de los accionistas con ella, el acuerdo entre accionistas puede versar sobre diversidad de asuntos, con la limitación única de tratarse de asuntos lícitos.”* (COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-121211. (1, octubre, 2009). Bogotá D.C.)

En esta norma se evidencia que los acuerdos deberán versar sobre un asunto lícito, . Así mismo para su oponibilidad la norma impone que deben ser depositados en las oficinas de la sociedad y deberán ser celebrados por un término no superior a 10 años, prorrogables por la voluntad de todos los que suscribieron el acuerdo, por periodos que no superen los 10 años.¹³³

Respecto del depósito la Superintendencia de Sociedades ha aclarado que debe entenderse por este:

“De conformidad con lo anterior se ha de entender entonces que el depósito de un acuerdo de accionistas se cumple haciendo entrega a la sociedad del documento original o de copia auténtica del mismo, suscrito por quienes lo celebran a efectos de que el mismo obre en las oficinas de administración de la sociedad y de esta manera tenga vocación de que las estipulaciones en él contenidas tengan efectos vinculantes, en cuanto a ella se refieran.”¹³⁴

Estos pactos además, no deberán ir en contra de las normas estatutarias y legales de este tipo societario so pena de catalogarse como ineficaces en eventos en los que, con el pacto, se afecten derechos de la sociedad o de los accionistas que no los suscriban. Así por ejemplo, en la cláusula de restricción de negociación de acciones se deberá respetar el derecho de preferencia consagrado¹³⁵.

¹³³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Corte de Resolución de Conflictos Societarios. Sentencia Prodeinsa Calle & Cía. S en C. vs. Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Vermont Medellín S. A. (23, abril, 2013). Bogotá D.C.

¹³⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-121211. (1, octubre, 2009). Bogotá D.C.

¹³⁵ “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.” (COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario oficial. Bogotá, D.C. Artículo 15)

“En el evento en que se trate de una sociedad por acciones simplificada, creada por virtud de la ley 1258 de 2008, en las que al tenor del artículo 24 transcrito, en el entendido que el acuerdo cumple las exigencias establecidas en el mismo artículo, podría abarcar aspectos como el derecho de preferencia en la negociación de acciones, siempre que las reglas pactadas en el acuerdo no sean contrarias a las establecidas en los estatutos sociales, estos acuerdos vinculan a la sociedad y los administradores deben garantizar su cumplimiento.”¹³⁶

Por tanto, se puede afirmar que, los diferentes tipos de pactos analizados, es decir, los pactos de relación, atribución y organización serán válidos, eficaces y oponibles a la luz de la norma, siempre que, con ellos no se afecten derechos de terceros, caso en el cual, su eficacia estará limitada. De esta manera incluso, podrán prevalecer sobre las disposiciones estatutarias.

¹³⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. CONCEPTO 220-053074 (23, mayo, 2013). Bogotá D.C.

CONCLUSIONES

- La autonomía de la voluntad se puede entender como el poder o la posibilidad limitada que tienen los particulares de autorregularse en ciertos actos privados, limitación que se materializa en la observancia de la ley, el respeto por el orden público y las buenas costumbres.

En Colombia, en materia societaria, el Estado permite a los asociados regular o estipular el alcance, las condiciones, modalidades o el contenido de las normas que regularán sus relaciones mutuas y con la sociedad, según sus objetivos e intereses, siempre que se respeten los límites legales existentes, como lo son la ley, el orden público, las buenas costumbres.

- La validez se define como la idoneidad del acto para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de una norma jurídica; la eficacia de un acto es el efectivo cumplimiento de la finalidad para lo que fue celebrado, así como, la producción de determinados efectos que la ley y las partes buscan con su celebración; y, la oponibilidad es la posibilidad de generar efectos hacia los terceros.
- Los pactos para-sociales son negocios jurídicos, más concretamente contratos, en los que se expresa la voluntad de los asociados o de algunos de estos, los cuales tienen como objeto regular relaciones entre los accionistas, o entre los accionistas y la sociedad, por fuera del contrato social (estatutos).
- Los pactos para-sociales son verdaderos contratos a la luz del artículo 1495 del Código Civil y del 854 del Código de Comercio. Por tanto, son una expresión de la libertad contractual que tienen los individuos debido a la existencia de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico.

- En Colombia, la validez, eficacia y oponibilidad de los acuerdos para-sociales será determinada con base en los distintos regímenes aplicables dependiendo del tipo de sociedad en los que se celebren. En términos generales, por un lado está el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 que rige para las sociedades establecidas en el Código de Comercio, está la Ley 964 de 2005, la cual añade unos requisitos para las sociedades inscritas en bolsa, y por último está la Ley 1258 de 2008, la cual aplica para las sociedades por acciones simplificadas.
- Los acuerdos para-sociales no tienen que versar sobre un tema en específico, puesto que con base en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que cumplan con las normas sobre la validez de los actos, se podrán reconocer a todos como válidos.

Así, los acuerdos , son plenamente válidos a la luz del Código de Comercio colombiano, aludiendo a su naturaleza de contrato y de acuerdo al artículo 864 del estatuto mercantil.

- Los acuerdos para-sociales vinculados a las sociedades reguladas por el Código de Comercio, y a las cuales aplica el artículo 70 de la ley 222 de 1995, serán además oponibles a terceros, solo en tanto cumplan con esta disposición legal. En caso contrario, en principio, dichos pactos solo serán eficaces inter-partes.
- La eficacia inter-partes de los acuerdos celebrados en desconocimiento de las normas contenidas en el artículo 70 de la ley 222 de 1995, también se podrá ver afectada o limitada por los derechos y obligaciones de terceros (socios no parte del acuerdo, la sociedad y otras personas) o por la

necesidad de dar cumplimiento a normas imperativo, propias de cada tipo societario.

- En los anteriores términos, los pactos para-sociales, aun cuando accesorios a la sociedad, no necesariamente están limitados por las disposiciones estatutarias de la misma e, incluso, podrán prevalecer sobre estos. .
- Para evitar que un acuerdo para-social pierda su eficacia real frente a los firmantes, se recomienda que al celebrarse, estos sean firmados por la totalidad de socios o accionistas de la sociedad.
- La ley de S.A.S abre la puerta a la oponibilidad para los demás pactos que versen sobre todo objeto lícito.
- Los acuerdos de accionistas celebrados por socios de sociedades por acciones simplificadas pueden cumplir mayormente con sus fines pactados, en contraste con las demás sociedades, pues de acuerdo a su legislación, tienen un menor número de normas imperativas, pueden versar sobre cualquier objeto lícito y son oponibles en la medida en que sean depositados en la sociedad y su término o supere 10 años prorrogables.

BIBLIOGRAFÍA

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2002.

GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Apuntes sobre derecho de las sociedades. Medellín: Señal Editora, 2004.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7ª ed. Bogotá: Temis S.A, 2005.

GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar. Sindicatos de voto: el control en una sociedad conjunta. Valencia: Editorial Tirandt Lo Blanch, 2008.

BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Granada: Editorial Comares, 2000.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LAS SOCIEDADES. 10 ed. Colombia: Editorial Legis Editores S.A, 2008.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada. 3ed. Colombia: Editorial Legis. 2006.

MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario: regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. 1 ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A, 2010.

ZANNONI, Eduardo A. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Buenos Aires: Astrea, 2004.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. Régimen jurídico de la empresa familiar. Editorial Civitas, 2010

OVIEDO ALBAN, Jorge. Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo. Bogotá: Biblioteca jurídica Dike, 2010.

ÁLVAREZ ARJONA, José María. CARRASCO PERERA, Ángel. Fusiones y adquisiciones de empresas. Navarra: Editorial Aranzandi S.A, 2004.

LARGO TABORDA, Adriana. Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea. Medellín: Universidad de Antioquia. 2008.

MEJÍA MEJÍA, Darío Alejandro. Los acuerdos de accionistas: evolución y aplicación en Colombia. En: Revista de derecho privado. N°52. {en línea} {dic, 2014}.Universidad de los Andes. Disponible en: (https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri538.pdf)

PAZ-ARES, Cándido. La cuestión de validez de los pactos parasociales. En: Revista Actualidad Jurídica. N° 2011 suplemento 1. p252-256. 5p. ISSN: 1578-956X

FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid: Comares. 1957.

MASRIDEJOS FERNÁNDEZ, José María. La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad: comentario a la sentencia del tribunal supremo de 6 de marzo de 2009. En: Cuadernos de derecho y comercio N° 53. (Junio, 2010). p.271-303. ISSN: 1575-4812

ÁVILA CRISTANCHO, Mario Fernando. S.A.S: Transición a un derecho en el que prima la autonomía de la voluntad. En: Revista de derecho privado N°48. (jul-dic, 2012). p.1-29. ISSN: 1909-7794

PAZ-ARES, Cándido. El enforcement de los pactos parasociales. En: revista Actualidad Jurídica N°5. (2003). p.19-43. ISSN: 1578-956X

MARTÍNEZ, Eric Palacios. Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil. En: Derecho PUC N°60. (2007). p.97-110.

MOLANO-LEÓN, Ricardo. Shareholders agreements. En: Vniversitas N° 117: 219-252, (jul-dic, 2008).

HENAO, Lina. Los pactos parasociales. EN: Revista de Derecho Privado N°25. (jul-dic, 2013). p. 179-217. ISSN: 2346-2442

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C. 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, D.C

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (16, mayo, 1873). Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 964 (8, julio, 2005). Bogotá D.C.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario oficial. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-003037 (6, enero, 2012). Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-002294 (13, enero, 2014). Bogotá, D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-62094. (26, septiembre, 2003) Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-70377. (noviembre, 1998) Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-78234. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-40037 . Bogotá, D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-121211 (1, octubre, 2009) Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia 73.138. (23, abril, 2013). Responsable: MENDOZA, José Miguel. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220- 57938. Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-78234. Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-040684 (23, agosto, 2007). Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-009238 (11, marzo, 2004) Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 (3, diciembre, 2008). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-873 (30, septiembre, 2013). M.P. Manuel José Cepeda. Bogota, D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-826. (13, noviembre, 2013). M.P. Luis Hernesto Vargas Silva. Bogota, D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186. (16, marzo, 2011). Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338 (24, agosto, 1993).
M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-597 (7, diciembre,
1995). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 (16, agosto, 1995).
M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia U-157 (10, marzo 10,
1999). M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179. (14, marzo, 2007).
M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2008 (3,
diciembre, 2008). M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación civil. Sentencia
expediente 6877. (16, mayo, 2002). M.P. Jorge Santos Ballesteros. Bogotá
D.C.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación civil. Sentencia
expediente 00026. (6, marzo, 2012). Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-435. (10, julio, 2013).
M.P Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala casación penal. Sentencia expediente 22407 (16, marzo, 2005). M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia expediente 2001-00803-01 (1, julio, 2008)

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Corte de Resolución de Conflictos Societarios. Sentencia Prodeinsa Calle & Cía. S en C. vs. Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Vermont Medellín S. A. (23, abril, 2013). Bogotá D.C.