

Oficio 220-001059 De Enero de 2012

Â

Â

Ref.: ÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂÂRadicaci3n 2011- 01- 325751

Trat3ndose de adjudicaci3n el derecho de preferencia no es aplicable (Se transcribe oficio).

Â

Â

Aviso recibo del escrito en referencia, a trav3s del cual pone de presente que en los estatutos de la compa2a a la cual pertenece esta consagrado el derecho de preferencia en la cesi3n de cuotas, luego de lo cual manifiesta que esta Entidad en diversas oportunidades ha expresado la obligaci3n de observar ese derecho siempre que estatutariamente este previsto, â sin importar la modalidad de cesi3n, a3n trat3ndose de una **adjudicaci3n de cuotas sociales por raz3n de una liquidaci3n de sociedad conyugal voluntaria**â, para el efecto relaciona varios conceptos proferidos por esta Superintendencia.

Â

Frente a la liquidaci3n de una sociedad conyugal voluntaria, con el prop3sito de adjudicar una parte de cuotas de inter3s social de la empresa, formula las siguientes preguntas:

Â

â1. Es de car3cter **obligatorio** -legalmente- dar cumplimiento al denominado derecho de preferencia que tienen los asociados cuando est3 plasmado y vigente estatutariamente en la escritura de constituci3n de la empresa, **o por ser los conceptos emanados por esa Superintendencia que no tienen sino el alcance que da el art. 25 del C3digo Contencioso Administrativo, puedo obviados**; y por ello, puede convertirse legalmente en la excepci3n del derecho de preferencia cuando se trata de una **adjudicaci3n de cuotas sociales producto de una liquidaci3n de sociedad conyugal voluntaria**.

Â

2. Al elevar en una Notaria a Escritura P3blica la **liquidaci3n de sociedad conyugal voluntaria**, en donde hago constar la adjudicaci3n de algunas de mis cuotas de inter3s social de esa empresa, **sin dar cumplimiento al ejercicio del derecho de preferencia**; donde a paso seguido cancelo a titulo personal los respectivos derechos de registro y entrega dicha escritura ante la C3mara de Comercio de la municipalidad para que registren como nueva socia a la adjudicataria en la liquidaci3n de sociedad conyugal voluntaria. Â¿La C3mara de Comercio est3 en la obligaci3n de aceptar la escritura P3blica de la liquidaci3n de sociedad conyugal voluntaria, y registrar a la nueva socia en la citada empresa, sin importar que no cumpli3 con el derecho de preferencia, o deber3 rechazar dicha inscripci3n hasta tanto se d3 cumplimiento al Art. 367 del C3digo de Comercio?

Â

3. Â¿Deber3 el Representante Legal de dicha compa2a en sociedad limitada abstenerse de registrar en el libro de socios a la nueva adjudicataria, por no haberse cumplido con el ejercicio del derecho de preferencia estipulado estatutariamente? Acorde esto con lo manifestado en su Oficio No. 220- 052371 del 27 de septiembre de 2006.

Â

4. Â¿Existe jurisprudencia que soporte legalmente los conceptos emitidos por ustedes respecto de la obligatoriedad de los asociados de aplicar el derecho de preferencia establecido estatutariamente en la adjudicaci3n de cuotas de inter3s social, por raz3n de una liquidaci3n de sociedad conyugal voluntaria? De ser as3, podr3an ustedes indic3rmelasâ.

Â

Para responder los interrogantes planteados es pertinente manifestarle al consultante que esta Entidad realiz3 una revisi3n de la doctrina vigente en materia de transferencia de cuotas sociales a trav3s de la cesi3n o de la adjudicaci3n, an3lisis donde se destaca que se trata de formas distintas con caracter3sticas, efectos y formalidades igualmente diferentes para transmitir la propiedad de las mismas.

Â

La revisi3n a la que se hace referencia se recapitula en el Oficio No. 220- 171214 de 18 de diciembre de 2011, cuya argumentaci3n, an3lisis y conclusi3n obedecen a la inquietud a trav3s de la cual se le pregunt3 a la Entidad acerca de la posici3n jur3dica, cierta, clara y definitiva en relaci3n con la aplicaci3n del derecho de preferencia en los eventos de adjudicaci3n de cuotas sociales derivadas de los procesos de sucesi3n por causa de muerte, liquidaci3n de sociedad comercial o liquidaci3n de la sociedad conyugal.

Â

El consultante en esa oportunidad expresa que existen varios pronunciamientos de la Entidad que al parecer son contradictorios, adem3s de que pone de presente la Resoluci3n No. 350 de 11 de marzo de 1997, emanada de la Superintendente Delegada para la Promoci3n de la Competencia, que al tramitar la apelaci3n interpuesta contra un acto de la C3mara de Comercio de Casanare que se abstuvo de inscribir la inclusi3n de un nuevo socio y la

modificaci3n de las cuotas sociales de una sociedad, por considerar que no reun3an los requisitos al legales de las reformas, la citada Entidad resolvi3 revocar la decisi3n de la C3mara, razones que advierte esta Superintendencia son tenidas en cuenta en el presente an3lisis.

En el aludido concepto la Entidad expresa {. es pertinente poner de presente que los argumentos en que se apoya la que su solicitud invoca providencia (Se refiere a la Resoluci3n 350 Cit.), constituyen precisamente el n3cleo de la doctrina que de tiempo atr3s ha sostenido esta Superintendencia en relaci3n con la transferencia de las cuotas sociales y seg3n la cual 3sta, tiene origen en la **adjudicaci3n** en un caso y, en la **cesi3n** en el otro caso, lo que a su vez explica que la decisi3n adoptada, haya ratificado en todo el criterio vigente de esta Entidad, en el sentido de que **la transferencia de cuotas sociales con ocasi3n de una adjudicaci3n, no constituye una reforma estatutaria que como la cesi3n de cuotas, deba sujetarse a las formalidades legales y estatutarias que para ese fin exigen los art3culos 360 y SS del C3digo de Comercio**, tema del que se ocupa el Oficio No. 43965 del 14 de diciembre de 1988 que la mencionada providencia cita y, cuyos apartes es oportuno traer aqu3 para dejar delimitado el alcance de sus conclusiones.

Lo anterior en el entendido que las conclusiones referidas no pueden verse de manera aislada sin consultar el an3lisis que posteriormente fuera realizado con el fin de determinar los requisitos que la transferencia de partes al3cuotas comporta, seg3n que la misma obedezca a la sucesi3n mortis causa de su titular, o a actos entre vivos, asunto al que se refiri3 el Oficio SL 10017 del 30 abril de 1990, que igualmente en su orden ser3 revisado.

I - El primero de los conceptos sostiene que la transferencia de cuotas sociales en una compa3a de responsabilidad limitada, solo se puede llevar a cabo a trav3s de dos formas distintas, cuales son la cesi3n y la adjudicaci3n.

La **cesi3n es una modalidad de negocio jur3dico de disposici3n** a trav3s del cual se transmite la propiedad y como tal se caracteriza por poseer los elementos de todo negocio jur3dico como son, **la manifestaci3n de la voluntad y el objeto especifico a que dicha voluntad se encamina, cual es la de producir efectos jur3dicos**; vale decir a crear, modificar o extinguir relaciones de diferente 3ndole.

Como caracter3sticas del prenombrado fen3meno jur3dico entre otras se encuentran:

No es un propiamente un contrato, pero si es causa o consecuencia de uno.

Se origina en un negocio jur3dico, que puede o no ser solemne.

Se puede realizar a diferentes t3tulos.

Recae sobre cualquier clase de bien.

Le3 son aplicables las reglas generales del negocio en que se origine.

y seg3n la naturaleza de este, en algunos casos puede ser reglamentado por las partes.

Como negocio jur3dico **la cesi3n**, presupone el traspaso o transmisi3n del bien sobre el cual recae, en virtud del acuerdo de voluntades al que directa y reflexiblemente llegan los contratantes; siendo precisamente este acuerdo, es decir esa clara manifestaci3n de voluntad de las partes de ceder un determinado bien, y de la otra, de aceptar dicha cesi3n, una de las caracter3sticas especiales de la cesi3n. **En este negocio, el cesionario sustituye al cedente, gracias a la libre, directa y espont3nea voluntad tanto del uno como del otro, de manera que se trata de un negocio que b3sicamente tiene origen en la voluntad de los contratantes.**

Es de resaltar que la cesi3n constituye una forma de adquirir el dominio ya que en el fondo implica una tradici3n y como tal, admite varias modalidades como ser3a la compraventa, la permuta, la donaci3n, etc.

Por su parte **la adjudicaci3n** es otra forma de adquirir la propiedad, la cual **surge en virtud de un mandato legal y como consecuencia de un proceso judicial o privado en que no media el acuerdo de voluntades entre el anterior titular y el adjudicatario**, por cuanto la misma se origina no ya en el acto o negocio jur3dico como es la muerte o la liquidaci3n, y por tanto, **la sustituci3n que se produce en la titularidad del bien no obedece a un acuerdo directo de las voluntades** de aquellos.

De acuerdo con lo anterior, la adjudicaci3n se caracteriza principalmente por lo siguiente:

Opera por disposici3n de la ley, previo cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, requiriendo un proceso judicial o privado.

Se origina en un hecho jur3dico.

Es ajena a la voluntad de las partes.

Est3i sometida a las reglas del derecho com3n.

Á

En este orden de ideas se puede afirmar que **tales fen3menos jur3dicos en raz3n a su naturaleza y de la forma como se produce el cambio de la titularidad de los bienes, son distintos**, pudi3ndose realizar de maneras diferentes y que **dependiendo de su finalidad, existe variedad de solemnidades o requisitos contemplados en la ley, que son los que a la postre determinan el r3gimen jur3dico aplicable.**

Á

Visto entonces que la transferencia de cuotas puede obedecer bien a una cesi3n o bien a una adjudicaci3n, **se concluye en primer t3rmino que en virtud del art3culo 362 del C. de Co no es posible afirmar que toda transferencia implique una reforma estatutaria por la sencilla raz3n de que al tenor literal de la norma citada es claro, en el sentido de que dicha reforma solo se produce trat3ndose de la cesi3n y no de otro fen3meno jur3dico, como es el caso de la adjudicaci3n.**

Á

Tampoco puede pensarse que por el hecho de presentarse una modificaci3n en la composici3n del capital social con ocasi3n de una adjudicaci3n de cuotas deba llevarse a cabo una reforma estatutaria en raz3n a las siguientes consideraciones.

Á

La noci3n de reforma estatutaria nos permite establecer si frente a una circunstancia como la adjudicaci3n se estar3a ante un acto jur3dico como es la reforma, siendo necesario entonces determinar los elementos que contribuyan a conformar dicha noci3n en orden a establecer el alcance de la misma, elementos que son el referente al origen de la modificaci3n, encontr3ndonos que toda reforma debe tenerlo en la voluntad colectiva del m3ximo 3rgano social y, el referente a la consecuencia inmediata de la reforma cual es el que con ocasi3n de las mismas se produzca la modificaci3n, alteraci3n o adici3n de uno o m3is de los textos que conforman el estatuto social.

Á

De lo anterior se tiene que para que se d3e la noci3n de reforma es preciso que concurren simult3neamente los elementos que la conforman, pues la presencia de uno solo de ellos desfigurar3a la adecuaci3n del objeto de la definici3n dentro del contexto de aquella.

Á

As3 en el caso de **la adjudicaci3n**, es preciso considerar que si bien es cierto cuando versa sobre partes al3cuotas del capital social de una compa3a limitada, 3sta implica una modificaci3n en la cl3usula estatutaria contentiva de la composici3n de dicho capital, tambi3n es que la misma **no tiene su origen en la voluntad social expresada a trav3s del 3rgano rector, por lo cual al carecer del otro elemento se3alado, no reunir3a las condiciones necesarias para considerarse reforma estatutaria.**

Á

En efecto, **la adjudicaci3n** como fue dicho, surge de un hecho jur3dico que le da origen, es decir que es el hecho de **la muerte, de la liquidaci3n de la sociedad mercantil o de la sociedad conyugal** el que da lugar a determinadas consecuencias jur3dicas como es la mutaci3n en la titularidad de los bienes objeto de la adjudicaci3n, siendo **ajena siempre** a esta circunstancia **la voluntad de del m3ximo 3rgano social**, cuando entre tales bienes figuran cuotas sociales de una sociedad limitada.

Á

Finalmente **por el hecho de que la adjudicaci3n conlleve eventualmente una modificaci3n en la composici3n del capital social y el ingreso de un nuevo socio, no puede afirmarse que aquella implique una reforma estatutaria**, si se3 tiene en cuenta que la inclusi3n del nuevo socio debe ir aparejada de otro acto jur3dico que la haga posible como ser3a el aumento de capital, la cesi3n de cuotas o la adjudicaci3n, por lo cual el ingreso por s3 mismo no es reforma ya que obedece a un acto previo que constituye la causa de donde se deriva precisamente dicho ingreso.

Á

Con fundamento en lo expuesto, se afirm3 entonces que **la transferencia de cuotas con ocasi3n de una adjudicaci3n no constituye reforma estatutaria** y para que la misma tenga plena operancia basta que en el registro mercantil se inscriba el acta de liquidaci3n, cuando aquella se derive de la liquidaci3n de una sociedad, conforme a los art3culos 247 del C3digo de Comercio y 643 del C3digo de Procedimiento Civil o de la sentencia de participaci3n, o del acto contentivo de la adjudicaci3n, trat3ndose de la adjudicaci3n por causa de muerte o de la liquidaci3n de la sociedad conyugal, al tenor del numeral 7 del art3culo 611 del C3digo de Procedimiento citado y del numeral 5 del

artículo 1820 del Código Civil, todo ello **sin perjuicio de la obligación de protocolizar en una notaría y mediante escritura pública los documentos señalados** □□.

II. En el concepto que posteriormente fuera emitido, gira en torno a las inquietudes que surgen sobre las formalidades necesarias para efectuar la cesión de los derechos hereditarios vinculados a las acciones o cuotas sociales de una sociedad donde está previsto el derecho de preferencia a favor de los demás socios.

A ese respecto y luego de consultar las consideraciones de orden jurídico y conceptual a que hubo lugar y las cuales no viene al caso transcribir aquí, este Despacho precisa que tratándose de la sociedad de responsabilidad limitada y dada la ingerencia que en ella tiene el elemento intuitu personae, la legislación nacional ha supeditado la admisión de un tercero como socio, a la aceptación de la junta de socios como de manera expresa indica el numeral 1º del artículo 358 del Estatuto Mercantil, regla esta que como tal aplica cuando se trate del ingreso de un tercero en virtud de la transferencia de cuotas por causa de muerte y la cual opera según que dicho tercero sea un heredero o una tercera persona que no ostente tal condición.

Lo anterior teniendo en cuenta de una parte que la transferencia de cuotas o acciones por sucesión mortis causa, no se puede situar dentro del contexto de la negociación o la cesión, ya que éstas hacen relación a transferencias por actos voluntarios entre vivos y, como ya el Despacho lo precisó en el concepto anterior (Oficio SL- 43965 del 14 de diciembre de 1988) tales fenómenos jurídicos en consideración a su naturaleza y a la forma como se produce el cambio de la titularidad de las partes a cuotas, son distintos, razón por la cual el derecho de preferencia que de hecho aplicable en el caso de la negociación y la cesión, no lo es en relación con el traspaso por causa de muerte.

Ahora, como es sabido, en la sociedad limitada se presume la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido según lo dispuesto en el artículo 368 del estatuto mencionado, por lo cual, de no pactarse nada contrario o distinto, se entiende que es voluntad de los asociados que al fallecimiento de uno de ellos, sus herederos sean los continuadores de su participación en la sociedad, lo que significa que la aceptación referida ha sido previamente emitida en el contrato social y por consiguiente una vez ocurrido el hecho, el ingreso como socio del heredero del fallecido se presenta como simple desarrollo o ejecución del contrato citado, no siendo menester por consiguiente un pronunciamiento expreso del Órgano rector.

En cambio, cuando el adjudicatario de las cuotas del fallecido lo es en una calidad distinta a la de heredero, como cuando éste ha cedido previamente sus derechos hereditarios, es necesario además para su ingreso como socio, la aceptación como tal por parte de los asociados reunidos en junta de socios, al tenor del numeral 1º del artículo 358 citado.

Por consiguiente este Despacho expreso su criterio en el sentido de que en virtud de una cesión de derechos hereditarios, es viable que un tercero adquiera las cuotas de una sociedad en la cual está previsto el derecho de preferencia en la enajenación, en el entendido que para adquirir la calidad de socio en tal caso, se requerirá además de la correspondiente inscripción en el registro mercantil, la aprobación previa de su ingreso por parte del máximo Órgano social.

En este orden de ideas, armonizando la doctrina a que se ha hecho referencia se debe colegir entonces que **si bien la transferencia de cuotas sociales producto de la adjudicación, sea esta derivada de la sucesión por causa de muerte, de la liquidación de sociedad comercial o, de la liquidación de la sociedad conyugal, no constituye una reforma estatutaria en los términos y bajo las condiciones que establecen las disposiciones legales respectivas, el ingreso del tercero que en tal virtud de se verifique requerirá en todo caso de la aprobación previa por parte del máximo Órgano social, según los términos del numeral 1º del artículo 358 citado, salvo que lo sea en calidad de heredero del socio fallecido, independientemente de que en la sociedad está o no previsto el derecho de preferencia en la cesión de cuotas, cuyas reglas como ya se ha visto no resultan aplicables** □□. (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, siendo consecuentes con el criterio antes esbozado, en orden a resolver las inquietudes propuestas tenemos:

1. Es pertinente expresarle al consultante que si bien los conceptos proferidos por la Entidad no tienen carácter obligatorio ni comprometen la responsabilidad de la Entidad (Art. 25 C. C. A.), su estudio y conclusión obedecen al análisis e interpretación de las normas que regulan el

asunto objeto de examen, luego no puede afirmarse que el mismo resulta arbitrario o caprichoso. No debe olvidar el consultante que las entidades administrativas, entre otros organismos, en el caso particular la Superintendencia de Sociedades, la opinión que expresa en los asuntos que son de su competencia es el resultado del análisis del contexto de las normas societarias que regulan y desarrollan un tema en particular en procura de una mejor y clara interpretación de las mismas.

Â

Precisado lo anterior, con relación al derecho de preferencia en la cesión de cuotas debe manifestarse su obligatoriedad siempre que se consagre en la escritura de constitución o en posteriores reformas al contrato social, situación que como puede observarse del estudio antes transcrito difiere de la adjudicación que si bien es una forma de transferir la titularidad de las cuotas sus formalidades difieren de lo que el Ordenamiento Mercantil desarrolla como cesión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada. En otras palabras la adjudicación cualquiera que sea su causa no es una excepción al derecho de preferencia es consecuencia de un hecho jurídico acaecido como la muerte o la disolución de la sociedad comercial o conyugal.

Â

2. Salvo la autorización que debe impartir la junta de socios para el ingreso del nuevo socio, la transferencia de las cuotas sociales producto de la adjudicación como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, entre otros eventos, no constituye una reforma estatutaria en los términos que establece el artículo 362 del Código de Comercio que como tal requiere que sea aprobada por el máximo órgano social con las mayorías estatutarias o legales previstas para el efecto, basta entonces que acta de liquidación de la sociedad conyugal se inscriba en el registro mercantil.

Â

En este punto se reitera el texto del Oficio No. 43965 del 14 de diciembre de 1988 cuyo contenido fue acogido por la Superintendencia de Industria y Comercio en la providencia que revoca la decisión de la Cámara de Comercio de Casanare que se abstuvo de inscribir la inclusión de un nuevo socio y la modificación de las cuotas sociales de una sociedad, por considerar que no reunían los requisitos legales de las reformas, con el argumento de que *la transferencia de cuotas sociales con ocasión de una adjudicación, no constituye una reforma estatutaria que como la cesión de cuotas, deba sujetarse a las formalidades legales y estatutarias que para ese fin exigen los artículos 360 y 361 del Código de Comercio*, de donde resulta claro que no es aplicable la certificación prevista en el Art. 367 del Código de Comercio.

Â

3. La respuesta a este punto se encuentra implícita en lo antes expuesto pues en los eventos de adjudicación sea por causa de muerte o disolución de la sociedad conyugal o mercantil, al no tratarse de una cesión de cuotas que implica una reforma estatutaria, no le es aplicable a la adjudicación el trámite previsto para el ejercicio del derecho de preferencia.

Â

4. Nuevamente se reitera y aclara, el derecho de preferencia establecido estatutariamente es de obligatoria observancia tratándose de la cesión de cuotas operación que implica modificación al contrato de sociedad por expresa disposición de los asociados reunidos en junta de socios, adoptada con las mayorías previstas en la ley o en los estatutos para las reformas sociales.

Â

Por último, para la búsqueda de jurisprudencia en distintos temas se sugieren las páginas de la Rama Judicial; Secretaría del Senado, entre otras.

Â

Para mayor información e ilustración sobre temas societarios, se sugiere también consultar la página de Internet de la Entidad () o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.

Â

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo