

Oficio 220-104544 Del 2 de Noviembre de 2010

Asunto: No opera el derecho de retiro al efectuar la transformación de una sociedad tradicional a SAS.

Me refiero a su comunicación radicada bajo el No. 2010-01-258141, a través de la cual expone previamente una serie de consideraciones de carácter conceptual en torno a las implicaciones que representa frente al caso de una sociedad en comandita simple, la aplicación de las reglas que en materia de mayorías estableció la Ley 1258 de 2008 para la transformación de las sociedades tradicionales a la nueva forma de las Sociedades por Acciones Simplificadas, para luego consultar, si en ese evento tiene aplicación el derecho de retiro que prevén tanto la ley 222 de 1995 como la mencionada ley 1258.

Sobre el particular es preciso poner de presente que este Despacho en más de una oportunidad se ha pronunciado sobre el tema objeto de su inquietud y producto de la revisión reciente de su doctrina, nuevamente ha reiterado que la exigencia de la unanimidad de los asociados para aprobar la transformación a SAS, se extiende a todos los tipos societarios sin excepción y, esa exigencia como también lo ha manifestado antes, efectivamente hace inoperante el derecho de retiro, sin que sea dable colegir que so pretexto de esa circunstancia, la transformación se pueda aprobar con una mayoría diferente a la unanimidad de los asociados, amén de que quienes no acompañen la decisión tienen la posibilidad de ejercer el derecho de retiro señalado.

A ese aspecto en particular se refirió el Oficio 220-102024 del pasado 21 de octubre, cuya parte pertinente viene al caso transcribir para los fines de su solicitud, no sin antes precisar que los efectos del pronunciamiento citado son los consagrados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y adicionalmente, que en la P. WEWB WWW.supersociedades.gov.co podrá acceder entre otros a los conceptos jurídicos que emite la Entidad.

Es así como frente a la consulta que le fuera formulada sobre las inquietudes que surgirían en el evento resultar aceptable la apreciación planteada entonces, en el sentido de que el requisito de la unanimidad a que alude el artículo 31 de la mencionada Ley 1258, sólo sería obligatorio en el caso de sociedades por acciones, el Despacho en el mismo orden de los argumentos propuestos manifestó entonces lo siguiente:

Establece la disposición legal invocada que *Cualquier sociedad podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.*

De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

PARAGRAFO. El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa.

A partir de ese contenido y especialmente de la indicación explícita de que la determinación unánime es predicable de los titulares de la totalidad de las acciones suscritas se explicaría según su planteamiento que la exigencia de esta mayoría sólo aplica para el caso de las sociedades por acciones, como quiera que es en ellas donde se presenta esa particular modalidad de partes alícuotas, no así en los demás tipos societarios como las colectivas, las de responsabilidad limitada o las en comandita simples, donde son otras las modalidades, como las partes de interés social o las cuotas sociales.

Aun cuando ello si duda es cierto, la sola utilización en el texto legal de la expresión acciones suscritas no permite arribar a una consideración de esa índole, como efectivamente podría suceder en otras circunstancias con base en un criterio de interpretación literal o exegético y a cuyo amparo es dable deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata 1 principio que encuentra 1 Del autor francés Claude Du Pasquier. respaldo normativo en nuestro Derecho en el artículo 27 del Código Civil². Sin embargo es ostensible que el mismo texto como tal no utiliza solamente la expresión destacada, sino que igualmente recurre a la expresión asamblea o junta de socios para efectos de atribuir la competencia en cuanto a la decisión de transformación, amén de que el término empleado para referirse a quienes deben tomar la decisión unánime en el seno del respectivo órgano fue el de asociados . Como es sabido, la asamblea identifica al órgano de dirección de las sociedades por acciones y constituye el escenario que permite la concurrencia de los accionistas de la sociedad con miras a la conformación de la voluntad social a través de la expresión de la voluntad colectiva de ellos, mientras que la Junta de Socios representa exclusivamente el órgano de dirección de las sociedades tradicionalmente consideradas de naturaleza intuitus personae o de personas, como lo son las sociedades colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada. Una somera revisión a las distintas normas que en el Estatuto Comercial se refieren a este específico órgano social basta para corroborar esta afirmación.

Por su parte, el término asociado dentro del contexto de la ley societaria colombiana tiene una connotación universal o genérica, en tanto identifica por igual a quien participa como aportante de capital en cualquiera de los tipos societarios, a diferencia del que alude específicamente al aportante de una sociedad de los tipos societarios mencionados, en cuyo caso el término pertinente es el de socio o aportante para aquellas y el de accionista para las sociedades anónimas. Es así como el Código de Comercio en todos los acápite que integran la Parte General por su aplicación a todos los tipos societarios, emplea el vocablo de asociado, para referirse a las personas que intervienen en la constitución del ente jurídico o a las que posteriormente ingresan al mismo, ya en forma directa, o en forma derivada, diferente a lo que ocurre a partir del Título III del Libro II del Ordenamiento destinado a regular los distintos tipos societarios, donde la persona o ente aportante, pasa a identificarse como socio en las sociedades de personas y como accionista, en las de capital, cuyo prototipo como se sabe, es la anónima.

Las razones expuestas ponen de manifiesto que al tomar en consideración exclusivamente el sentido literal del texto legal que se analiza, es decir haciendo una interpretación gramatical de la misma, no es posible inferir de una forma categórica que la exigencia de la unanimidad sólo sea exigible en relación con las sociedades donde la participación esté representada en acciones suscritas como 2 Reza este texto legal que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu la en comandita por acciones y la anónima y en esta medida, no es dable admitir tampoco que sólo sean éstos los dos tipos societarios destinatarios del precepto legal invocado.

Esta consideración resultaría en gracia de discusión aceptable si al señalar en la norma los demás elementos necesarios para la estructuración de la transformación al nuevo tipo societario introducido por la citada ley, se hubiere circunscrito a la asamblea, al indicar el órgano social facultado para adoptar la determinación y eventualmente, a los accionistas, al mencionar los sujetos llamados a tomar la decisión unánime.

En otras palabras, al aludir la norma a la decisión de la asamblea o junta de socios como condición para llevar a cabo la transformación, excluye la posibilidad de que sólo las sociedades por acciones requieran la unanimidad de sus asociados para que proceda ésta, por la razón elemental de que no es la junta de socios el órgano social que opera dichas sociedades, sino en los otros tipos societarios. Además y consecuente con esa premisa, no se circunscribió la norma a exigir la decisión unánime de los accionistas, expresión exclusiva de la sociedad anónima, aunque no así de la en comandita por acciones, pero tampoco ajena a ella, amén de la referencia expresa que efectúa el artículo 343 del código citado al regular el número mínimo de asociados exigidos para éstas.

Por lo tanto, al no ser suficiente el método de interpretación gramatical para desentrañar el alcance de la disposición legal invocada, en cuanto hace a las sociedades respecto de las cuales aplica la exigencia de la unanimidad de sus asociados para efectos de su migración al nuevo tipo societario, es preciso acudir a otras consideraciones. Para ese fin propone Usted como referente la evolución que tuvo el correspondiente Proyecto de Ley presentado al Senado de la República, que utilizaba la expresión titulares del cien por ciento del capital, ciertamente diferente al texto final, de lo cual se podría deducir en su opinión una intención del legislador en el sentido de limitar la unanimidad sólo a las sociedades mencionadas antes.

Esta manera de análisis, que responde al método de interpretación histórica y que en opinión del autor Claude Du Pasquier consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se han representado la futura aplicación de los textos elaborados para lo cual es necesario examinar los primeros proyectos de la ley que se trata y compararlos con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento, exige revisar el desarrollo que tuvo en el Congreso el Proyecto de Ley mencionado.

El anterior texto, no obstante, fue objeto de modificación en el primer debate, cuando se propuso y aprobó el siguiente: Artículo 31. Transformación. Cualquier sociedad **excepto las vigiladas por la Superintendencia Financiera**, podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, siempre y cuando que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación de los asociados titulares **de las tres cuartas (3/4) partes del capital**. La determinación correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

*De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre y cuando que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante determinación de los asociados titulares **de las tres cuartas partes (3/4)** de las acciones suscritas.*

Esta modificación tuvo como propósito dejar establecido que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera no podían convertirse en sociedades por acciones simplificadas para acoger así la propuesta que en su momento formulara el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según se lee en el informe de ponencia que se presentó para el segundo debate publicado en la Gaceta 605 de 2.007. Sin embargo se debe observar cómo en esta primera instancia, donde además se cambió de manera indiscriminada el porcentaje requerido para la aprobación, se mantuvo como base del mismo el concepto de capital y no de acciones suscritas.

Al iniciar su tránsito por la Cámara de Representantes, en la que se le asignó al mencionado Proyecto el número 241, el texto que se analiza fue nuevamente objeto de modificación en el primer debate cuando se tomó la decisión de □Regresar a la versión original del artículo 31 del proyecto de ley, pues la exigencia de la unanimidad para adoptar las decisiones referentes a la transformación, permite en una sociedad cerrada, como la propuesta, proteger en debida forma los derechos de los socios minoritarios. Por otra parte, al abandonar la teoría de la negociación en bolsa de estas acciones, no es necesario surtir trámite alguno ante la Superintendencia Financiera, logrando la flexibilización requerida en términos societarios□ según reza el respectivo informe de ponencia publicado en la Gaceta 248 de 2.008;

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 31 tantas veces citado quedó como sigue, □Transformación. Cualquier sociedad podrá transformarse en Sociedad por Acciones Simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

De igual forma, la Sociedad por Acciones Simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

Parágrafo. El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión, se proponga el tránsito de una Sociedad por Acciones Simplificada a otro tipo societario o viceversa□.

El texto transcrito que como se ha visto, fue el que se aprobó finalmente como parte de la ley 1258 de 2.008, no incluyó en esta oportunidad el concepto de capital para efectos de determinar la unanimidad exigida, sino que empleó ciertamente la expresión acciones suscritas. Sin embargo, en los antecedentes que dan cuenta del proceso de formación de la ley y tal como quedó expuesto, no se evidencia razón alguna que hubiere servido de fundamento a tal cambio y en especial, no quedó consignado ni se insinuó siquiera que la modificación hubiere obedecido a una determinación o voluntad real del legislador de excluir el requisito de la unanimidad para las sociedades que no fueran por acciones. Por el contrario, queda claro que si bien en ese proceso se pretendió hacer una exclusión, esta solo se consideró respecto de las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera, la que finalmente no se materializó al estimar que por ser este tipo societario más propicio para la pequeña y mediana empresa, no era pertinente permitir la negociabilidad de sus títulos en el mercado público de valores como en un momento dado se pensó y, que era el escenario bajo el cual se justificaba la exclusión que fuera intentada, según las consideraciones que en su momento se evaluaron.

En este orden de ideas, bajo la perspectiva del método de interpretación comentado, tampoco es posible deducir con claridad ni certeza que la unanimidad exigida para el tránsito a la forma de las SAS, sólo se predique de las sociedades por acciones.

Así las cosas y para seguir el orden de sus argumentos, corresponde abordar el análisis tomando en consideración ahora el derecho de retiro de cuya mención en el artículo 30 de la ley, deriva la apreciación según la cual la exigencia de la unanimidad en cualquier sociedad, haría inaplicable tal derecho frente a la transformación a la forma de la SAS. Corresponde esta propuesta al método de interpretación sistemática respaldado en el artículo 30 del Código Civil, conforme al cual el □contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía□, de forma tal que en el presente caso, la supuesta oscuridad del artículo 31 tantas veces señalado, en cuanto hace a las sociedades destinatarias del requisito que impone la unanimidad, se pueda resolver acudiendo a otros apartes de la propia ley.

A este propósito se ha de precisar como punto inicial que la finalidad de la regulación contenida en el artículo 30 antes citado, no es otra que hacer extensiva a las sociedades por acciones simplificadas las normas relativas a la fusión, escisión y transformación que son aplicables a los demás tipos societarios, así como las normas sobre el derecho de retiro al que podría haber lugar con ocasión de tales operaciones. En este contexto, dicha norma legal ha de ser entendida para los fines de la transformación de una sociedad por acciones simplificada a cualquiera de los otros tipos societario, mas no en el supuesto contrario, que es el escenario dentro del cual se viene analizando la pertinencia de la unanimidad como condición para la respectiva transformación. Para tales eventos la remisión habrá de ser directamente a las disposiciones que desarrollan las figuras jurídicas indicadas.

En este orden de ideas la disposición señalada se debe relacionar con el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31, que se ocupan en particular de la migración de una sociedad por acciones simplificada a uno cualquiera de los otros tipos societarios, bien sea por la transformación de la misma, o cuando se dé cómo consecuencia de un proceso de fusión o de escisión, casos en los cuales se impone también el requisito de la aprobación unánime de todos sus accionistas, exigencia que en efecto hace inoperante el derecho de retiro tal y como lo ha manifestado esta Entidad en oportunidades anteriores³, salvo el caso de la denominada fusión abreviada de la que trata el artículo 33 de la ley 1258, que prevé precisamente un procedimiento abreviado para el caso de la fusión de una 3 Oficio 220-038130 del 6 de febrero de 2.009 sociedad por acciones simplificada con la sociedad que detente en ella más del 90% de sus acciones suscritas.

Ahora bien, no es concepto de este Despacho suponer que la circunstancia de ser inoperante el derecho de retiro en los casos de transformación de una sociedad tradicional a la nueva forma de las SAS, sea motivo suficiente para concluir sobre la viabilidad de que sociedades que no son por acciones, pueden aprobar ese acto por una mayoría diferente a la conformada por la unanimidad de los asociados y de esta manera, quienes no acompañen eventualmente la decisión, puedan ejercer el señalado derecho de retiro.

Lo anterior porque el hecho de ubicar el derecho de retiro como presupuesto para justificar la exigencia de una mayoría diferente, según que la sociedad a transformarse sea o no por acciones, implicaría de alguna manera suponer que la transformación per se, da lugar al ejercicio del mencionado derecho por parte de los accionistas o socios ausentes o disidentes, cuando es claro según las reglas que desarrollan la materia, que su procedencia está supeditada al hecho de que con la transformación, la fusión o la escisión se imponga a los socios una mayor responsabilidad o una desmejora en sus derechos patrimoniales, como lo establece el artículo 12 de la Ley 222 de 1.995. Es decir, el derecho de retiro no está previsto en la ley como un requisito sine qua non o un elemento esencial en los señalados procesos, sino que su ocurrencia es accidental según los términos en que se vaya a realizar la operación respectiva. La transformación de una sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo, a una sociedad anónima, por el tipo de responsabilidad que impera en una y otra frente a determinado tipo de obligaciones, impide la causal de retiro por incremento de responsabilidad, indistintamente del mayor o menor número de asociados in conformes o ausentes, igual a lo que ocurriría incluso en el evento de la transformación a una sociedad por acciones simplificada⁵.

De otra parte y considerando que cualquier ejercicio interpretativo que recaiga sobre contenidos normativos tendientes a desentrañar su alcance, ha de consultar necesariamente la Constitución Política a fin de que se opte siempre por el resultado que desarrolle de la mejor manera los principios, valores y reglas

4 Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2.009

5 No se vislumbra la posibilidad de que esta transformación pueda conllevar una mayor responsabilidad para los asociados si se tiene en cuenta la clara limitación de la misma que caracteriza a este nuevo tipo societario, donde los accionistas por su condición de tales, están expresamente eximidos de asumir responsabilidad personal por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad, en los términos del artículo 1 de la ley.

establecidos en la Carta, es indispensable verificar sí al concluir que para efectos de la transformación a SAS, se exija un régimen de mayoría distinto según el tipo al que pertenezca la sociedad que pretenda transformarse, resulta acorde a esos presupuestos.

Uno de los principios cardinales y que recurrentemente es materia de análisis cuando quiera que se expiden regulaciones que efectúan distinciones según los sujetos o las situaciones, es el de igualdad⁶. En este contexto es sabido que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha aceptado que exista una política legislativa bajo cuyo desarrollo se pueda regular de manera diferente según las personas, pero también ha señalado que esas diferencias *deben tener una justificación objetiva y razonable*⁷.

Desde esta perspectiva no se advierte a juicio de este Despacho la existencia de una circunstancia o razonamiento que objetivamente justifique el hecho de que unas sociedades determinadas requieran el consentimiento de todos sus socios para hacer el tránsito a las SAS y otras, por el contrario, puedan hacerlo con el consentimiento de algunos de ellos y, que al unísono conformen una predeterminada mayoría suficiente para dar el paso a la nueva forma societaria. No cabe duda que esta nueva sociedad tiene características que la diferencian significativamente de las demás contempladas. Como lo expresó la Corte Constitucional, existe *una diferencia marcada entre el régimen de la sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las SAS. Puede afirmarse que estas últimas responden a un paradigma conceptual totalmente distinto inspirado en la flexibilidad, el énfasis en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de funcionamiento, la agilidad en los procedimientos y la deferencia a las decisiones estatutarias en preferencia a las disposiciones legales*⁸

Siendo ello así, es comprensible que cualquier sociedad pretenda o considere la posibilidad de adoptar el nuevo tipo societario con el fin entre otros de beneficiarse todas o algunas de las características que el mismo ofrece. De hecho es conocido en el medio el gran número de sociedades que lo han implementado en el corto periodo de vigencia de la ley. En ese sentido resulta claro que todos los

6 Consagrado en el artículo 13 de la Constitución y a cuyo tenor, todas las personas deben recibir *la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*

7 Sentencia T-230 de 1.994.

8 Sentencia C-014 del 20 de enero de 2.010. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

entes societarios deben disponer por igual de la misma posibilidad y estar sujetos a uno mismos requisitos para el efecto, salvo que pudiese definirse la existencia de motivos razonables y objetivos que justifiquen unas condiciones diferentes, que son las que esta Entidad no observa. Por el contrario, atendiendo al elemento que comporta la exigencia de la unanimidad que supone la coincidencia de una

pluralidad de sujetos, pareciera más razonable, tal vez, que esa mayoría no se exigiera en aquellos tipos societarios donde podría concurrir eventualmente un amplio número de sujetos dado que esta circunstancia puede dificultar que se obtenga esa coincidencia unánime, distinto a lo que ocurre en los tipos societarios de naturaleza intuitus personae, donde lo común o usual es la existencia de un número reducido de personas y por lo tanto, una mayor posibilidad de lograr consensos unánimes.

De otra parte no es posible desconocer los motivos que explican la exigencia de la unanimidad establecida en la ley. Como lo pone de presente usted al traer a colación la opinión del profesor Francisco Reyes Villamizar, de la que se aprecia que tal exigencia obedece a que la □mayor exposición al riesgo al que podrían quedar sujetos los asociados que no han tenido la oportunidad de estipular las cláusulas que han de regir las relaciones intrasocietarias en esta forma asociativa, justifica un derecho de veto a favor de todos los asociados de compañías de otro tipo que pretendan migrar hacia la SAS□ 9, amén de que la misma no tuvo su origen o iniciativa en la norma nacional, sino que como el citado autor señala, tuvo su inspiración en la legislación francesa.

Y es que la transformación, no implica simplemente el acto o la decisión de modificar la forma de la sociedad sino, lo que sin duda resulta fundamental, conlleva la definición de las reglas que en todo orden habrán de regir a la compañía bajo su nueva forma societaria, reglas que dada la flexibilidad que caracteriza a las SAS, pueden implicar una modificación radical en la estructura bajo la cual venía funcionando la sociedad. En otras palabras, las reglas bajo las cuales todos se asociaron pueden sufrir un total viraje con ocasión del paso a la nueva forma asociativa. Por ejemplo de una sociedad con un objeto social determinado se puede pasar a una con un objeto social amplio o indeterminado o, de un término de duración preciso a una vigencia indefinida, de una sociedad en la que existe una junta directiva donde todos los asociados tienen vocación a participar en la administración a través de sus miembros, a una en que no existe este instrumento o, incluso de una sociedad sin posibilidades de exclusión de sus asociados, a una que de lugar a la señalada exclusión por diversos supuestos, entre otros. Esta realidad en opinión de ese Despacho impone que todos los

9 En su libro SAS La Sociedad Por acciones Simplificada, Legis S.A.. Primera Edición 2.009

socios o accionistas de la sociedad que pretendan el tránsito a la nueva forma societaria, coincidan en las reglas que se estipulen.

Con base en las consideraciones antes expuestas, es dable responder que esta Superintendencia a pesar de lo respetables que resultan sus planteamientos, no comparte la apreciación que su consulta propone y en tal virtud, reitera su concepto en el sentido de que la exigencia de la unanimidad de los asociados para efectos de la transformación a SAS, es aplicable respecto de cualquiera de los tipos societarios y no solamente de las sociedades por acciones. Una sociedad anónima o una sociedad en comandita por acciones requiere para ese fin el consenso de todos sus accionistas y por lo tanto, el voto correspondiente a la totalidad de las acciones suscritas y en circulación. De igual manera, una sociedad colectiva, o de responsabilidad limitada o en comandita simple, demanda la conformidad de todos sus socios y por consiguiente, del voto correspondiente a la totalidad de las partes de interés social o de las cuotas sociales en que se divida su capital social.□