

OFICIO 220-156602 DEL 05 DE NOVIEMBRE DE 2013

REF: REVISIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE TRANSFERENCIA DE CUOTAS SOCIALES CONSECUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el No.2013-01-374054, en la que solicita que se rectifique el concepto contenido en el Oficio 220- 058026 de 25 de julio de 2012, a través del cual esta Superintendencia expuso las conclusiones a que hubo lugar, luego de la revisión efectuada a los diversos pronunciamientos existentes en torno al tema de la cesión y la adjudicación de cuotas sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y particularmente de las consideraciones y las argumentos de orden normativo y jurisprudencial que le han servido de apoyo al criterio que de tiempo atrás ha sostenido, frente a la adjudicación de cuotas originada en la liquidación voluntaria de la sociedad conyugal, conclusiones que el Comité de Integración Jurídica y Doctrinal encontró ajustados en todo a derecho y constituyen la doctrina vigente de esta Entidad en la materia, específicamente en el sentido de que concluir que:

“...transferencia de cuotas sociales producto de la adjudicación, bien que sea derivada de la sucesión por causa de muerte, de la liquidación de sociedad comercial o, de la liquidación de la sociedad conyugal aunque sea voluntaria, no comporta el sometimiento al derecho de preferencia, lo que no obsta para que el ingreso del tercero (aquel que no tiene la calidad de socio) , deba contar en todo caso con la aprobación de la junta de socios adoptada con el voto favorable de un numero plural de socios que represente la mayoría absoluta de los socios, según lo exigen los artículos 358 numeral 1º y 359 del Código citado, independientemente de que en la sociedad se encuentre o no previsto el derecho de preferencia en la cesión de cuotas, cuyas reglas como se ha confirmado, no resultan aplicables.”

Contrario a las razones que en la oportunidad anterior se esgrimieron y que llevaron a analizar una vez más el tema, cuando lo que se cuestionó fue el criterio de la Entidad al considerar que el derecho de preferencia y por ende el procedimiento que conlleva el mismo, no resulta obligatorio tratándose de la adjudicación de cuotas que se lleve a cabo por razón de la liquidación de sociedad conyugal voluntaria por las razones que han sido ampliamente debatidas en el plano doctrinario, ahora manifiesta Usted que es errada y que vulnera la ley la conclusión que en tal sentido se reiterara en el oficio citado, porque la exigencia legal en virtud de la cual se exige contar con la aprobación de la Junta de Socios para el ingreso como socio del cónyuge adjudicatario de unas cuotas sociales como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, a su juicio “constituye una intromisión de la Superintendencia, y de terceros en un asunto netamente familiar”, además de que es “un requisito ausente en toda la legislación civil y de familia”, apreciación frente a la cual es preciso llamar desde ya la atención, en que lejos de ser una arbitrariedad creada por esta superintendencia como ud afirma, se trata de una exigencia que tiene un claro soporte normativo de orden legal, que si bien no hace parte de la legislación civil y de familia, sí está expresamente consagrado en la legislación comercial y como tal, es norma de derecho positivo y de obligatorio cumplimiento para los fines que la institución en su marco natural regula.

En efecto, de conformidad con el numeral 1º, artículo 358 del Código de Comercio, una de las atribuciones reconocidas de manera expresa a los socios en las sociedades de responsabilidad limitada, es la de resolver todo lo relativo a la cesión de cuotas, “así como a la admisión de nuevos socios”, siendo indiscutible que el ingreso de nuevos socios, cualquiera sea el hecho o acto jurídico en que tenga origen, al no hacer la norma distinción alguna, impone la conformidad o aceptación de parte de los socios, expresada como es obvio en Junta de Socios y, por tanto su aprobación adoptada con el voto favorable de la mayoría prevista en los estatutos sociales respectivos o en su defecto, con la mayoría ordinaria establecida en el artículo 359 del mismo Código.

Y es que mal podría desconocerse el carácter personalista que ostenta este tipo societario en el sistema legal colombiano, que justifica el tratamiento concebido para las sociedades *intuitus personae*, en las que la calidad o condición de cada uno de los individuos o los entes que se asocian a través de la mismas, tiene una singular relevancia, por lo que cualquier modificación en la conformación del capital que ocurra con posterioridad a la constitución de la sociedad, debe contar con el consentimiento de los socios originarios o de los que tengan esa calidad al momento de producirse la alteración de que se trate.

Esta sola característica bastaría para explicar la exigencia que contempla la disposición legal invocada, cuya aplicación como se ha dicho tiene lugar siempre que a la sociedad haya de ingresar un tercero, en el entendido que no es solamente cuando el ingreso dependa de la voluntad exclusiva de los socios, pues esta consideración circunscribiría ese requisito al ingreso que tenga origen en la cesión de cuotas o, en el aumento del capital con nuevos aportes y lo tornaría por demás inane, ya que al implicar una reforma estatutaria, éstos de todas maneras requieren la aprobación de los socios, amén de que la norma es explícita al hacerlo exigible frente a dos eventos claramente diferenciados: la cesión de cuotas y la admisión de nuevos socios.

La legislación civil y particularmente el régimen relativo a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal del que se ocupó este Despacho en el oficio aludido, no contempla ninguna regla de la que se infiera una eventual inaplicación de ese requisito específico, referido a un bien en particular y no obviamente al universo de los bienes que puedan conformar la masa de gananciales.

No puede ser de recibo su apreciación en cuanto a que de los efectos de la partición se desprenda con base en el artículo 1401 del Código Civil, que en la adjudicación no existe tradición, sino tan solo el reconocimiento de un derecho preexistente, de suerte que pueda considerarse que el cónyuge no socio tenga desde el inicio el derecho a ser reconocido como tal al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, pues de una parte, el mismo tenor literal de la norma establece que el reconocimiento al que alude, se entiende respecto al derecho sucesoral sobre los bienes que se consideran radicado en cabeza del asignatario a partir del fallecimiento, indistintamente de que su adjudicación ocurra con posterioridad a la partición y de otra parte, porque el artículo 765 del mismo Código, atribuye a las sentencias de adjudicación y a los actos legales de partición, entre otros, justo título “traslativo de dominio”.

Ahora bien, no se puede perder de vista como se indicó en el oficio citado, que la voluntad de marido y mujer no puede modificar las reglas que rigen la sociedad conyugal “por ser institución de orden público familiar” según la jurisprudencia invocada de la Corte Suprema de Justicia, pero sí pueden éstos acordar los bienes que específicamente habrán de conformar los gananciales que a cada cual correspondan; de allí que sea dable entender que la liquidación de la sociedad conyugal no comporta inexorablemente la distribución paritaria de las participaciones sociales que uno de ellos tuviere en una sociedad del tipo de las de responsabilidad limitada, sino que las condiciones de la distribución obedecerá en cada caso a la libre decisión de los cónyuges al momento de la partición.

Por último, tampoco es posible sustentar que no sea aplicable el requisito aludido, en razón a la prevalencia del Código Civil sobre el Código de Comercio que establece la regla de hermenéutica contenida en el artículo 10 del primero de los códigos, por la sencilla razón de que esa prevalencia sólo opera frente el caso de normas que encontrándose en uno y otro código, sean incompatibles entre sí por ser contradictoria una de otra, presupuesto que no se verifica en este evento, pues la exigencia de que trata la norma mercantil, no es objeto de ningún tratamiento en la ley civil, en la que no existe siquiera disposición que contenga regla alguna que resulte contraria a aquella.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que los argumentos aducidos para justificar su inconformidad, no sirven de fundamento para reconsiderar las conclusiones objeto del concepto inicialmente citado, en particular la que atañe a la necesidad de obtener la aprobación de la junta de socios que establece el artículos 358 de Código de Comercio para los casos en que la adjudicación de cuotas producto de la liquidación de sociedad conyugal, suponga el ingreso de un tercero a la sociedad, es pertinente ocuparse en su orden de las inquietudes que al efecto plantea en su escrito.

1. La ley no contempla un momento específico en el que deba someterse a consideración de la Junta de Socios el ingreso de quien pretende adquirir la condición de socio, pero tratándose de la liquidación de la sociedad conyugal originada en el mutuo acuerdo de los cónyuges, lo indicado en concepto de este Despacho sería que ello en la medida de lo posible se realice antes de otorgarse la correspondiente escritura pública, pues de no obtenerse la aprobación del órgano social para el ingreso del eventual cónyuge adjudicatario de parte de las cuotas, podrían los cónyuges convenir una distribución diferente de los bienes que hacen parte de la masa de gananciales.

2. Si en evento anterior se opta por someter previamente a consideración de la Junta de socios el ingreso del cónyuge no socio que sería adjudicatario, el mismo no está llamado de ninguna manera a participar en la reunión, ni menos en la decisión correspondiente, toda vez que el derecho de concurrir con aptitud para intervenir mediante la deliberación y el voto en las reuniones del mencionado órgano social, está reservado exclusivamente a quienes ostenten la calidad de socios por figurar así en el respectivo registro mercantil, situación que no se podría predicar de aquel cónyuge.

3. La ley no establece requisitos ni tratamiento alguno que haya de cumplir quien pretenda ser admitido como socio, por lo cual habrá de estarse a lo que prevean para ese fin los estatutos sociales; en su defecto, será enteramente discrecional de los socios determinar en cada caso el sentido de su voto al momento en que se someta a consideración de la Junta de Socios la decisión respectiva.

4. En una sociedad de dos socios, en la que uno es el cónyuge cuyas cuotas pretenden distribuirse mediante la liquidación de la sociedad conyugal, no será procedente el ingreso del eventual adjudicatario, si no se cuenta con el voto favorable del otro socio, pues según las reglas en materia de adopción de decisiones del máximo órgano social, se requiere el voto de un número plural de socios, que representen la mayoría consagrada en los estatutos, o en su defecto las que contemplan los artículos 359 y 360 del Código de Comercio, sin perjuicio de aquellas mayorías especiales que expresamente establece la ley.

5. Si el ingreso se sometiere a consideración de la junta de socios después de otorgada la escritura de liquidación de la sociedad conyugal y el este órgano no lo aprobare, se impondrá en primera instancia aplicar las reglas que los estatutos consagren para ese efecto; en su defecto y atendiendo que ya el cónyuge tendría en ese evento un derecho patrimonial originado en las cuotas asignadas, sería viable como solución acudir la regla que el artículo 321 del señalado Código establece para el caso de la sociedad colectiva, cuando ésta no pudiese continuar con los herederos de un socio fallecido, y según la cual, habría lugar al pago del correspondiente aporte por el valor que se acuerde entre las partes o por el que fijen peritos, con advertencia en todo caso de que si el pago se hace mediante un reembolso que conlleve una disminución del capital social, será necesario acreditar los requisitos previstos en artículo 145 ibidem, amén de la autorización de esta Superintendencia a que hubiere lugar.

6. El hecho de formalizar la adjudicación de las cuotas sociales al cónyuge que no era socio sin cumplir con el requisito de la aprobación de los socios y por ende de otorgarle la calidad de socio, dado el registro mercantil del acto de adjudicación o del correspondiente instrumento público, podría conllevar una sanción de nulidad mediante el ejercicio de las acciones judiciales que fueren del caso.

7. El requisito de la aprobación por parte de los socios para el ingreso del cónyuge adjudicatario como socio de la compañía a juicio de este Despacho no puede ser suplido con la intervención del juez en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal, pues tal exigencia como ha quedado visto es independiente a la decisión que pudiese darse en desarrollo del correspondiente proceso judicial.

En los anteriores términos su solicitud se ha atendido, debiendo advertir para claridad del peticionario, que de conformidad con el Artículo 28 del C.C.A. los conceptos emitidos por esta Superintendencia en respuesta al derecho de petición en la modalidad de consulta, como es el caso de ésta y las que han dado origen a los pronunciamientos que su solicitud cuestiona, expresan una opinión o punto de vista de carácter general sobre las materias a cargo de esta Entidad, que no están dirigidas a definir situaciones individuales

o concretas y como tal no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad .