

220-24650, 18 de mayo de 2005

Ref: Del derecho de retiro y la "reconstitución de la sociedad"

Me refiero a su comunicación radicada con el No. 2005-01-010544, mediante la cual eleva una consulta que plantea diversos interrogantes relacionados con el derecho de retiro y la figura denominada "reconstitución de sociedad", temas sobre los cuales viene al caso efectuar algunas consideraciones generales, antes de responder puntualmente sus inquietudes.

EL DERECHO DE RETIRO O DE RECESO.

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

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

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

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

De lo expuesto, es claro el carácter restrictivo que el legislador le imprimió a esta figura jurídica, tanto por la precisión y por ende limitación de los supuestos que dan lugar a ella, como por los eventos conducentes a que el fin principal y último de este derecho, cual es el reembolso de los aportes, tenga real ocurrencia.

LA RECONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

En lo referente a la **reconstitución de la sociedad**, término que por demás no corresponde exactamente al fenómeno que se verifica, tiene su sustento en el Artículo 250 del Código de Comercio y su finalidad es permitir que una sociedad disuelta y en estado de liquidación, pueda continuar en cuanto a su negocio o actividad empresarial, a través de una nueva sociedad constituida para asumir el ejercicio o explotación de ese mismo negocio o actividad y obviar de esta manera, el fin último al que estaría expuesto uno u otra, cual es la extinción o terminación por la distribución que en últimas tendría que hacerse de los remanentes sociales a favor de todos los socios.

Si bien esta entidad consideró en su momento que éste era un fenómeno diferente del que trata el Artículo 180 del Código citado, comúnmente conocido con la denominación de **fusión impropia**, encuentra propicia esta oportunidad para recoger el concepto que en ese sentido emitiera a través del Memorando 100-183 del 25 de mayo de 1994, y en su lugar retomar el criterio anterior, admitiendo como lo ha considerado en su mayoría la doctrina nacional, que constituyen un mismo fenómeno jurídico, los eventos regulados en los artículos 180, 250 y 251 del Código citado, pues la trascendencia del instrumento que la ley posibilita mediante las reglas allí prescritas, radica precisamente en la aludida continuidad del negocio o actividad empresarial a través de un nuevo sujeto de derecho, lo que debe suponer a su vez la permanencia tanto de los derechos, como de las obligaciones propios del negocio o

actividad y por consiguiente, de elementos tanto del activo como del pasivo, lo cual es comprensible dada la realidad económica y jurídica de uno u otra.

Siendo ello así, no resulta consecuente entonces entender que el artículo 250 contempla un fenómeno jurídico distinto al consagrado en el artículo 180, como lo estimó anteriormente este Despacho, bajo supuesto de que el primero tendría lugar en el caso de sociedades disueltas en las que fue pagado el pasivo externo, restando únicamente la cancelación del remanente social y el segundo, en los casos en que hay pasivo externo sin cancelar, ya que en realidad tal apreciación no tiene un respaldo explícito en los textos legales enunciados y sí por el contrario, pareciera inconsistente, si nos atenemos al tenor literal del artículo 251 citado.

En efecto, la circunstancia de que esta última disposición remita expresamente a las normas pertinentes sobre fusión y enajenación de establecimientos de comercio para efectos de la realización del acto referente a la constitución de la nueva sociedad, comporta un reconocimiento al hecho de que pueden existir obligaciones con terceros y por ende, de pasivo externo a cargo de la sociedad, pues de otro modo, carecería de sentido la remisión señalada, teniendo en cuenta que uno de los aspectos esenciales de los procedimientos de fusión y enajenación de establecimientos de comercio, está representado precisamente en los mecanismos de protección a terceros insertos en los mismos.

A lo anterior cabe agregar que el efecto de la constitución de la nueva sociedad con observancia de la forma que prescribe el artículo 251 ídem, es que la nueva sociedad sustituya a la anterior todas las obligaciones, **"con todos sus privilegios y garantías"**, conforme reza la disposición invocada, refiriéndose así al carácter que pueden revestir determinadas obligaciones que un ente societario suele adquirir con terceros, tal es el caso de las originadas en la naturaleza de la relación existente, como por ejemplo las laborales o fiscales que gozan de un privilegio legal reconocido en las reglas clásicas de la legislación civil o, las que son objeto de un especial tratamiento contractual, como aquellas con garantía real, todo lo cual confirma que tales obligaciones no están circunscritas a las existentes con los propios asociados por su condición de tal, que son las que conforman el pasivo interno de la compañía.

Por último, considerando la finalidad de la constitución de una nueva sociedad, regulada como figura jurídica propia y autónoma en nuestro derecho mercantil, la unicidad de los distintos requisitos contemplados en los artículos 180 y 250, resulta más coherente que la escisión de los mismos para su aplicación a figuras diferentes. Así por ejemplo, la constitución de una nueva sociedad, después de transcurridos seis meses de haberse formalizado su disolución, no resulta armónica con la dinámica permanente de la actividad mercantil que supone determinaciones prontas de sus elementos. Además, esos seis meses a los que sí hizo alusión, resultan coincidentes a su vez con el término otorgado por la ley, para que una vez ocurrida una causal de disolución, pueda evitarse la liquidación ente societario mediante la adopción de las medidas pertinentes, todo lo cual permite comprender la razonabilidad del criterio legal tendiente a evitar la liquidación definitiva, mediante mecanismos que procuren la continuidad del ente societario, pero dentro de un marco definido en el tiempo.

En este orden de ideas, es dable concluir que la constitución de una nueva sociedad para continuar los negocios de otra sociedad ya disuelta, debe realizarse con observancia de los requisitos que establecen los citados artículos 180 y 250, entre los cuales importa destacar para los fines del presente estudio, que la decisión relativa a la constitución y por ende, la de prescindir de la liquidación, debe emanar de todos los asociados, exigencia legal explicada por el hecho de que en el escenario liquidatorio en que la sociedad está, se impone en últimas el derecho de todos los socios a obtener la devolución de sus aportes y de todas maneras, el derecho a culminar definitivamente el vínculo societario que acarrea la extinción del ente social, por lo cual, un efecto diferente, debe obedecer a decisión unánime de los mismos.

Hechas las anteriores precisiones, procede dar respuesta a las inquietudes planteadas, así:

"1 ¿Aplica el Derecho de Receso (Retiro) en la Reconstitución de una Sociedad?"

Si bien podría en principio suponerse que la respuesta tendría que ser afirmativa, dada la aplicación necesaria de las previsiones propias de la fusión y en las que de alguna manera están insertas las reglas sobre el derecho de retiro, la circunstancia de que la decisión relativa a la constitución de la nueva sociedad deba ser adoptada por la totalidad de los asociados, implica de una parte, que sin el cumplimiento de esa condición, la decisión estaría afectada en su validez y de la otra, que al estar limitado el derecho de retiro a favor de los socios ausentes o disidentes como quedó expuesto, no podría predicarse de ninguno tal carácter, motivo por el cual debe razonablemente colegirse que frente al fenómeno de la constitución de una nueva sociedad, resulta impropio el derecho de retiro.

"2. (i) ¿Cómo es el Procedimiento de Convocatoria a una Asamblea en donde se decidirá acerca de la Reconstitución de una Sociedad? (ii) ¿Se debe incluir la misma dentro del orden del día? (iii) ¿Se puede votar una Reconstitución en Asamblea Universal? (iv) ¿Qué información se le debe suministrar a los Asociados de manera previa a dicha Asamblea?"

Las respuestas que pueden darse alrededor de estas inquietudes, deben partir del hecho cierto ya expresado, según el cual la constitución de una nueva sociedad para proseguir con la actividad de una sociedad disuelta, está supeditada a las normas relativas a la fusión, como categóricamente lo señala el mencionado artículo 180 y lo reitera el artículo 250 igualmente citado. Sin embargo, conforme al texto de este último, no son de forzosa aplicación todas las normas, sino aquellas que siendo pertinentes resulten acordes con las circunstancias particulares de la constitución de nueva sociedad, como son las relacionadas con la intervención en el proceso de una sola sociedad, a diferencia de la fusión propiamente dicha en la que intervienen por lo menos dos sociedades, o la relacionada con el hecho de que esa única sociedad participante debe encontrarse disuelta y en estado de liquidación, lo que no ocurre en la fusión señalada.

Ahora bien, en cuanto la convocatoria, si bien es cierto las normas sobre la fusión no regulan un procedimiento específico para la misma, y a su turno el artículo 13 de la ley 222 de 1.995 alude a un término previo a la reunión para que los asociados puedan acceder al compromiso de fusión, lo que en cierta medida haría suponer la necesidad de convocar al Órgano Rector con una antelación no inferior a ese término, ese requisito no tendría clara aplicación en el caso de la constitución de una nueva sociedad, considerando la inoperancia del derecho de retiro, que es el presupuesto que determina la necesidad de que los asociados puedan acceder previamente a los documentos de la operación proyectada.

De forma consecuente ha de colegirse que la convocatoria a una reunión de asamblea o junta de socios que pretenda someter a consideración la decisión referida, debe realizarse con la antelación que corresponda según los estatutos de la respectiva sociedad y utilizando el medio que igualmente esté estipulado y en defecto de uno u otro de ambos, con los que señale la ley.

Por otra parte, en cuanto a la necesidad de incluir la propuesta de constitución de la nueva sociedad dentro del orden del día, la respuesta es afirmativa, no porque las normas sobre fusión así lo señalen, sino porque en los términos del artículo 182 del Estatuto Mercantil, resulta imperativa la inclusión en la convocatoria de los temas a desarrollar en la correspondiente reunión, sin perjuicio de que en caso contrario, en la propia sesión acuerden su inclusión, a propuesta de cualquiera de los socios o administradores, si es una reunión ordinaria, o por decisión de la propia Asamblea tomada con la mayoría que corresponda, si es extraordinaria.

En este orden de ideas, es también afirmativa la respuesta frente a la inquietud relacionada con la posibilidad de considerar este tipo de decisión en una reunión de carácter universal, entendiendo por ésta, como ha sido amplia y reiteradamente señalado por la doctrina nacional, aquella realizada sin necesidad de convocatoria previa e incluso en lugar distinto al domicilio principal, por encontrarse debidamente representada la totalidad de las acciones o cuotas sociales en que está dividido el capital social.

En cuanto a la información previa que deba suministrarse a los asociados, reitero lo manifestado anteriormente, en el sentido de que en el caso objeto de análisis, no es ese un requisito sine qua non, toda vez que la información previa que exige el citado artículo 13 en relación con el proyecto de escisión, el compromiso de fusión o a las bases de la transformación, está prevista con el fin de que los asociados dispongan de los elementos de juicio necesarios para decidir si ejercitan o no el derecho de retiro, el cual, como quedó dicho, no tendría lugar tratándose de la constitución de nueva sociedad.

"3 ¿Se le debe dar alguna información al Público en General sobre la Reconstitución de la Sociedad (previa y posterior)?"

Como es sabido, las normas sobre fusión contemplan mecanismos tendientes a publicitar la operación frente a terceros, mecanismos que hacen relación a una publicidad general que debe cumplirse mediante la publicación en un diario de amplia circulación nacional del aviso de que trata el Artículo 174 del Código de Comercio y a una información particular, que queda surtida con la comunicación que el Representante Legal debe enviar a todos los acreedores sociales mediante telegrama u otro medio equivalente, informándoles de la decisión pertinente, en los términos del inciso segundo, artículo 5 de la mencionada Ley 222, aplicable a la fusión por expresa remisión del Artículo 11 ibidem.

Esta regla indudablemente resulta pertinente al proceso de la constitución de la nueva sociedad y por ello de su aplicación no hay lugar a dudas, más cuando el estado de liquidación de la sociedad ya ha sido previamente publicitada mediante la inscripción en el registro mercantil de la correspondiente disolución o de la simple operancia de ésta por virtud del vencimiento del término de duración, cuando ésta ha dado lugar a la misma, lo que supone que los terceros acreedores de la empresa han asumido como hecho cierto la finalización de la vida activa de la sociedad y el inminente retorno de los créditos a su favor.

"4. ¿Existe algún Derecho de los Acreedores o Tenedores de Bonos de exigir garantía específicas frente a la Reconstitución?"

Sobre el tema de los tenedores de bonos, es criterio del Despacho, que en el caso de existir tales acreedores, necesariamente debe imponerse respecto a los mismos la aplicación de las disposiciones que igualmente resulten

aplicables en materia de fusión, pues el fenómeno de la constitución de la nueva sociedad, no permite inferir para ese fin tratamiento distinto, en lo que a las reglas de la fusión se refiere.

Es así que tratándose de bonos negociables en el mercado de valores, la fusión de la sociedad emisora no puede llevarse a cabo sin la autorización de la asamblea de tenedores de bonos, según lo establece el artículo 1.2.4.41 de la Resolución 400 de 1.995 de la Superintendencia Bancaria, salvo que por parte de dicha sociedad sean ofrecidos a tales tenedores, algunas de las opciones que la señalada norma contempla.

"5. ¿Cuáles son los Estados Financieros necesarios para la Reconstitución de una Sociedad? Deben ser auditados o certificados? ¿Antelación de los mismos?"

Para tal fin, ha de acudirse a los estados financieros requeridos en cualquier proceso de fusión, según las normas pertinentes, como son la citada ley 222 y el decreto 2649 de 1.993, amén de las propias de la fusión que contiene el Código de Comercio. En este sentido, deben elaborarse estados financieros extraordinarios que en los términos del artículo 29 del nombrado decreto, son los preparados dentro del transcurso del periodo social con el fin de realizar ciertas actividades, entre ellas, los procesos de fusión. Estos estados financieros, conforme la disposición invocada, no pueden ser de fecha anterior a un mes a la de la realización de la actividad, lo que ha llevado a esta Entidad a señalar que la misma no puede ser anterior a un mes a la fecha de la convocatoria a la reunión de la Asamblea o Junta en la que se vaya a considerar la propuesta respectiva. (ver Circular Externa 7/2.001 en la que además podrá consultar sobre las características que deben tener tales estados financieros).

"6. ¿Qué Normas de la Enajenación del Establecimiento de Comercio se aplican en una Reconstitución de Sociedad?"

Aun cuando, como quedó visto, el artículo 251 mencionado, hace extensivas a la constitución de una nueva sociedad "las disposiciones pertinentes sobre fusión y enajenación de establecimientos de comercio", lo cierto en opinión de este Despacho es que por comprender las primeras disposiciones que regulan en su integridad los distintos intereses involucrados, es innecesaria la aplicación de las normas sobre enajenación de establecimientos de comercio.

En los anteriores términos esta Entidad recoge la doctrina que en torno a las figuras de la "fusión Impropia- y la Reconstitución de Sociedad" expusiera a través del Memorando 100-183 del 25 de mayo de 1994, publicado en el Boletín Jurídico No. 008, de junio de 1994 y en el libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995, página 256 y SS. así como los demás pronunciamientos emitidos sobre el tema que tengan como fundamento la doctrina invocada.

Cabe advertir por último que los alcances del concepto expresado están sujetos a lo dispuesto en el artículo 25 del C.C.A.