OFICIO 220-174086 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014

REF: LÍMITES A LAS CONDICIONES QUE RESTRINJAN LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS/ RADICACIÓN 2014-01-420814 15/09/2014

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el No. citado, en la que formula una serie de preguntas que en seguida serán resumidas para referirse de manera general a ellas según los temas que involucran, no sin antes precisar que el derecho de petición en la modalidad de consulta en los términos del artículo 28 del C.C.A. tiene por objeto emitir una opinión en abstracto sobre los temas societarios del resorte de la Superintendencia, pero en modo alguno apuntan a resolver o solucionar asuntos de carácter particular o concreto, por lo que sus respuestas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidades de la Entidad.

1. Invocando previamente el artículo 10 de la Ley 1258 que establece la posibilidad de que existan acciones con diferentes atribuciones en una sociedad por acciones simplificada y relaciona sus clases, pregunta:

“Es dicha lista de carácter taxativo?

Si la respuesta es negativa ¿Es legalmente válida una clausula en la que se establezca un tipo de acción ((V.gr. acciónP) que prohíba a los demás, las siguientes conductas so pena de ser excluidos, produciéndose el reembolso en dinero del capital aportado, al valor nominal de las acciones?

a) Demandar a la compañía, al gerente o a cualquiera de los accionistas.

b) Revocar total o parcialmente el poder que ha sido otorgado al gerente de la compañía.

c) No celebrar capitulaciones matrimoniales en los casos a que haya lugar.

d) Iniciar acciones judiciales extraprocesales o generar cualquier tipo de conflicto contra un titular de “acciones P”.

e) Iniciar un proceso judicial contra la sociedad o en relación con la validez de determinaciones sociales, o adoptar cualquier posición conflictiva frente a la compañía.

f) Hallarse en conflicto de interés con la compañía, o hacer uso indebido del derecho de inspección, o de la información obtenida, o competir directa o indirectamente con la compañía.

2. Según los supuestos del numeral 1º, sería legalmente válida la cláusula que permita efectuar dicha exclusión de la sociedad- con el reembolso mencionado, cuando un accionista sea demandado y, un titular de la “acción P” considere que su participación en la sociedad puede ser perseguida judicialmente?

3. Si una sucursal de sociedad extranjera está e liquidación pero tiene deudas con entidades públicas ¿cómo puede proceder a su pago?

4. Si esa misma sucursal quiere abrir una cuenta bancaria para pagar esas obligaciones pero la entidad se rehúsa, ¿puede exigirle que abra esa cuenta con fundamento en la necesidad de pagar las obligaciones señaladas?

5. Si la respuesta al No. 4 fuere negativa ¿qué otras opciones tendría la sucursal para proceder al pago?

A ese propósito debe señalarse que el tema de las acciones representativas del capital, igual que todos aquellos relacionados con los principios que orientan el manejo de las relaciones entre los socios, como la figura de la exclusión en el caso de las SAS, han sido ampliamente tratados y esta Entidad ha emitido una cantidad extensa de pronunciamientos que se encuentran en la página web precisamente para facilitar su consulta a los interesados.

Así en primer lugar se ha puesto de relieve que la ley 1258 de 2.008 se caracteriza por su flexibilidad en cuanto permite que los particulares definan con un gran margen de amplitud las reglas a las que habrán de ser sometidos los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad, como el artículo 17 es claro al observar que en los estatutos podrá determinarse “libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento”, amén de la regla general que el artículo 45 establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legal que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas, entiéndase de una vez las generales previstas para todos los tipos, como las especiales consagradas para ellas y, por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio, regla de la cual debe concluirse que en principio son viables todas aquellas estipulaciones que resulten acordes con la voluntad de los socios, con la limitación de las normas imperativas consagradas en la ley y las buenas costumbres..

En el mismo sentido, el Artículo 10 invocado, advierte expresamente que es dable contemplar diversas clases y series de acciones, incluso distintas de las ya existentes y reguladas antes por el ordenamiento mercantil, con la posibilidad de fijar y estipular para estas acciones de origen contractual, los derechos y restricciones que los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad consideren apropiados, de donde se desprende igualmente que independientemente de la denominación que se adopte, es posible crear una modalidad de acciones que otorguen unos derechos diferentes a los del resto, sin perjuicio como se ha dicho, de los límites que imponen las normas de orden público y las buenas costumbres.

A su turno el artículo 38 de la mencionada ley, dispone que “los estatutos podrán prever causales de exclusión de accionistas” atendiendo que en tal caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995, lo que de suyo implica que efectivamente será viable el mecanismo de la exclusión, siempre que así se haya estipulado estatutariamente y, que de manera expresa se hallen contempladas las causales que a ella den lugar.

- En este orden de ideas frente al interrogante que el No. 1º plantea, la respuesta en concepto de este Despacho sería afirmativa, tratándose de los supuestos a los que se refieren los literales c) y F), aunque con la salvedad del mecanismo del reembolso para ese fin estipulado, el que dicho sea de paso no se ajusta a derecho, porque el valor de las acciones ha de ser reconocido en las condiciones de razonabilidad y equidad que se impongan, a lo cual no responde necesariamente el valor nominal, dada la dinámica del patrimonio de la empresa que lo hace fluctuante y que podría implicar un eventual enriquecimiento sin causa a favor de la sociedad y el consiguiente empobrecimiento para el socio excluido.

Por el contrario no serían procedentes las condiciones que se proponen en los literales a), b), d) y e), ni en el No. 2º, por lo que la respuesta frente éstas habrá ser es negativa.

Lo anterior considerando que si bien como fue visto son aceptables estipulaciones que restrinjan el ejercicio de los derechos económicos y políticos que las acciones de capital normalmente confieren a su titular, como igualmente, las que equiparen su inobservancia a causales de exclusión, en tanto se cumplan las condiciones para ese fin necesarias, no así estipulaciones de ninguna índole que vulneren o atenten contra derechos inalienables, como es el derecho subjetivo de acción, entendido como el derecho que al ciudadano le asiste de reclamar ante la jurisdicción cuando haya lugar y, que depende única y directamente de la intervención del órgano jurisdiccional competente, para la protección de un bien jurídico tutelado que trasciende más allá de la relación del socio para con la sociedad, por lo que tampoco sería admisible que los terceros anticipen a su arbitrio efectos derivados de las acciones judiciales.

Lo dicho, sin pasar por alto adicionalmente que en materia de responsabilidad de administradores, el artículo 27 de la ley 1258 hace extensivas a los administradores de las SAS las reglas contenidas en la Ley 222 de 1995, entre ellas la que contempla el último inciso del Artículo 200 del Código de Comercio, al tenor del cual “se tendrán por no escritas las reglas del contrato que tiendan a absolver ” a los mismos de las responsabilidades que les son impuestas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Otro tanto puede decirse del derecho que le asiste al socio de revocar el poder conferido al administrador, en tanto que por virtud de la ley es inherente al mandato la facultad de revocar el poder, amén de que el acto de apoderamiento según su naturaleza jurídica es esencialmente revocable.

- En cuanto hace a los demás interrogantes, este Despacho se abstiene de emitir concepto alguno, pues dadas las circunstancias particulares que son motivo de los mismos, es claro que resulta del resorte exclusivo de las entidades públicas como de la entidad bancaria respectiva, establecer las condiciones a que haya lugar para hacer efectivo el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad de que se trate.

En los anteriores términos se espera haber contribuido a despejar sus inquietudes, reiterando que los alcances del concepto expresado se ciñen a lo dispuesto en el artículo

28 del Código Contencioso Administrativo y que en P. WEB puede acceder consultar directamente los conceptos emitidos por esta Entidad..