



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

# CONCEPTOS JURÍDICOS

EMITIDOS POR LA  
**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

DICIEMBRE 2019

*En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para lograr el reconocimiento y la confianza de los usuarios, ya que nuestra Misión es contribuir al crecimiento económico y social mediante la supervisión, protección y fortalecimiento de las empresas para generar legalidad y equidad.*

*Por tal motivo ante las consultas elevadas por los usuarios, la oficina Jurídica de la Entidad emitió varios conceptos jurídicos, a continuación, encontrará detalles de los más relevantes.*

## OFICIO 220-149216 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2019

### DOCTRINA:

#### DERECHO DE RETIRO –SE PREDICA A FAVOR DE ACCIONISTAS - AUSENTES O DISIDENTES EN LA REUNIÓN QUE ADOPTÓ LA OPERACIÓN DE FUSIÓN



#### PLANTEAMIENTO:

*Me refiero a su escrito radicado en esta superintendencia como se anuncia en la referencia mediante el cual presenta algunas inquietudes relacionadas con la adquisición de acciones de una compañía durante el término del ejercicio del derecho de retiro por parte de un accionista disidente de una fusión que da lugar al derecho de retiro, que lo ejerció en su oportunidad y la posibilidad de ejercer nuevamente el derecho de retiro respecto de las recién adquiridas.*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

El artículo 12 de la Ley 222 de 1995 establece: “Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad. (...)” (Subrayado y destacado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 14 de esta misma ley dispone: “Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal. El retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que se reciba la comunicación escrita del socio y frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de registro de accionistas. Para que proceda el registro bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro. (...)” (Subrayado y destacado fuera del texto).

Como se puede apreciar en las citadas normas, el derecho de retiro solo es predicable respecto de los socios o accionistas ausentes o disidentes a la fecha de la reunión del máximo órgano social que aceptó el proceso de fusión, en razón a la mayor responsabilidad o desmejora de sus derechos patrimoniales.

Las acciones que el sujeto de su ejemplo adquiriera durante el término otorgado por la Asamblea para el ejercicio del derecho de retiro a favor de quienes eran accionistas al momento de decidir la fusión, no le otorgan a su propietario la categoría de accionista ausente o disidente de la medida de fusión por cuanto a la fecha de la operación no contaba con la condición de ser su propietario en consecuencia, carece de legitimidad para retirarse por cuenta de estas acciones.

Respalda lo expuesto lo expuesto por el doctor Rodrigo Puyo Vasco, quien en su libro “El derecho de receso o de retiro en Colombia” menciona:

*“(...) Como ya se expresó, tampoco estarían facultados aquellos socios que adquieren esa calidad con posterioridad a la decisión de la cual surge el derecho de receso. Por tanto, para ejercer el derecho de receso, debe probarse la calidad de socio en el momento en el que se origina la causal que lo fundamenta”.*

**Más información:**

**AQUÍ**

## OFICIO 220-151902 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2019

### DOCTRINA:

#### REVISOR FISCAL. INHABILIDADES – INCOMPATIBILIDADES - CONFLICTO DE INTERÉS

#### PLANTEAMIENTO:

*Se presentan algunas inquietudes relacionadas con el ejercicio de la revisoría fiscal por parte de una compañía auditora en la que participa como accionista una persona que a su vez es miembro de la junta directiva de una o dos de las sociedades que dicha compañía audita.*

#### POSICIÓN DOCTRINAL

“(…) Una firma de auditoría y consultoría gerencial, fue constituida como una sociedad por acciones simplificada del tipo SAS esta firma de contadores presta los servicios profesionales independientes como revisores fiscales, tienen como uno de sus clientes a una sociedad anónima donde actúan como firma externa de revisoría fiscal y/o hacen a través de un profesional adscrito a la firma de contadores.

Uno de los accionistas dueño de la SAS, firma de auditoría, funge como miembro principal de la junta directiva de una o dos sociedades anónimas clientes.

1. Esta situación está tipificada con algún impedimento legal?
2. existe conflicto de intereses?
3. En qué nia (sic) puedo basar la respuesta?
- 4.Cuál sería la práctica correcta y por qué?”

“Art. 205. No podrán ser revisores fiscales:

1) Quienes sean asociados de la misma compañía o de alguna de sus subordinadas, ni en éstas, quienes sean asociados o empleados de la sociedad matriz;

2) Quienes estén ligados por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, o sean consocios de los administradores y funcionarios directivos, el cajero, auditor o contralor de la misma sociedad, y

3) Quienes desempeñen en la misma compañía o en sus subordinadas cualquier otro cargo.

Quien haya sido elegido como revisor fiscal, no podrá desempeñar en la misma sociedad, ni en sus subordinadas ningún otro cargo durante el período respectivo.”

Adicionalmente, existen otras incompatibilidades establecidas en la Ley 43 de 1990.







De otra parte, respecto del tema específico del conflicto de intereses en que puede incurrir un revisor fiscal, la Sección 220 del Código de Ética establecido en el Decreto 2420 citado, modificado por el Decreto 2132 de 2016 se ha referido, así:  
“Sección 220. Conflicto de intereses.

*El profesional de la contabilidad tomará medidas razonables para identificar circunstancias que puedan originar un conflicto de intereses. Dichas circunstancias pueden originar amenazas en relación con el cumplimiento de los principios fundamentales. (...)*”

Manifestado lo anterior, se da respuesta a sus interrogantes:

1. La situación en la cual un accionista de una firma de revisoría fiscal sea a su vez miembro de una o dos juntas directivas de sociedades clientes en las cuales se ejerce revisoría fiscal configura uno de los supuestos previstos en el artículo 205 del Código de Comercio, a saber: “No podrán ser revisores fiscales: (...) Quienes desempeñen en la misma compañía o en sus subordinadas cualquier otro cargo.

Quien haya sido elegido como revisor fiscal, no podrá desempeñar en la misma sociedad, ni en sus subordinadas ningún otro cargo durante el período respectivo.” Ser miembro de una junta directiva implica un cargo dentro de un órgano de importancia relevante dentro de la sociedad auditada lo cual puede implicar riesgos a los principios de objetividad, confidencialidad y comportamiento profesional.

2. Esta situación en la que el revisor fiscal es a su vez miembro de la junta directiva de la sociedad auditada puede llevar a que exista una situación que pueda nublar su juicio objetivo o su discernimiento se puede ver comprometido en una labor determinada, en consecuencia, habría un conflicto de intereses.

Ambas posiciones (revisor fiscal y miembro de junta directiva), pueden resultar contradictorias, puesto que, por un lado, el órgano administrativo de la junta directiva es de suma importancia en una sociedad dado que es el encargado gestionar el manejo de la sociedad y tomar decisiones, con el fin que la sociedad cumpla con sus propósitos.

La Junta Directiva, evalúa y define riesgos que la sociedad debe tener en cuenta para el desarrollo de su gestión. Por el otro, el Revisor Fiscal tendrá la tarea de determinar entre otras funciones que: “(...) las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajusten a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva (...) (Subrayado fuera del texto). Conforme a lo anterior, a juicio de esta Oficina se estaría en presencia de una situación que implicaría conflicto de intereses.

**Más información:**  
[AQUÍ](#)

## OFICIO 220-161175 DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2019

### DOCTRINA:

#### ACUERDOS DE ACCIONISTAS Y REPARTO DE UTILIDADES



#### PLANTEAMIENTO:

*Se consulta si una sociedad por acciones simplificada puede mediante acuerdo de accionistas, fijar el reparto de utilidades el cual no se hará atendiendo a la participación accionaria de cada uno de los socios sino en consideración de las utilidades generadas por su área de negocio.*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

La novedad de la Ley 1258 de 2008, en su artículo 24 es, permitir a los accionistas celebrar válidamente acuerdos sin que exista limitación al respecto de los derechos de las personas que los suscriban o los asuntos sobre los cuales verse el pacto<sup>3</sup>. Así lo anterior, el artículo mencionado define los alcances y procedimientos para que los mismos sean válidos.

Así las cosas, como se ha indicado por la Superintendencia de Sociedades: “ (...) Una vez ha sido decretado un dividendo la determinación es irrevocable, pues las sumas que la asamblea ordenó repartir entran a formar parte del pasivo externo de la compañía, las cuales son reclamable por la vía ejecutiva.

(...) Sin embargo, es sabido que todo derecho es renunciante mientras la renuncia no esté prohibida por ley ni se ejercite en fraude de terceros. Por consiguiente, lo expresado no implica que el derecho referido no se pueda renunciar o consentir en aplazar el ejercicio del mismo. (...)”

En conclusión, no es posible pactar las condiciones sobre las cuales se realizará el reparto de las utilidades pertinentes mediante acuerdo de accionistas, toda vez que el tema de las utilidades es un tema que compete a todos los accionistas y no sólo a algunos que suscriban un acuerdo, cualquier tema relacionado con las utilidades es un asunto que deberá reflejarse en las estipulaciones estatutarias de la sociedad. Ahora bien, una vez decretadas las utilidades se configuran las mismas como dividendo, y sobre estos los accionistas si podrán disponer de su derecho incluso renunciando al mismo como se señaló anteriormente. Dado lo expuesto se reitera lo manifestado en el Oficio No. 220-091121 del 3 de septiembre de 2019.

**Más información:**  
[AQUÍ](#)

## OFICIO 220-173411 DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2019

### DOCTRINA:

#### LA FUSIÓN ABREVIADA ES VIABLE PARA UNA EMPRESA UNIPERSONAL

#### PLANTEAMIENTO:

***“¿Es posible que una empresa unipersonal de responsabilidad limitada determine absorber, vía una fusión abreviada, a una sociedad por acciones simplificada de la cual aquella es accionista único?”***

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

En relación con su inquietud le informo que sí resulta jurídicamente posible que una empresa unipersonal absorba a una sociedad por acciones simplificada bajo la figura de la fusión por absorción.

Igualmente, la Doctrina de esta entidad ha sostenido la viabilidad jurídica de esta operación, (fusión en la que participe una empresa unipersonal), como se expone a continuación:

1. Oficio 220-056752 del 29 de marzo de 2016:

“ (...) En tal virtud es claro que a la luz del artículo 172, nuestro ordenamiento mercantil, sólo considera dos modalidades de fusión, de una parte la fusión por creación y de otra, la fusión por absorción, donde la primera se caracteriza por la integración de cualquier sociedad en otra de nueva creación, con extinción de las entidades absorbidas y la transmisión en bloque de todo su patrimonio social a la nueva, mientras que la segunda, consiste en la integración de sociedades en otra que ya existía, la cual adquirirá el patrimonio social de las absorbidas, lo que supone proceder al consiguiente aumento de capital, advertencia expresa de que solo se podrá dar tal operación, con la integración de sociedades.

Lo anterior con la salvedad en este punto, en el sentido de que es viable que una sociedad absorba a una empresa unipersonal, amén de la remisión prevista en el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, según la cual “(...) se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada (...)”.





Hasta aquí, resulta claro que a la empresa unipersonal le resulta aplicable la legislación concerniente a las sociedades comerciales, especialmente la relativa a la sociedad de responsabilidad limitada, razón por la que este tipo de empresa se encuentra incluido dentro del universo de entidades que pueden acceder a mecanismos de reestructuración empresarial, como la fusión.

En relación con la fusión abreviada, se tiene que dicha figura se encuentra contemplada en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, según el cual, procede: “En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.”

Como elementos esenciales de la fusión abreviada encontramos: i) La absorbida siempre será una sociedad por acciones simplificada, ii) La sociedad, o empresa unipersonal accionista de la sociedad por acciones simplificada detenta más del 90% de las acciones en que se divide su capital, iii) La decisión de fusión puede ser adoptada por los representantes legales de ambas sociedades, absorbente y absorbida, o por los miembros de sus juntas directivas. Entre sus elementos formales se tiene que: i) puede realizarse por documento privado, a menos que contemple actos sujetos a registro, evento en el cual sí debe protocolizarse; ii) debe ser publicado el acuerdo de fusión en los términos del artículo 5º de la Ley 222 de 1995.

Como efectos de la fusión abreviada, sobrevienen, a) la disolución de la sociedad o sociedades por acciones simplificada/s absorbida(s), b) la transmisión del patrimonio de las sociedades por acciones simplificadas absorbidas al patrimonio de su matriz, para este caso, absorbente, c) la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas, d) la migración de accionistas quienes no hayan ejercido su derecho de retiro.



La fusión abreviada puede ser utilizada por la empresa unipersonal, así como por cualquier tipo societario, en aquellos casos en los que existe control por efectos del porcentaje de su participación, como mínimo el 90% de las acciones en el capital de una sociedad por acciones simplificadas, facilitando de esta manera los procesos de reorganización empresarial. Sobre este tema se ha pronunciado en varias oportunidades esta oficina, tal como lo hizo en su Oficio 220-009173 del 30 de enero de 2017, del cual se permite esta oficina extractar lo siguiente:

“(…) En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión. El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.

A ese propósito basta simplemente remitirse al texto de la disposición invocada para advertir como el inciso primero expresamente indica que la figura jurídica de fusión abreviada, solo puede ser utilizada en aquellos casos en los que existe control por efectos del porcentaje de participación entre las sociedades de las características mencionadas (numeral 1 artículo 27 de la Ley 222 de 1995), es decir entre matrices y subordinadas, siempre y cuando la matriz posea el 90% de las acciones de una sociedad por acciones simplificadas, facilitando de esta manera los procesos de reorganización empresarial.(…)”

**Más información:**  
[AQUÍ](#)





## OFICIO 100-179360 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2019

### DOCTRINA:

#### AFFECTIO SOCIETATIS

#### PLANTEAMIENTO:

*Me refiero a su escrito radicado en esta entidad como se anuncia en la referencia, mediante el cual consulta qué entiende la Superintendencia de Sociedades, normativa y jurisprudencialmente, por affectio societatis.*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

Ahora bien, en todo contrato es necesario identificar los elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza y los meramente accidentales en los términos del artículo 1501 del Código Civil. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales o no produce efecto alguno o degeneraría en un contrato diferente.

La definición del contrato de sociedad la encontramos en el artículo 98 del Código de Comercio, el cual reza:

“(…) Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social (…)”.

Al contrato de sociedad, en razón a la tipicidad legal de primer grado, les son aplicables los requisitos de existencia predicables de todo negocio jurídico, a saber: Consentimiento, dentro del cual se encuentra la causa y la forma; y Objeto. Al igual que los requisitos de validez, tales como: i) Capacidad; ii) La no existencia de vicios en el consentimiento (error, fuerza y dolo); iii) La licitud del objeto y de la causa; y iv) Otras formalidades legalmente exigidas para ciertos eventos.

En cuanto a la forma que debe revestir el consentimiento para efectos de perfeccionar el contrato de sociedad, cabe aclarar que, respecto de las sociedades originalmente



consagradas en el Código de Comercio, es decir, la colectiva, la en comandita simple, la en comandita por acciones, la limitada y la anónima, se trata de un negocio de forma libre o consensual, dado que el contrato se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades sobre sus elementos esenciales.

En cambio, para las sociedades del emprendimiento (Ley 1014 de 2006, cuya declaratoria de exequibilidad fue mediante la Sentencia C-392 del 23 de mayo de 2007), el contrato es de forma específica ya que se perfecciona mediante documento privado o por escritura pública; lo anterior resulta igualmente aplicable a la sociedad por acciones simplificada – S.A.S. (Ley 1258 de 2008) en las cuales, el acto unilateral o el contrato debe revestir la formalidad señalada (documento privado o escritura pública) para su perfeccionamiento.



Nótese que la figura de “affectio societatis” no emerge del artículo 98 antes citado como elemento esencial del contrato de sociedad, porque no lo es como tal, sino que emerge del primer nivel de tipicidad como parte del consentimiento, de suerte que podemos concluir que constituye un desarrollo doctrinal y jurisprudencial, más no legal.

No obstante, lo anterior, en épocas más recientes, la mayoría de la doctrina considera lo contrario, como por ejemplo el Dr. Néstor Humberto Martínez Neira, quien precisa lo siguiente:

“(…) El ánimo de asociarse es una elaboración doctrinal, pero nunca un concepto legal propiamente dicho y, como tal, mal puede de continuarse caracterizando como una de aquellas cosas sin las cuales el contrato de sociedad no existe. Mucho menos puede postularse como elemento esencial si al final con él lo que se pretende caracterizar es el mismo consentimiento, que finalmente es la fuente generadora del negocio jurídico.

De suyo, en las sociedades de capital y en particular en las sociedades anónimas inscritas en bolsa, es marcada la inexistencia de este elemento esencial; muchos inversionistas, los llamados rentistas o especuladores, forman parte del contrato con un interés meramente lucrativo, sin que por ello se consideren estar asociados en un contrato de colaboración. Se estiman simplemente inversionistas, antes que socios en el estricto sentido de la palabra. El “ánimo de contraer sociedad” o la affectio societatis es un elemento subjetivo que desconocen por lo general, porque su verdadera y única voluntad es la realización de un aporte para obtener una ganancia temprana, por valorización y /o dividendos, sin que les resulten relevantes los derechos y las obligaciones que surgen del contrato de sociedad (...).”

Esta última posición es la que en la actualidad sostiene la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, al resolver que “(...) el régimen societario colombiano no contempla expresamente una causal de disolución atada a la pérdida del ánimo societario. Sin embargo, esta circunstancia podría dar lugar al acaecimiento de la causal de disolución consistente en la imposibilidad de desarrollar el objeto social (...)”. (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-000036 del 8 de mayo de 2017. En igual sentido, Sentencias 2016-01-450040 del 6 de septiembre de 2016 y 2018-01-452819 del 12 de octubre de 2018; entre otras).

La referida posición jurisprudencial, ha sido también avalada por la justicia arbitral en Laudo del 17 de marzo de 20046, así: “(...) El denominado (...) ánimo asociativo, no encuentra consagración explícita en las disposiciones de derecho positivo vigentes en Colombia. En efecto, ni en el código de comercio, ni en la Ley 222 de 1995, ni las demás disposiciones que adicionan o complementan a los dos estatutos anteriores mencionan y, mucho menos, definen el referido elemento (...)”.

Así las cosas, y para responder su pregunta relacionada con qué se entiende normativa y jurisprudencialmente por “affectio societatis”, le reiteramos que se trata de un concepto doctrinal y en un comienzo jurisprudencial, mas no legal, que para esta Superintendencia no constituye un elemento esencial del contrato de sociedad, sino que se trata de un elemento subjetivo inherente a la condición o estado del socio con el que se manifiesta su consentimiento de aceptación al contrato de sociedad como elemento generador de obligaciones y de derechos; es decir, debe estar presente en la exteriorización de su voluntad por medio del consentimiento, este último como requisito de existencia del negocio jurídico que se pretende celebrar.

**Más información:**  
[AQUÍ](#)

