

OFICIO 220-005431 DEL 24 DE ENERO DE 2022

ASUNTO: ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LAS ESTIPULACIONES ESTATUTARIAS.

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad mediante el cual, previa la referencia una cláusula específica de los estatutos de una sociedad y a otras consideraciones, formula la siguiente consulta:

1. “¿Una estipulación estatutaria que establece un porcentaje máximo del capital que podrá ser poseído por un accionista y que permite autorización de la asamblea general de accionistas para sobrepasarlo, si constituye realmente una excepción a la libre negociación de las acciones en una sociedad anónima que no tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores, bajo el entendido que (i) esa estipulación hoy expresamente la permite la ley para sociedades por acciones simplificada (art. 9 L. 1258) y que (ii) el Código de Comercio (art. 457 #3) consagra para la anónima, por la vía de causal de disolución, un máximo del capital social que podrá pertenecer a un solo accionista?”
2. ¿Una estipulación que establece un porcentaje máximo del capital social que podrá ser poseído por un accionista que permita autorización de la asamblea general de accionistas para sobrepasarlo, no sería un pacto compatible con la índole del tipo de la sociedad anónima, bajo el entendido que (i) esa estipulación hoy expresamente la permite la ley para la sociedad por acciones simplificada (art. 9 L. 1258) y que (ii) el Código de Comercio (art. 457 #3) consagra para la anónima, por la vía de causal de disolución, un máximo del capital social que podrá pertenecer a un solo accionista?
3. ¿De no estar permitida dicha estipulación, consulto si la sanción legal si sería la eficacia, toda vez que de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia esta es taxativa, solo aplica cuando una norma exprese que el acto no produce efectos, y el artículo 403 del Código de Comercio no lo expresa así?
4. ¿De no estar permitida dicha estipulación, consulto si se puede extender a ella la aplicación de alguna de las dos ineficacias consagradas en el artículo 407 de Código de Comercio, la primera respecto de las estipulaciones que contravinieren las indicaciones sobre el derecho de preferencia y la segunda respecto de la estipulación de este derecho en las sociedades que tengan inscritas sus acciones en bolsa?



5. ¿De no estar permitida dicha estipulación, consulto si la sanción aplicable a ella no es la nulidad consagrada en el artículo 899 del Código de Comercio?
6. ¿Si la sanción aplicable a dicha estipulación en caso de no estar permitida, fuere la nulidad, cuál sería la causa, por contrariar norma imperativa o por tener objeto ilícito?
7. ¿Dado que (i) esa estipulación hoy expresamente la permite la ley para sociedad por acciones simplificada (art. 9 L 1258) y que (ii) el Código de Comercio (art. 457 #3) consagra para la anónima, por la vía de causal de disolución, un máximo del capital que podrá pertenecer a un solo accionista, la causal de nulidad si sería porque el negocio jurídico tenga causa y objeto ilícito, toda vez que con una estipulación así no se compromete el orden público ni las buenas costumbres?
8. ¿Dado que dicha estipulación fue el resultado de una decisión de la asamblea general de accionistas, la acción para atacar su validez sería la de impugnación consagrada del Código de Comercio y en consecuencia el término de caducidad sería de dos meses contados a partir de su inscripción en el registro mercantil?
9. ¿Si la estipulación no fuere válida y la sanción fuere la nulidad, se aplicaría el término de prescripción de cinco años establecido en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995?

Previamente a atender sus inquietudes debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

El caso al que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

1. Respecto de la primera inquietud planteada, es necesario indicar que lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008 solo es aplicable a las Sociedades por Acciones Simplificadas, en la medida que dichas disposiciones han sido previstas para este tipo societario.



Ahora bien, frente al derecho a la libre negociación de las acciones, es preciso de recordar que el artículo 379 del Código de Comercio señala: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos: (...) 3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;(...)”.

A su vez, el numeral 2 del artículo 403 del Código de Comercio establece: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes: (...) 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia (...)”.

Igualmente, el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008, dispone:

“En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas.

Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a que alude este artículo.”.

Con base en las normas transcritas, es posible deducir que el derecho de negociación de las acciones es libre, con las restricciones determinadas en las normas, dentro de las cuales se encuentra el derecho de preferencia en las sociedades anónimas y en las sociedades por acciones simplificadas.

Ahora, es necesario recordar que es diferente el contrato de suscripción de acciones, de la enajenación de acciones realizada por cada socio particular, razón por la que los efectos respectivos pueden ser diferentes al momento de analizar el caso y la normativa aplicable a los mismos, esto teniendo en cuenta lo determinado en el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008, que establece que la prohibición es de negociar las acciones emitidas por la sociedad.

Por último, respecto de la causal de disolución para las sociedades anónimas determinada en el numeral 3 del artículo 457 del Código de Comercio, es posible su acaecimiento de acuerdo con las circunstancias propias de cada sociedad. Sin embargo, el derecho a la suscripción como a la negociación de acciones siempre deberán ser respetados, inclusive si son utilizados para superar la causal antes referida.

2. Frente a la segunda inquietud, es preciso informar al consultante que, a través de concepto, este Despacho no define situaciones que deban ser conocidas por los Jueces. En la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la H. Corte Constitucional advirtió que no le es dable a ésta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio



de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Con el alcance indicado, y sin perjuicio de que esta Oficina no se pronunciará sobre la disposición estatutaria, se pone de presente que, aunque la norma no establece claramente alguna prohibición respecto del límite máximo en el número de accionistas, ni el número de acciones de las cuales pueden ser propietarios, si una disposición estatutaria infringe un derecho establecido en la legislación nacional, este asunto deberá ser verificado por el Juez.

Se recuerda lo señalado por este Despacho:

“4. ¿Cuál es el monto máximo en porcentaje de acciones, que un solo socio de una sociedad anónima cerrada puede tener?

R/. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 374 del Código de Comercio, “La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”, de lo cual se colige que dicha norma, si bien impuso un limitante respecto del número mínimo de asociados con el cual debe constituirse y operar una sociedad anónima, no impuso ninguno en cuanto al número máximo de accionistas que pueden participar en el capital social de este tipo de compañías, lo cual no resulta óbice para que estatutariamente se disponga un límite máximo en el número de éstos. No existe restricción en cuanto al número de acciones en cabeza de un accionista, salvo la restricción prevista como causal de disolución.”¹.

3. Respecto de la tercera inquietud, es claro que según el artículo 897 del Código de Comercio, cuando la norma establezca que una situación no produce efectos se entenderá ineficaz de pleno derecho, por lo que, si la situación específica se enmarca dentro del anterior postulado, el acto será ineficaz de pleno derecho.

4. Para responder la cuarta inquietud, se debe tener en cuenta que siendo taxativos los eventos catalogados por la Ley en los cuales se deriva la sanción de ineficacia, no se es posible aplicar la misma por analogía a otros eventos que no contemplen dicha sanción.

5. Sobre la quinta pregunta, si la estipulación estatutaria estuviera en contravía de las normas, por ejemplo, las relativas a la libre negociación de las acciones, tal situación podría enmarcarse en el supuesto establecido en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio. Sin embargo, corresponde al operador judicial determinar la sanción aplicable dependiendo del tipo de estipulación estatutaria.

6. Al respecto de la sexta inquietud, se recuerda que el artículo 1523 del Código Civil establece: “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”.

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-079942 (11 de julio de 2011). [En Línea]. Asunto: Sociedades anónimas abiertas y cerradas. [Consultado el 3 de enero de 2022]. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/Oficio_220-079942_de_2011.pdf

Igualmente, el artículo 1521 del mismo Código dispone:

“Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1o.) De las cosas que no están en el comercio.

2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.”.

Con base en lo descrito, es necesario analizar si lo que se considera nulo es la negociación de las acciones respectivas, puesto que es este evento habrá que verificarse si lo que estaba prohibido era la realización de dicho contrato, y en esa medida que el mismo adolece de objeto ilícito. Pero si lo que se somete a análisis de legalidad es una determinada cláusula estatutaria, se deberá verificar si lo que hace la disposición es contrariar una norma legal, situación que podría acarrear la nulidad de la cláusula estatutaria.

7. Frente a la séptima pregunta indicada por el consultante, es necesario advertir, como se ha hecho a lo largo de este escrito, que solo el Juez en cada caso particular puede determinar la sanción aplicable. Siendo así que solo el Juez puede establecer si lo que concurre es la nulidad por objeto o causa ilícita, atendiendo los hechos del caso en concreto.

8. En lo que tiene que ver con las preguntas octava y novena, sobre la acción de impugnación de las decisiones de asamblea de accionistas, este Despacho a determinado lo siguiente frente a la prescripción y/o caducidad:

“Al respecto de la inquietud planteada, el artículo 191 del Código de Comercio establece que los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos (2) meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

Esta entidad ha señalado en varias oportunidades al respecto que:

“(…) 1. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE IMPUGNACION

Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el artículo 186 del Código de Comercio, las decisiones que se adopten con el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los



ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten las leyes y a los estatutos en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 Ibídem.

Por su puesto, les corresponderá a los interesados verificar si en la reunión del máximo órgano social, se cumplió a cabalidad con los estatutos en cuanto al domicilio de la reunión, la convocación (medio y antelación), y quórum deliberativo (SIC) y decisorio a tono con lo previsto en los artículos 186, 188, 190 y 191 del Código de Comercio, para establecer si son ineficaces, nulas o inoponible en virtud de la normatividad citada anteriormente.

Ahora bien, el propio legislador en el artículo 191 del Código de Comercio, estableció, los legitimados (Administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes y disidentes), para incoar las acciones correspondientes en torno de las decisiones del máximo órgano social cuando han violado la ley o los estatutos, y el término de caducidad para hacerlo, así:

“ARTÍCULO 191. IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

“La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.”

“(…) Al respecto, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas, a la luz del Código de Comercio y demás normas concordantes, siguiendo el orden de los interrogantes planteados, así:

i) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código de Comercio, los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de inscripción.

Acorde con lo anterior, el inciso primero del artículo 382 del Código General del Proceso, consagra que “La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo



de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción”.

Del estudio de las normas antes transcritas, se observa que el legislador ha dado un tratamiento diferente para la acción impugnatoria, según se trate de actos sometidos o no a la formalidad registral, siendo en ambas hipótesis el término de caducidad de dos (2) meses, contados, en el primer caso, desde el momento de su inscripción, y en el segundo, a partir de la fecha de la reunión en la cual las decisiones hayan sido adoptadas. En otros términos, la ley ha querido diferenciar entre los actos que sólo tienen trascendencia interna para la respectiva sociedad, los cuales no deben ser dotados de publicidad mercantil, y aquellos por haber sido considerados del interés de terceros deben cumplir con tal formalidad; para los primeros, la acción de impugnación nace con la expedición del acto y termina dos meses después. Para los segundos, la acción impugnatoria surge con el registro y se extingue dentro del mismo término. (...)”.

Por lo anterior, es claro que en criterio de la entidad en variada doctrina, se ha señalado que la impugnación solo podrá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de inscripción del acta de asamblea en el registro mercantil cuando el efecto de la misma comporte oponibilidad a terceros o siendo decisiones de carácter interno a partir de la fecha de la reunión respectiva.”².

Sin embargo, si lo que se busca es demandar una disposición estatutaria por considerar que riñe con las normas legales, tal situación podría seguir las reglas respectivas del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, y en esa medida el término para la interposición de las acciones judiciales correspondería establecido en el artículo 235 del Código de Comercio.

Sobre el particular ha señalado esta Oficina:

“c. PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA

El artículo 235 del Código de Comercio, establece que: “Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa.”

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-029289 (11 de abril de 2019). Asunto: Término para interponer las acciones con el fin de impugnar las actas de asamblea de accionistas de una sociedad anónima. [Consultado el 3 de enero de 2022]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-029289_DE_2019.pdf



Atendiendo el tenor de la disposición invocada, la Superintendencia ha entendido que tanto en instancia administrativa como jurisdiccional, el término para conocer de las acciones atribuibles a esta entidad es de 5 años.

Sin embargo hay que tener en cuenta la Sentencia C-597 de 1998 de la Corte Constitucional, que al analizar la demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes del artículo 1742 del Código Civil, desarrolló el tema de la prescripción de la acción de nulidad absoluta, y efectuó las distinciones a que hubo lugar cuando aquélla se origine en un objeto o causa ilícito: (...)”³

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes señalar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

3 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-207128 (17 de noviembre de 2016). Asunto: Facultades jurisdiccionales-nulidad absoluta-objeto y Causa ilícito-prescripción y otros aspectos. [Consultado el 3 de enero de 2022]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-207128.pdf