

OFICIO 220-105529 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2019

**REF: MODIFICACIÓN ACCIONARIA DE UNA SOCIEDAD CONTRATISTA EN UN CONTRATO DE CONCESIÓN ESTATAL.**

Acuso recibo de la consulta sobre la modificación accionaria de una sociedad contratista en un contrato de concesión estatal, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el número arriba indicado, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta, como se refiere a continuación.

*“1.- Una sociedad accionista de la sociedad concesionaria fue vendida a un tercero (A), por lo que se pregunta ¿en el proceso de venta de la sociedad accionista esta debía advertir al comprador de esas acciones, que dicha sociedad era obligada solidaria dentro del contrato de concesión?*

*2.- Por otra parte, esta misma sociedad accionista vendió su participación dentro de la sociedad concesionaria a otro tercero (B), solicitando autorización a la entidad contratante para la cesión de posición de solidaridad dentro del contrato de concesión, pregunta ¿es procedente autorizar la cesión de posición de solidaridad sin que se consagre la responsabilidad solidaria del cedente? De conformidad con lo establecido en la ley y atendiendo la cláusula 152 del contrato de concesión (...).*

*3.- Actualmente la composición accionaria de la sociedad concesionaria se ha modificado, de los 5 socios iniciales (integrantes del consorcio con promesa de sociedad futura), solo uno permanece como accionista, pregunta ¿para cada modificación de accionista debió requerir autorización de la entidad contratante, atendiendo la figura de consorcio con promesa de sociedad futura, figura que utilizaron para participar en la licitación? ¿Qué tipo de implicaciones genera para la sociedad concesionaria con relación al contrato de concesión, haber modificado su composición accionaria sin contar con la autorización del contratante?”*

En primer lugar, es de precisar que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, a este Despacho le corresponde emitir conceptos con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos son expresados de manera general



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

puesto que sus respuestas no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas que le competen, lo que explica, a su vez, que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Respecto del tema objeto de la consulta es de señalar que el Código de Comercio establece que en virtud del 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<sup>1</sup>, y la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto<sup>2</sup>.

1 Artículo 98.

2 Artículo 99.

3 Numeral 3 del artículo 379.

4 Artículo 384.

5 Artículo 403.

6 Numeral 4 del artículo 32.

7 Numeral 1 y párrafo 3 del artículo 7.

8 Artículo 40. Oficio 220-002863 del 1º de febrero de 2002.

Además, prevé que las acciones confieren a su titular el derecho a negociarlas libremente, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos<sup>3</sup>; que la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos, y a la vez la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente<sup>4</sup>, y que las acciones son libremente negociables, excepto las privilegiadas, las comunes respecto de las cuales se haya pactado el derecho de preferencia, las de industria no liberadas y las gravadas con prendas<sup>5</sup>.

De otra parte, la Ley 80 de 1993 prescribe que contrato de concesión es aquel celebrado por una entidad estatal con el objeto de otorgar a un concesionario la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración<sup>6</sup>; que cuando dos o más personas “*en forma conjunta*” presentan propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato responden “*solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato*”, y que en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, “*la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas para los consorcios*”<sup>7</sup>.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

Además, el Estatuto General de Contratación Estatal indica que las entidades estatales pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, en los que pueden incluirse *“las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”*<sup>8</sup>.

A partir de estas disposiciones se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados:

A la **primera pregunta**, en la que se indagó si el propietario de las acciones de una sociedad accionista de una concesionaria conformada como sociedad con objeto único, que enajenó sus acciones a un tercero, estaba compelido a advertir al adquirente que *“dicha sociedad era obligada solidaria dentro del contrato de concesión”*, se responde afirmativamente, toda vez que el deudor solidario puede verse forzado a cumplir la obligación objeto del contrato y en tal virtud, debe disponer de la información necesaria y suficiente para decidir si asume la posición contractual del cedente, como manifestación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos consagrado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil.

9 Aplicables por remisión del artículo 13 de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993.

10 Oficio 220-141714 del 20 de septiembre de 2018.

Sin embargo, esto no exonera al adquirente del deber de diligencia que le asiste de hacer las averiguaciones indispensables que le conduzcan a adoptar una decisión informada, en especial cuando la solidaridad de los socios en los contratos de concesión ejecutados a través de sociedad con objeto único está consagrada en el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

En lo atinente a la **segunda pregunta**, referida a la procedencia de que el concedente autorice la cesión de la posición contractual dentro del contrato de concesión sin que se consagre la responsabilidad solidaria del cedente, de conformidad con lo establecido en la ley y en la cláusula 152 del contrato de concesión, se advierte que no es posible a la entidad concedente renunciar a la solidaria pasiva de los accionistas de la sociedad concesionaria, en la medida en que la misma está ordenada en el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y pactada en la cláusula 152 del contrato de concesión.

Sobre la **tercera pregunta**, en la que se requirió informar si para cada enajenación accionaria en la sociedad concesionaria se debió solicitar autorización de la entidad contratante, y cuáles son las implicaciones contractuales para el contratista que modificó su composición accionaria sin contar con la autorización previa del contratante, se anota que si en ejercicio de la autonomía contractual las partes del contrato de concesión pactaron limitaciones o autorizaciones previas para la negociación de las acciones en que se halle distribuido el capital social de



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

la sociedad concesionaria, es indudable que debe atenderse tal exigencia para cada enajenación de acciones, toda vez que la misma puede aparejar la variación de las condiciones administrativas, financieras y de organización que fueron determinantes para la adjudicación al contratista, y además las estipulaciones en mención son ley para las partes al tenor del artículo 1602 del Código Civil.

En consecuencia, si la sociedad contratista adelanta el proceso de enajenación o cesión de sus acciones sin requerir la autorización previa de la Entidad concedente, puede verse avocada a la declaratoria de incumplimiento del contrato con las consecuencias que de ello derivan, pues es indubitable que “el rompimiento de un vínculo contractual que aunque ajeno a los socios, de manera indirecta los puede afectar a través de la oportunidad perdida para la compañía en la que tienen la inversión”<sup>10</sup>.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

