

OFICIO 220-106317 DEL 08 DE OCTUBRE DE 2019

REF: ADJUDICACIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN RAZÓN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE UN SOCIO.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual formula la siguiente consulta: *¿Puede una sociedad anónima con Derecho de Preferencia pactado en sus estatutos, inscribir como accionista al cónyuge que recibe acciones de la sociedad como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal?*

Como antecedentes de la consulta establece que un socio llevo a cabo un proceso de divorcio que culminó con la liquidación de la sociedad conyugal en la cual a la cónyuge se le asignaron unas acciones de una sociedad anónima y pregunta si la liquidación de la sociedad conyugal puede ser una excepción al Derecho de Preferencia pactado en los estatutos sociales por haber sido realizada para poner fin a un proceso judicial de divorcio, o si por el contrario, independientemente de la existencia del proceso judicial, prevalece el Derecho de Preferencia estatutariamente pactado y por ende, la transferencia realizada en la escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal resulta ser ineficaz.

Sea lo primero tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo. Por tal razón, no está dirigido a resolver situaciones concretas, menos aún a asesorar a los peticionarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o decisiones de los órganos sociales en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales, ni en la interpretación de contratos, pues en esta instancia sus respuestas, se repite, son generales y abstractas, motivo por el cual no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Al respecto, por ser la liquidación de la sociedad conyugal de un accionista, la esencia del problema jurídico objeto de consulta, debe revisarse si frente a división de las acciones que le pertenecen en una sociedad anónima, aplica el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, para cuyo propósito, a continuación se transcriben algunos apartes del Oficio 220-058026 del 25 de julio de 2012, que aunque específicamente se concreta a la disolución de sociedad



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

conyugal de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada, este mecanismo legal, resulta aplicable a las acciones de las sociedades anónimas:

“(...) Un segundo aspecto a considerar es que la disolución de la sociedad conyugal no es un hecho que genere efectos respecto a cada uno de los cónyuges individualmente, sino que como lo indica la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil “ genera la universalidad indivisa de gananciales y el derecho sobre ella a favor de cada uno de los cónyuges” (Sentencia del 4 de marzo de 1.996 M.P. Pedro Lafont Pianetta) o en otras palabras, como el mismo Tribunal explica, ocurrida tal disolución “ se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales, para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan” (Sentencia de junio 8 de 1.967).

Es así que con la disolución se conforma una universalidad y a partir de allí, lo que la doctrina denomina “ la masa de gananciales”, en el entendido que para la determinación en cabeza de los cónyuges con miras a asignar a cada uno los respectivos gananciales, se impone la liquidación de la sociedad, mediante la práctica del inventario de los bienes que usufructuaban o de los que eran responsables, así como la realización del avalúo de los mismos, en los términos del artículo 1821 del código citado.

*Al ser entonces la liquidación de la sociedad conyugal una consecuencia inexorable de su disolución, en procura de la partición de esa universalidad y la determinación de los gananciales que a cada cónyuge le corresponda, se hace evidente la necesidad de **considerar un tercer aspecto, como es que la liquidación obedece en tal caso a un mandato legal, que por ende está sujeta a unas reglas o un procedimiento regulado por la ley, en la que de todas maneras se exige la decisión de la autoridad judicial o cuando menos, la intervención de un agente estatal, como la del notario, cuando los cónyuges mancomunadamente optan por esta vía.***

Consecuente con lo expuesto, es dable colegir que la distribución que se hace entre los cónyuges de esa masa o universalidad a título de gananciales, no implica la renuncia de un derecho que uno solo de ellos tenga a favor del otro, sino que es consecuencia de la individualización de un derecho conjunto que por ministerio de la ley se ha formado con ocasión del vínculo matrimonial y, en relación con el cual, los cónyuges no han determinado con anterioridad un régimen patrimonial diferente.

En este orden de ideas, al tomar en referencia aquellas características de la adjudicación que de tiempo ha identificado esta Entidad, resulta claro que la liquidación de la sociedad conyugal se verifica por disposición de ley, como consecuencia del hecho jurídico que le da origen, esto es de la disolución de la sociedad conyugal, siendo esa liquidación como efecto y procedimiento, ajena a la voluntad de las partes; a su turno resulta también evidente el sometimiento a las reglas que para el efecto imponen las disposiciones legales



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

señaladas. En esa medida no cabe duda que la liquidación de la sociedad conyugal corresponde a un fenómeno de adjudicación y no, de cesión.

Ahora, si bien la aseveración expuesta no constituye una conclusión novedosa, lo que si interesa resaltar en esta instancia, es que dicha conclusión no cambia ni se modifica tratándose de la liquidación voluntaria de la sociedad conyugal, toda vez que la libre determinación de los cónyuges, no se predica respecto de la liquidación propiamente dicha, o de sus efectos o del procedimiento para llevarla a cabo, que son aspectos de obligatoria ocurrencia porque obedecen a desarrollos legales, sino que ese hecho voluntario, lo es exclusivamente en relación con la disolución de la sociedad conyugal, la cual cabe observar, tiene lugar por la verificación de uno cualquiera de los supuestos que la ley prevé, donde el mutuo acuerdo de los cónyuges es tan solo uno, como establece el artículo 1820 de la legislación civil.

En otras palabras, los cónyuges pueden determinar disolver voluntariamente la sociedad conyugal, pero la liquidación surge como una consecuencia imperativa de esa determinación, atendiendo que ésta, en todo caso se impone por virtud del nacimiento de la sociedad conyugal que por disposición legal se configura ante unos supuestos normativos.

Por su parte, la conclusión que se ha planteado no podría alterarse por el hecho de que la disolución voluntaria y la consecuente liquidación ocurran o se formalicen de manera concomitante, en tanto la norma invocada al imponer que el mutuo acuerdo de los cónyuges se deba elevar a escritura pública, también exige que en ésta se incorpore el inventario de bienes y su liquidación y por ende, la distribución y asignación de los mismos en cabeza de cada uno, pues no obstante esa concomitancia, el acuerdo voluntario como causa sólo es atribuible a la disolución, mientras que ésta lo será de la liquidación.

A ese respecto se ha de tener presente, cómo la jurisprudencia lo ha precisado, que “ Contraída la sociedad conyugal, la voluntad de marido y mujer es incapaz de modificar las reglas legales que la rigen, por ser institución de orden público familiar” (Corte Suprema de Justicia sentencia del 1 de agosto de 1979), de donde resulta obvio que la liquidación de la sociedad que se debe llevar a cabo una vez ocurrida la disolución por cualquiera de los supuestos taxativamente señalados por la ley, es ajena a la voluntad de los cónyuges, independientemente de que éstos puedan eventualmente acordar los bienes que específicamente conformarán los gananciales que le correspondan a cada uno.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, esta Entidad reitera la posición jurídica que en su oportunidad sostuvo mediante Oficio 220-171214 del 18 de diciembre de 2011 y que ratificó luego en el oficio 220-001059 del 2 de enero del presente año, en cuanto a que la transferencia de las cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada no está sujeta al derecho de preferencia que



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

consagra el artículo 363 del Código de Comercio, cuando quiera que la misma obedezca a la liquidación de la sociedad conyugal de uno de los socios de la misma, aun si la liquidación en tal caso tiene origen en el común acuerdo de los socios en disolver la sociedad que da lugar a la denominada liquidación voluntaria de la sociedad conyugal, expresión que no resulta del todo adecuada. La revisión que en esta ocasión se ha realizado para atender la inquietud legítima del peticionario, permite confirmar con mayor certeza que la transferencia de cuotas sociales producto de la adjudicación, bien que sea derivada de la sucesión por causa de muerte, de la liquidación de sociedad comercial o, de la liquidación de la sociedad conyugal aunque sea voluntaria, no comporta el sometimiento al derecho de preferencia. (...)” (La negrilla no es del texto).

Adicionalmente, el tema por usted propuesto, ha sido objeto de análisis por esta Superintendencia en oficios tales como 220-064305 del 6 de junio de 2013, documento que, aunque extenso en su parte final hace una breve referencia al derecho de preferencia en una sociedad anónima, frente a la disolución de la sociedad conyugal, texto que se extrae, para responder la pregunta por usted formulada.

“(…) Por su parte la adjudicación es otra forma de adquirir la propiedad, la cual surge en virtud de un mandato legal y como consecuencia de un proceso judicial o privado en que no media el acuerdo de voluntades entre el anterior titular y el adjudicatario, por cuanto la misma se origina no ya en el acto o negocio jurídico como es la muerte o la liquidación, y por tanto, la sustitución que se produce en la titularidad del bien no obedece a un acuerdo directo de las voluntades de aquellos. (... .)

En este orden de ideas se puede afirmar que tales fenómenos jurídicos en razón a su naturaleza y de la forma como se produce el cambio de la titularidad de los bienes, son distintos, pudiéndose realizar de maneras diferentes y que, dependiendo de su finalidad, existe variedad de solemnidades o requisitos contemplados en la ley, que son los que a la postre determinan el régimen jurídico aplicable. (... .)

En efecto, la adjudicación como fue dicho, surge de un hecho jurídico que le da origen, es decir que es el hecho de la muerte, de la liquidación de la sociedad mercantil o de la sociedad conyugal el que da lugar a determinadas consecuencias jurídicas como es la mutación en la titularidad de los bienes objeto de la adjudicación, siendo ajena siempre a esta circunstancia la voluntad de del máximo órgano social, (...).

En resumen, para los fines que aquí interesan se concluye que tratándose de adjudicación de acciones por liquidación de la sociedad conyugal el derecho de preferencia previsto estatutariamente no se aplica, cómo sí debe observarse como condición para negociar libremente las acciones de las que es titular el accionista o accionistas que pretenden negociar o enajenar su participación total o parcialmente (Art. 403, Núm. 2º concordante con el Art. 407 C. de Co.).



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

En otros términos “El derecho de preferencia en la negociación de acciones, consagrado en los estatutos sociales de una compañía en desarrollo de lo previsto en los artículos 403, ordinal 2º y 407 del Código de Comercio, afecta los casos de “negociación” de acciones, pero no otras situaciones que, como la adjudicación de bienes de una sociedad en liquidación o de una sucesión, se verían entorpecidas si tales limitaciones se hicieran extensivas a ellas. En los casos de acciones que hagan parte del activo de una sucesión o de una sociedad en liquidación cuyos bienes serán distribuidos en especie, no se está frente a una enajenación de acciones que se realiza por la determinación libre del titular de las mismas, sino que se trata de una situación ajena a la voluntad de dicho titular” (Oficio 02176 de febrero de 1978).

Conforme a lo expuesto, se concluye que el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, previsto en los estatutos sociales de una sociedad por acciones, Entendido este como: “(...) un derecho de adquisición preferente sobre las acciones que otro accionista desee transmitir de modo que este no debe transmitirlos a terceros, sin haberlas ofrecido previamente a los restantes accionistas, si ninguno de estos las desea puede ejercerlas libremente”¹ no se aplica frente al supuesto de la liquidación de la sociedad conyugal por razón del divorcio de un socio, así los cónyuges concurren en forma “libre, recíproca y espontáneamente a liquidar su sociedad conyugal, por mutuo consenso”, pues la decisión en estos casos escapa a la consideración del máximo órgano social y se radica en el juez o en el notario, autoridad que decide sobre la situación jurídica planteada, sin tener en cuenta el derecho de preferencia establecido en el contrato social, por lo que el adjudicatario de las acciones no está sujeto al procedimiento previsto para agotar el ejercicio del derecho de preferencia.

1 Broseta Pont, Manual de derecho mercantil, 7ª Edición. Citado por Martínez Neira, Néstor Humberto, Catedra de Derecho Contractual Societario, Segunda Edición, Editorial Legis 2014, Pág. 608

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.