

OFICIO 220-161672 DEL 12 DE AGOSTO DE 2020

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL DERECHO DE RETIRO.

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia, mediante la cual se solicita se emita concepto sobre los siguientes aspectos:

- 1) *“¿Es posible contractualmente en los estatutos de una sociedad anónima tradicional y de una sociedad por acciones simplicidad (sic) establecer eventos distintos a los consagrados en la ley 222 de 1995, para el ejercicio del derecho de retiro o receso?”*
- 2) *¿Cuántas operaciones de retiro o receso, han sido autorizado la superintendencia de sociedades en el periodo comprendido entre los años 2014 al 2019?”*

Aunque es sabido, es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Adicionalmente, debe precisarse que esta Oficina carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de las dependencias misionales de esta Superintendencia.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Sin perjuicio de lo anterior, se procede a efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de índole general:

1. El Código de Comercio, dispone lo siguiente:

“Artículo 143: Los asociados no podrán pedir la restitución de sus aportes, ni podrá hacerlo la sociedad, sino en los siguientes casos:

1) Durante la sociedad, cuando se trate de cosas aportadas sólo en usufructo, si dicha restitución se ha estipulado y regulado en el contrato;

2) Durante la liquidación, cuando se haya cancelado el pasivo externo de la sociedad, si en el contrato se ha pactado su restitución en especie, y

3) Cuando se declare nulo el contrato social respecto del socio que solicita la restitución, si la nulidad no proviene de objeto o causa ilícitos.

Artículo 144. Los asociados tampoco podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo. El reembolso se hará entonces en proporción al valor nominal del interés de cada asociado, si en el contrato no se ha estipulado cosa distinta. (...).”

2. El artículo 12 de la ley 222 de 1995, señala: **“EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO.** Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad. En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en bolsa de valores. **Parágrafo.** Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá que existe desmejora de los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos: 1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad. 2. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital. 3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.”

3. Al respecto de la naturaleza del derecho de retiro, esta entidad indicó que este derecho está dirigido a proteger el interés de los asociados sobre

eventuales perjuicios de índole económico, por lo que dicha prerrogativa se torna restrictiva frente a lo determinado en la ley.¹

4. Así mismo, Reyes Villamizar señaló que *“la finalidad del retiro es evitar que, en determinaciones de gran trascendencia, la ley de las mayorías se convierta en un mecanismo de abuso, empleado contra los minoritarios (...)”*. Frente a éste derecho recuerda Reyes Villamizar que: *“(...) en el proyecto inicialmente cometido a consideración de la Cámara de Representantes en 1993, se incluían presupuestos amplios tales como la escisión, transformación o fusión, no solo con el aumento, sino también con disminución o mantenimiento de responsabilidad, la modificación fundamental del objeto social, el cambio de domicilio al extranjero, y, en general, todo acuerdo que contuviera el aumento de responsabilidad u obligaciones de los socios (...). Esa concepción, exageradamente amplia del derecho de retiro, se abandonó por entero en la cuidadosa revisión final que se hizo de la figura. (...). De la observación inicial de estas normas se avanzó hacia la reducción significativa de los presupuestos del retiro contemplados en el estatuto mercantil. (...) Es palmario, pues, que el legislador tomó, en forma consciente, claro partido por la tesis de regular restrictivamente el derecho de retiro. El avance de esta materia reside, por tanto, en la racionalización del derecho de retiro que estaba previsto en el Código de Comercio, mediante la disminución de los presupuestos que lo originan. Ello ha permitido una mayor adaptabilidad de la sociedad a los cambios que en el entorno económico demanda, en especial por la eliminación de derechos de veto, que pueden ser perjudiciales para el dinamismo de la sociedad”*².

Para contestar la primera inquietud relativa a regular el derecho de retiro en los estatutos de la sociedad anónima, es preciso indicarle al consultante que la norma que lo contempla, específicamente el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, es restrictiva, por lo cual solo para los eventos allí contenidos, se podrá ejercer éste derecho, particularmente por los socios que cumplan con las condiciones allí contempladas.

Ahora bien, frente al mismo derecho de retiro, pero en las sociedades por acciones simplificadas, es de indicar que la Ley 1258 de 2008, señala:

¹“(...) el derecho de retiro debe mirarse especialmente como un instrumento de protección al socio, como quiera que le brinda la posibilidad de retirarse de la sociedad cuando determinadas condiciones le sean desfavorables”. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 100-87155 (20 de septiembre de 1999). Dado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo II. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2017. p. 276. ISBN 978-958-35-1145-5.

² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo II. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2017. p. 278 - 279. ISBN 978-958-35-1145-5.

“Artículo 30. Normas aplicables a la transformación, fusión y escisión. Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificadas, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995. (...)

Artículo 32. Enajenación global de activos. Se entenderá que existe enajenación global de activos cuando la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el cincuenta (50%) o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de enajenación.

La enajenación global requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Esta operación dará lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial. (...)

Artículo 33. Fusión abreviada. 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. (...)

Artículo 45. Remisión. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.”. (Subraya fuera de texto).



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Con base en lo expuesto se evidencia que, el ejercicio del derecho de retiro, está restringido a los eventos determinados en las normas antes relacionadas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995³, y en ese sentido no se pueden pactar situaciones diferentes de las determinadas en la legislación nacional⁴.

Al respecto de la segunda inquietud planteada sobre las operaciones de retiro o receso que ha autorizado la Superintendencia de Sociedades, de 2014 a 2019, es de indicarle que ésta Entidad no autoriza dichas “operaciones”, dentro de sus facultades están las determinadas en el Decreto 1074 de 2015, igualmente en los artículos 82 al 87 de la Ley 222 de 1995 y la Circular Básica Jurídica No. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 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 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2016. p. 472. ISBN 978-958-35-1096-0.

4 REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Cuarta Edición. Bogotá. LEGIS Editores S.A. 2018. P. 287 a 289. ISBN 978-958-767-730-0