

OFICIO 220-042665 DEL 08 DE MAYO DE 2019

REF: ACUERDO DE ACCIONISTAS QUE IMPONE OBLIGACIONES A UN SOCIO

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número arriba citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la configuración de pactos de asociados o también llamados acuerdos para-estatutarios.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“¿Es posible, a la luz de la legislación comercial, hacer un pacto de socios o accionistas de una sociedad de derecho privado en la cual se acuerde que uno de los socios desarrolle una función específica (trabajo) dentro de la sociedad, por ejemplo, uno de los socios construirá un edificio para la sociedad de la cual es accionista?”

En atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia 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 en un caso concreto.

Observado el contenido de la consulta, se advierte que se propone un caso hipotético según el cual se plantea la posibilidad de celebrar un pacto de socios con el objeto de que uno de los socios se obligue frente a los demás socios a realizar una función específica (trabajo) en beneficio de la sociedad.

Como quiera que no sea posible en función consultiva asesorar la celebración de convenios o negocios particulares en los cuales intervenga una sociedad o sus socios, el Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre el asunto particular puesto en conocimiento.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

En su lugar, se reiterará la posición doctrinal que ha sostenido esta Superintendencia sobre el objeto de los pactos de socios o accionistas posibles en los diferentes contextos normativos que se encuentran vigentes.

Lo primero será manifestar que los acuerdos de accionistas son actos jurídicos, que constituyen acuerdos de voluntades entre los socios de una compañía encaminados a producir efectos jurídicos, relativos a la determinación de sus relaciones entre sí o el ejercicio de sus derechos y obligaciones. Son verdaderos contratos, en los términos de los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio.¹

1 Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra De Derecho Contractual Societario, Segunda Edición, Editorial Legis, 2014, Pág. 141

Debe señalarse además que tales pactos no se encuentran restringidos a las sociedades por acciones sino que son plenamente válidos en cualquier tipo societario y, que dado el impacto y la trascendencia que puedan tener en la toma de decisiones, en el gobierno corporativo y en el destino de la compañía, se estima prudente hacer las siguientes precisiones:

1. GOBIERNO CORPORATIVO

Como quiera que en la consulta no se especifican las calidades del socio destinatario de la obligación especial, y ante la eventualidad de que dicho asociado pueda ostentar en determinado tipo de pactos, simultáneamente la condición de Representante Legal de la compañía, se estima necesario partir de la previsión contenida en el Artículo 23, numeral 7°, de la Ley 222 de 1995.

Según la disposición indicada, es deber de los administradores:

“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

*“En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. **En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.**” (Resaltado fuera del texto).*

En este escenario, debe advertirse que cuando quiera que el destinatario de los acuerdos de asociados tenga además la condición de Representante Legal, (administrador), incurso en conflicto de intereses, deberá surtir, so pena de incurrir



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

en responsabilidad frente a la sociedad y frente a terceros, el procedimiento descrito en la norma transcrita, en el sentido de obtener autorización expresa de la Junta Directiva o del Máximo Órgano Social, para la realización del correspondiente acto o contrato.

En tal caso, existe aún una condición imperativa adicional, de mayor importancia, que consiste en que aun cuando el administrador obtenga la citada autorización, no podrá realizar ninguna gestión cuando quiera que el acto afecte los intereses de la compañía.

A juicio de este Despacho, se estima que aun cuando la previsión del conflicto de intereses se encuentra configurado normativamente como un deber del administrador, en general los pactos entre asociados tampoco podrán afectar los intereses de la compañía en beneficio de uno o más de los asociados, porque serían constitutivos de abuso del derecho.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LOS ACUERDOS DE ASOCIADOS

Los pactos entre socios, celebrados en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad privada y en virtud del principio de relatividad de los contratos, tienen fuerza vinculante entre los asociados que los suscriben, por virtud de las siguientes disposiciones:

A) Artículo 4° Código de Comercio

“Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

B) Artículo 822 Código de Comercio

“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa...”

C) Artículo 1602 Código Civil

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Las disposiciones transcritas son contundentes en fundamentar el derecho que asiste a los asociados de cualquier compañía en el sentido de disponer de los derechos subjetivos que les otorga la calidad de ser titulares de las participaciones sociales, para disponer de acuerdo a su voluntad, la forma, términos y condiciones para el ejercicio de tales derechos frente a otros asociados.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

3. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS ACUERDOS ENTRE ASOCIADOS

La legislación societaria vigente, ha reconocido la existencia, efectos y oponibilidad de los pactos entre asociados frente a la sociedad y frente a otros asociados no suscriptores, en los siguientes casos:

Contexto Normativo:

A) Ley 222 de 1995.

“ARTICULO 70. ACUERDOS ENTRE ACCIONISTAS. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.”

Posición doctrinal:

“Sobre el particular, me permito manifestarle que sobre el acuerdo entre accionistas o los denominados convenios de sindicación de acciones o sindicatos de accionistas a que se refiere el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, esta entidad se pronunció de manera clara y extensa, en el libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1997- Superintendencia de Sociedades, paginas 34, 35, 36, 37, 38 y 39, el cual me permito anexarle para su cabal conocimiento.

“De la lectura del citado pronunciamiento, se identifican plenamente los requisitos y limitaciones para la celebración del acuerdo que nos ocupa, a saber:

“A - En el artículo 70 de la ley 222, solo se consagra el denominado sindicato de voto, sin que ello sea impedimento alguno para que en ejercicio de la voluntad privada, se proceda a conformar otra clase de sindicatos.

“B - Solo pueden hacer parte del sindicato de voto, los accionistas que bajo ninguna condición tengan la calidad de administradores, de donde se infiere de manera nítida, con relación a su segunda inquietud, que en ningún caso un administrador que a su vez sea accionista de la sociedad, puede formar parte de un acuerdo entre accionistas o de sindicato de accionistas.

“C - Dentro del acuerdo de accionistas es perfectamente viable convenirse que uno o más de los accionistas que forman parte del acuerdo o un tercero



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

represente a todos en una o más de las reuniones que celebre el máximo órgano social de la compañía.

“D - El acuerdo entre accionistas debe constar por escrito y entregarse necesariamente al representante legal de la sociedad para su correspondiente depósito.”²

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-17650 del 18 de abril de 2002

Por su parte el Dr. Néstor Humberto Martínez Neira en su obra, Cátedra De Derecho Contractual Societario establece: *“Estos acuerdos constituyen la típica “sindicación de acciones” de mando y/o bloqueo, por virtud de los cuales los accionistas o un grupo de ellos convienen ex ante la forma como ejercer el derecho de voto en las asambleas de asociados, Pero, claro ésta, los acuerdos de accionistas pueden versar sobre otras materias.”*

3 Segunda Edición Editorial Legis. 2014. Pág 137

Contexto Normativo:

B) Ley 1258 de 2008

“ARTÍCULO 24. ACUERDOS DE ACCIONISTAS. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

“Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

“PARÁGRAFO 1o. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

“PARÁGRAFO 2o. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.”

Posición Doctrinal

“Los acuerdos entre accionistas según los términos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, son un compromiso al cual llegan libremente y por su propia voluntad varios asociados de la SAS.

“Dichos acuerdos podrán versar sobre cualquier asunto lícito y su utilidad estriba en poder conformar alianzas que funcionen paralelamente a los estatutos, sin contrariarlos, entendiendo que una vez se cumpla el depósito del respectivo acuerdo en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, éste deberá ser acatado por la compañía.

“(…) Ahora bien, si un acuerdo llegara a celebrarse por todos los accionistas, el camino en la dirección correcta sería que en este caso se traduzca necesariamente en una modificación a los estatutos sociales de la compañía, como quiera que al suscribirse en esas circunstancias, deja de ser un convenio que obliga a algunos, para convertirse en parte de las reglas que vinculan a todos los accionistas sin excepción y por ende, al cual deben someterse por su sola condición de asociados.

“Es claro entonces que el acuerdo entre accionistas por definición es paralelo a los estatutos y no pueden contrariarlos; por ende mal puede decirse que prevalezcan sobre aquellos. Si la intención es que algunos puntos de un acuerdo figuren en los estatutos sociales, es necesario adoptar una reforma estatutaria en tal sentido. Por consiguiente, un acuerdo entre accionistas, tal como está concebido por el artículo 24 citado, debe aplicarse según la forma como fue acordado, atendiendo que se trata de regular relaciones entre los asociados que lo suscriben.

“De ahí que en el evento que vaya a formar parte otra sociedad y desee acogerse a los términos de un acuerdo, habrá de someterse a lo que acuerden los involucrados. Por lo demás el ingreso de un nuevo accionista a una SAS debe estarse a lo que se pacte en los estatutos o en su defecto a las directrices señaladas en el artículo 45 de la Ley 1258 según la forma como se haya de llevar a cabo la vinculación.

“(…) Igualmente, frente a la incorporación en los acuerdos entre accionistas, de parámetros o cláusulas no contempladas en la legislación colombiana, el profesor Francisco Reyes Villamizar, (...), en su obra “SAS La Sociedad por Acciones Simplificada” –Tercera Edición actualizada, pagina 246, expresa: “El artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 permite que los accionistas de una SAS puedan celebrar válidamente acuerdos para-sociales, sin que exista limitación respecto de la persona que los suscriba o los asuntos lícitos sobre los que verse el pacto.

“En efecto, estos pueden referirse, entre otros temas, a la compra o venta de acciones, a la preferencia para adquirirlas, a las restricciones para transferirlas, al



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

ejercicio del derecho de voto y la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea.”

“(…) En el entendido entonces que los convenios citados son apenas algunos de los que pueden hacer parte de los acuerdos entre accionistas, es dable concluir a juicio de este Despacho que bien pueden introducirse convenios como los citados en su consulta, recalcando que la única limitante que impone la ley es que se trate de asuntos lícitos.”⁴

4 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-149844 del 10 de noviembre de 2015

Con respecto a la pregunta formulada, se infiere de los apartes transcritos que:

1. En tratándose de la previsión normativa prevista para los acuerdos de accionistas en el Artículo 70 de la Ley 222 de 1995, tales pactos pueden estar relacionados sobre el sentido del voto que ejercerán los accionistas para intervenir en las decisiones de la Asamblea General de Accionistas, entre otros temas.
2. Con respecto a los pactos celebrados al amparo del Artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, en las sociedades anónimas simplificadas, existe un amplio margen de configuración, que se encuentra limitado por dos condiciones:
 - i) Debe ser un acuerdo con objeto lícito.
 - ii) No debe ir en contra de los estatutos de la S.A.S.

Sin embargo, frente a la pregunta formulada, debe decirse además que el acuerdo de accionistas no puede violar la autonomía administrativa de la S.A.S., como persona jurídica autónoma e independiente, porque estaría en contra de sus estatutos.

En tales condiciones no es posible imponerle a la S.A.S., obligaciones de hacer, vía acuerdo de accionistas, que no se avengan a su plan de negocios o que restrinjan su libertad de escogencia del contratista que haya de ejecutar un proyecto determinado, pues en tal caso el acuerdo estaría sustituyendo las facultades del Representante Legal, en contravía de las normas de gobierno corporativo que rigen su desarrollo.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la 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.