OFICIO 220-052905 DEL 16 DE ABRIL DE 2018

ASUNTO: VENTA DE ACCIONES CON PACTO DE RETROVENTA.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-074816, mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, la que plantea los interrogantes relacionados a continuación.

- 1.- ¿Las acciones de una sociedad por acciones simplificada pueden ser vendidas a un tercero con un pacto de retroventa?
- 2.- En caso de ser posible la venta de las acciones de una sociedad por acciones simplificada con un pacto de retroventa ¿en ese contrato se puede pactar que al momento de la devolución de las acciones estas se devolverán al mismo valor que el comprador las adquirió?
- 3.- En caso de ser así ¿el comprador debe devolver las acciones sin recibir ningún tipo de rendimiento, valorización o incremento?
- 4.- ¿pueden los socios de una empresa vender acciones de una sociedad por acciones simplificada por debajo del valor patrimonial de las mismas?
- 5.- Cuando el valor patrimonial de las acciones de una sociedad por acciones se aumenta durante el tiempo que las acciones permanecieron en poder del comprador, la devolución de las acciones deberá incluir los rendimientos correspondientes?
- 6.- ¿Al vender las acciones de una sociedad por acciones simplificada con un pacto de retroventa, se puede pactar que al comprador no le es posible reclamar utilidades?

En primer lugar es de anotar que 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, mas no en relación con una sociedad, una situación, o contrato de índole particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Bajo esa premisa, a título ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de orden legal y doctrinal:

En primer lugar es sabido que de conformidad con las reglas generales previstas en Código de Comercio, las acciones distintas a las de goce o industria, confieren entre otros, el derecho de “recibir una parte proporcional de los beneficios sociales

establecidos en los balances de fin de ejercicio”, “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” y “recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad”¹.

Adicionalmente tratándose de acciones ordinarias, se tiene que éstas son libremente negociables, excepto las privilegiadas, las comunes con pacto de derecho de preferencia, las de industria no liberadas y las gravadas con prenda, cuya negociación se realizará conforme a lo previsto en los estatutos o autorizado por la junta directiva o asamblea general o dispuesto por el acreedor, según el caso², atendiendo que la enajenación de acciones puede hacerse por el simple acuerdo de las partes, pero “para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones”³.

Para el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS, a las cuales le resultan aplicables de manera supletiva las disposiciones antes aludidas, la Ley 1258 de 2008 determina que “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 solo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas”⁴; que “los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o la de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea”⁵, y que “toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho”⁶.

Por su parte, al regular el contrato de compraventa, el Código Civil establece que “por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra”⁷; que el vendedor tiene derecho a que el comprador le restituya la cosa vendida “con sus

1 Artículo 379.

2 Artículo 403.

3 Artículo 406.

4 Artículo 13.

5 Artículo 14.

6 Artículo 15.

aciones naturales” y a ser indemnizado de “los deterioros imputables a hecho o culpa del comprador”, así como el deber de pagar “las expensas necesarias, pero no de las invertidas en mejoras útiles o voluntarias que se hayan hecho sin su consentimiento”⁸, y que la acción de retroventa puede intentarse dentro de los 4 años siguientes a la fecha del contrato pero “en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada (...) ; y si la cosa fuere fructífera y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino de la próxima percepción de frutos”⁹.

Según la doctrina nacional, en acuerdo de retroventa no constituye un nuevo contrato de venta en el que el comprador venda nuevamente el bien a su vendedor sino un “retracto convencional” en el sentido de que el vendedor se reserva el derecho de resolver el contrato y consecuentemente de readquirir la cosa vendida, devolviendo al comprador el precio recibido de éste o la suma estipulada expresamente al efecto. Ejercida esta facultad de readquisición por el vendedor, el contrato de venta queda resuelto retroactivamente desde la fecha de su celebración, en forma tal que se supone que el vendedor ha tenido siempre la propiedad de la cosa, y que el comprador no ha sido en ningún momento propietario de ella”, y que hecho efectivo el pacto “hay lugar a que las partes se restituyan mutuamente lo que se habían entregado, y en general a las prestaciones mutuas que supone toda resolución” (César Gómez Estrada).

Adicionalmente señala que esta figura puede utilizarse como medio para garantizar el cumplimiento de obligaciones dinerarias, pues el acreedor queda cubierto de todos los riesgos “sin que siquiera en caso de incumplimiento del deudor se vea en la necesidad de acudir a la justicia para obtener la satisfacción de su derecho”, en el que el precio de retroventa constituye “la suma de dinero que represente el capital recibido más el valor total de los intereses estipulados correspondientes al plazo convenido”, pero en este caso sería posible al deudor demandar la declaratoria simulación del contrato de compraventa con pacto de retroventa y el reconocimiento del contrato de mutuo con garantía¹⁰.

En lo que atañe a la fijación del valor de las acciones, ilustra el concepto emitido mediante Oficio 220-048840 del 8 de abril de 2015, en el que esta Entidad precisa que “Respecto al precio de las acciones que se van a negociar, éste puede ser pactado libremente por las partes, de preferencia atendiendo las posibilidades previstas comercialmente para su valoración, sin que existan legalmente topes mínimos, ni máximos que la ley imponga para este tipo de negocio, como sí sucede para la suscripción de las mismas, evento en el cual, el numeral 4° del

artículo 386 ejusdem determina que su precio en ningún evento podrá ser inferior a su valor nominal”.

8 Artículo 1941.

9 Artículo 1943.

10 De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis. 2008. Páginas 126 a 133.

En cuanto hace a las utilidades, esta Superintendencia ha manifestado que los dividendos o frutos se perciben por quien tiene la condición de titular de las acciones en el momento en que se hace exigible cada pago, salvo que las partes establezcan otra cosa en el contrato de compraventa, atendiendo que **“los dividendos pendientes al tiempo de la negociación, pertenecerán en principio al adquirente de las acciones desde la fecha de la carta de traspaso, salvo pacto en contrario** acordado expresamente por las partes, lo cual implica que si entre cedente y cesionario nada se conviene al respecto, los dividendos pendientes pertenecen al adquirente de las acciones, no obstante lo cual les asiste a las partes la potestad legal de estipular lo contrario, esto es que los mismos pertenezcan al enajenante, en cuyo caso lo expresarán en la misma carta u orden de traspaso. En ese evento obviamente prevalece la voluntad de las partes válidamente acordada, razón por la cual se estará a lo que ellas hayan convenido de forma expresa, teniendo en cuenta en todo caso que éstas son relaciones entre cedente y cesionario y, que para la sociedad como se indicó, rige lo dispuesto en el artículo 455 citado, porque solamente cuando se inscribe la enajenación en el libro de registro de acciones, surte todos sus efectos la transferencia frente a ella y a los terceros en general, según los términos del artículo 406 ibídem”¹¹.

Conclusión:

De las consideraciones expuestas se evidencia que, sin perjuicio de las restricciones o prohibiciones que los estatutos sociales estipulen sobre el particular, nada obstaría en concepto de este Despacho, para que las acciones en una sociedad por acciones simplificada SAS puedan ser vendidas “con pacto de retroventa”, en virtud del cual la cesión de las mismas se realiza con el cumplimiento de todos los requisitos legales, pero en el contrato se incluye una cláusula que permite al vendedor o cedente recobrar los títulos bajo las condiciones y dentro del plazo acordados, a cambio del mismo precio de venta o a un precio distinto previamente establecido, y al adquirente o cesionario recibir el precio pactado más los gastos en que hubiera incurrido en el cuidado de aquellas,

o a disponer de las mismas si no se ejerció la acción de recobro en los términos consagrados en la ley.

Así mismo se advierte que el precio tanto de la venta, como la retroventa de las acciones, es fijado libremente por las partes a su entera discreción, pues la ley no establece condicionamiento alguno sobre este asunto, ni es asunto que concierna a la sociedad, y que la participación en las utilidades de la sociedad también depende de lo acordado en el contrato respectivo, atendiendo que ante la ausencia de estipulación, las mismas corresponden a quien tenga la condición de propietario al momento de su exigibilidad.

11 Oficio 220-75108 del 12 de noviembre de 2003

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes anotar que esta Entidad ha proferido una extensa doctrina sobre el régimen legal aplicable las SAS, que puede consultarse directamente la P. WEB, donde se encuentra además la Cartilla que responde a las preguntas frecuentes, y la Circular Básica Jurídica, entre otros.