

OFICIO 220-060621 DEL 02 DE MAYO DE 2018

Ref: EFECTOS DEL DERECHO DE RETIRO – Rad. 2018-01-091316

Distinguido doctor:

Me refiero a su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual tuvo a bien formular una consulta, previa exposición de una serie de antecedentes, parte de los cuales es oportuno transcribir:

“En el contexto legal societario, gran parte de nuestra doctrina entiende que, la sola anunciación a la administración del ejercicio del derecho de receso o retiro, no implica, per se, la pérdida de la calidad de socio o accionista, sino que con esta notificación se da inicio a un proceso con el fin o propósito de desvincularlo. Para esta corriente de pensamiento, la pérdida se da una vez aceptada la oferta conforme las normas que regulan la materia.

“Así, con fundamento en los artículos 14 y siguientes de la Ley 222 de 1995, tratándose del ejercicio del derecho de retiro se distinguen las siguientes etapas:

“1.1. Previas al receso.

“1.1.1. Notificación al representante legal, por el socio o accionista ausente o disidente, dentro de los 8 días siguientes a la fecha de celebración de la reunión en la que adoptó la respectiva decisión.

“1.1.2. Determinación de la existencia de la causal que da lugar al receso o retiro.

“1.1.3. Traslado a los otros socios o accionistas a efectos que decidan, sobre si ejercen o no la opción de compra en su favor.

“1.1.4. Traslado nuevamente a la sociedad, para que decida sobre la readquisición de las participaciones, de no existir interés en cabeza de los otros asociados, de ejercer la opción de compra sobre la totalidad o parte de las acciones, cuotas o partes de interés ofrecidas.

1.1.5. Avalúo, en caso de que las partes no se pusieren de acuerdo en el valor de las participaciones objeto de negociación o reembolso.

“1.2. Concomitantes con el receso:

1.2.1. Compraventa, en caso que hubiere acuerdo sobre el precio, y los otros asociados o la sociedad, adquieran las participaciones ofrecidas, título que implica la correspondiente inscripción de la transferencia en el libro de registro de accionistas, o

“1.2.2. Readquisición por la sociedad, de las acciones, cuotas o partes ofrecidas, siempre y cuando existan utilidades liquidadas o reservas constituidas para el efecto, o

“1.2.3. Disminución del capital con efectivo reembolso de aportes, en caso que, surtidas las etapas previas anteriores, ni los otros asociados, ni la sociedad, hubieran adquirido total o parcialmente las participaciones ofrecidas en ejercicio de este derecho. Al igual que en los numerales anteriores, tratándose de sociedades por acciones, la cancelación de los títulos objeto de reembolso deberá inscribirse en el libro correspondiente.

“Finalmente, solo hasta tanto el máximo órgano social aprueba la disminución del capital con efectivo reembolso de aportes (numeral 1.2.3 anterior), es que debería hablarse de una cuenta por pagar en cabeza de la sociedad, cuyo tercero es el ex asociado, con la correspondiente cuenta por cobrar, resultado del traslado contable, del patrimonio al pasivo, de los valores correspondientes a aquellas cuentas del patrimonio que se disminuyen con ocasión del reembolso.’

“Ello, una vez agotado el traslado a los otros asociados, y a la misma sociedad, a efectos de que agoten la opción de compra, o la posibilidad de readquirir las participaciones, en ese orden.

“Consulta

A partir del contexto y los antecedentes anteriores, como punto de partida para entender las verdaderas implicaciones del ejercicio del derecho de retiro, y considerando la doctrina sentada en oficio 220-24650 del 18 de mayo de 2005, en el que la Superintendencia entendió que el ejercicio de este derecho lleva aparejada ‘la pérdida de *la condición de socio casi de forma inmediata*’ (subrayas fuera del texto original), respetuosamente comparezco ante ese Despacho para conocer:

1. “¿Cuáles son los denominados “*efectos*” del ejercicio del derecho de retiro por parte de un socio o accionista ausente o disidente?
2. “Mientras se agotan las etapas previas al receso, 1.1.1 a 1.1.4, ¿de quién son las utilidades que el ente social tenga registrado en su patrimonio, en caso de aprobarse su distribución?
3. “¿Debe el socio o accionista que notifica al representante legal su decisión de retirarse, seguir declarando ante las autoridades tributarias la titularidad sobre las acciones, cuotas o partes de interés?

4. “Dependiendo de la modalidad, compraventa, readquisición o disminución con efectivo reembolso de aportes, ¿En qué momento u oportunidad se cancelarían las cuotas, partes de interés, o los títulos correspondientes a las participaciones que ofrece el socio o accionista que notifica su intención de (SIC) notificarse?”

5. “¿Qué pasa en aquellos eventos en los que las participaciones se encuentran pignoradas a favor de terceros?”

6. “Si en gracia de discusión aceptáramos la tesis según la cual, a partir del recibo de la comunicación a través de la cual que se ejerce el derecho de retiro el accionista o socio pierde tal calidad y se transforma en acreedor de la sociedad ¿quién sería el tercero deudor en este escenario, los otros asociados o la sociedad?”

Evaluado el contenido de la petición, amén de la minuciosa descripción de los antecedentes que la justifican, se aprecia que la consulta en esencia se circunscribe a determinar cómo y cuándo se producen los efectos derivados del ejercicio del derecho de retiro que la ley consagra en favor del socio ausente o disidente, para los eventos de transformación, fusión o escisión, cuando estas reformas impongan a los asociados una mayor responsabilidad, o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, o cuando en la sociedad por acciones se cancela la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en Bolsa de Valores, según lo establecen los artículos 12 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

Sobre el particular, el artículo 14 de la citada Ley, específicamente dispone:

“ARTICULO 14. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO Y EFECTOS. Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal.

“El retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que se reciba la comunicación escrita del socio y frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de registro de accionistas. Para que proceda el registro bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro.

“Salvo pacto arbitral, en caso de discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro, el trámite correspondiente se adelantará ante la entidad estatal encargada de ejercer la inspección, vigilancia o control.

“Si la asamblea de accionistas o junta de socios, dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, la revoca, caduca el derecho de receso y los socios que lo ejercieron, readquieren sus derechos, retrotrayéndose los de

naturaleza patrimonial al momento en que se notificó el retiro al representante legal.” (s.f.t.)

Como de la lectura de la norma se observa, no hay lugar a discusión sobre el momento a partir del cual produce efectos jurídicos el derecho de retiro e igualmente de los alcances que ostenta, pues su texto es categórico al indicar de una parte, que éste tiene lugar, frente a la sociedad, a partir de la comunicación escrita del socio afectado y, frente a los terceros, a partir de la inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de registro de accionistas, y de otra parte, que quien ejerce el retiro, sólo podrá readquirir los derechos de accionista, cuando quiera que la decisión del máximo órgano social sea revocada.

Dicho de otra manera, lo anterior implica que frente a la sociedad, la calidad de socio del recedente efectivamente desaparece desde el momento mismo en que se entrega la comunicación escrita del retiro al representante legal y, frente a los terceros, desde la correspondiente inscripción de la decisión en el Registro Mercantil o en el libro de registro de accionistas, según corresponda, e igualmente, que para todos los efectos, quedan en suspenso los derechos que le son inherentes.

Tal ha sido el criterio de esta Superintendencia y en ese sentido lo expresa la Circular Básica Jurídica, contenida en la Circular Externa No. 100-00005 del 22 de noviembre de 2017, Capítulo VI, numeral 3, que trata de los Alcances y efectos del Derecho de Retiro, en torno al cual describe el proceso que se sigue en ese evento:

“g) El retiro surte efectos frente a la sociedad desde el momento en que sea recibida la comunicación escrita del asociado donde manifieste su decisión de retirarse. El retiro surte efectos frente a terceros desde la inscripción de su manifestación en el libro de registro de accionistas, en el caso de sociedades por acciones, y en el registro mercantil, en el caso de las demás sociedades, para lo cual bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro.”

(...)

“m) Si bien el mencionado reembolso implica una disminución de capital, en este caso no será necesario solicitar autorización previa de esta Superintendencia para realizar dicha disminución, por cuanto debe entenderse que la misma surge como consecuencia de la facultad establecida en la ley para ejercer el derecho de retiro, y no de una operación individualmente considerada sujeta al procedimiento establecido en el artículo 145 de; Código de Comercio, máxime cuando el artículo

17 de la mencionada ley sanciona con ineficacia la estipulación que haga nugatorio su ejercicio”

El profesor Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades, en su obra Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades¹, se ocupa del Derecho de Retiro y a ese propósito explica:

1 Reyes Villamizar Francisco. Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades, Editorial Temis, Bogotá D.C., Colombia, 2000, Pag 227.

“La Ley 222, además de establecer claras pautas para el ejercicio del derecho de retiro, regula el momento a partir del cual tiene efecto, las consecuencias que se producen y la forma como se garantiza la compensación económica del recedente.

“Una vez cumplidos por parte de la sociedad los mecanismos de publicidad ya mencionados, el socio ausente o disidente tiene la opción de ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la decisión, mediante comunicación escrita dirigida a la sociedad. Es un término más breve que el que estaba previsto en el artículo 168 del Código de Comercio, pero no por ello insuficiente. Debe recordarse que a los ocho días hábiles de que habla la norma se suman otros quince, por lo menos, que son los requeridos para el derecho de información especial a que alude el artículo 13 de la ley 222 citada. La reducción del término para ejercer el derecho, en alguna medida contribuye a facilitar la conclusión de la operación en un lapso menos prolongado.

“Ahora bien, el retiro produce efectos respecto a la sociedad desde el momento del recibo de la comunicación escrita del socio. La eficacia ante terceros de la separación guarda armonía con el régimen de transferencia de las participaciones de capital en las distintas formas asociativas. Así, los efectos del retiro se producen ante terceros a partir de la inscripción en el registro mercantil de la comunicación del socio, si se trata de cuotas sociales o partes de interés, o en el libro de registro de accionistas, si se trata de sociedades anónimas o en comandita por acciones y el recedente es comanditario.” (Se subraya)

Ahora, de lo expuesto se desprende que si bien es cierto, el mecanismo está diseñado de manera tal que se tutele el interés jurídico del socio en retirarse, con el consiguiente derecho al reembolso, como el interés de la sociedad en mantener la integridad del capital social, que se explica al contemplar la reducción del capital como última instancia, también es cierto que el ejercicio del derecho de retiro puede ocasionar un conflicto societario, que se materializaría en el interés del recedente, por la suma que debe recibir por sus acciones o por el valor del efectivo reembolso de sus aportes; por el momento en que va lo a recibir y, por la

forma y condiciones de pago, ante la eventualidad de que la sociedad incumpla las obligaciones que le impone el receso.

Y es que también para la sociedad se produce una tensión, pues la decisión de la fusión, escisión o transformación adoptada con anterioridad, tenía unas proyecciones financieras que partían del capital social determinado a la fecha de la decisión respectiva, circunstancia que puede tornarse inconveniente en un eventual escenario de retiro con disminución de capital y efectivo reembolso de aportes.

A su vez, para los acreedores igual surge la preocupación de que el retiro pueda llegar a afectar su prenda común, representada en el capital de la sociedad.

Sin embargo, las normas que regulan la figura del derecho de retiro, contienen un completo marco de orden público que brinda certeza a todos los intervinientes y como se advirtió, protege efectivamente los intereses de unos y otros, al establecer un procedimiento cierto y perentorio, que incluye términos, plazos y consecuencias, respecto a las actuaciones que debe surtir la sociedad por conducto de sus administradores, para definir el destino de las acciones, una vez que es enterada de la decisión de retiro.

De igual forma, a la sociedad le asiste la posibilidad de revocar la decisión del máximo órgano social y caso en el cual caducará el receso, y el, o los recedentes readquieren los derechos que fueron suspendidos.

Es así como el Artículo 15 de la Ley 222 ordena, estrictamente, que dentro de los cinco días siguientes a la notificación del retiro, la sociedad debe ofrecer las acciones, cuotas o partes de interés a los demás socios para que las adquieran dentro de los quince días siguientes, a prorrata de su participación en el capital social.

Seguidamente se ordena que, cuando los socios no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, la sociedad, dentro de los cinco días siguientes, las readquiera, siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas para el efecto.

El Artículo 16 ibídem, establece que en los casos en que los socios o la sociedad no adquieran las acciones, cuotas o partes de interés, procederá el efectivo reembolso de aportes restantes, para lo cual se fija un plazo perentorio de dos meses siguientes al acuerdo sobre el valor monto del reembolso o al dictamen pericial.

En beneficio de la sociedad se contempla la posibilidad de solicitar a la entidad de supervisión, plazos adicionales no superiores a un año, para efectuar el pago de

los aportes cuando se vea afectada su estabilidad económica, caso en el cual se establece para el recedente la causación de intereses a la tasa corriente bancaria.

Adicionalmente, la entidad de supervisión, dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión de reforma, está facultada para determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando establezca que el reembolso afectará la prenda común de los acreedores.

Finalmente, se determina responsabilidad subsidiaria en cabeza de quienes ejercen el derecho de retiro, hasta el monto de lo reembolsado, por las obligaciones contraídas hasta la inscripción en el registro mercantil. La responsabilidad subsidiaria se extiende durante el año siguiente a la inscripción del retiro en el Registro Mercantil.

El incumplimiento del marco que regula las obligaciones descritas, genera responsabilidad para los administradores, por los perjuicios que se ocasionen al recedente, a la sociedad o a los terceros acreedores.

La responsabilidad del representante legal puede ser de naturaleza administrativa ante los órganos de supervisión, y puede derivar en sanciones pecuniarias por violación a sus deberes en los términos de los Artículos 23 y 86, numeral 3°, de la Ley 222, o incluso en la remoción, de conformidad con el Artículo 85, numeral 4, de la misma normativa.

A la vez, es dable perseguir la responsabilidad extracontractual de los administradores, prevista en el Artículo 24, ibídem, para lo cual habrá de acudir al Juez Competente.

A este respecto es importante llamar la atención en la prerrogativa adicional de que dispone el recedente afectado, de acudir a la acción judicial, cuando quiera que se suscite alguna situación de conflicto que entorpezca o impida el curso regular del proceso que posibilite el pago efectivo el reembolso de los aportes.

Es así que el Artículo 24, numeral 5°, del Código General del Proceso, le otorgó facultades jurisdiccionales la Superintendencia de Sociedades entre otros para:

“

“b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.”

Así lo confirma la providencia de que da cuenta el Acta 820-000636 del 10 de abril de 2018, en la que el Despacho judicial, declaró el incumplimiento de parte del

administrador de la obligación establecida en 15 de la Ley 222 de 1995, sobre el derecho de retiro, e impartió las ordenes a que hubo lugar.

Con fundamento en las consideraciones expuestas procede referirse así a las preguntas formuladas:

a. Los efectos del ejercicio del derecho de retiro.

El primer efecto del ejercicio del derecho de retiro no es otro que la pérdida inmediata de la calidad de asociado y, por consiguiente, la pérdida de la titularidad de las acciones, cuyos derechos quedan en suspenso hasta tanto haya un nuevo titular de las mismas.

Se pierden en consecuencia los derechos inherentes a la calidad de asociado, como el derecho de voto y el derecho a las utilidades, desde la comunicación de la decisión de retiro.

Paralelamente, surge para el ex socio el derecho al pago de las acciones o el derecho al reembolso de sus aportes según corresponda, y a la liquidación a prorrata de utilidades hasta la fecha del retiro.

b. De quién son las utilidades después de la manifestación del retiro.

Como quiera que las acciones queden en suspenso, no se causan utilidades para las mismas hasta tanto haya un nuevo titular.

c. Declaración ante la autoridad tributaria sobre la titularidad de acciones, cuotas o partes de interés.

Los efectos tributarios de la decisión de retiro son inmediatos, de manera que con posterioridad al ejercicio de este derecho, no hay lugar a contabilizar las acciones, cuotas o partes de interés en el patrimonio del ex socio.

d. Momento para la cancelación del reembolso de aportes, o de la venta de las acciones.

Como fue expuesto, existe un procedimiento legalmente reglado que define con precisión los plazos perentorios para que la sociedad ofrezca primero las acciones a los demás accionistas, en su defecto para que las readquiera, y finalmente si esto no es posible, para que se proceda al efectivo reembolso de aportes.

e. Acciones pignoras a terceros.

El ejercicio del derecho de retiro, como fue expuesto, no suspende los derechos de terceros, de manera que en tratándose de acciones pignoradas, se mantiene vigente la restricción prevista en el Artículo 403 del Código de Comercio.

Según la disposición invocada, las acciones gravadas con prenda, requieren de la autorización del acreedor para poder ser negociables o transferibles:

“... ”

“4ª) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor”

Así las cosas, no es procedente ejercer libremente el derecho de retiro sobre acciones gravadas con prenda, toda vez que el mismo implica en últimas su transferencia a los otros socios, a la sociedad o su cancelación y reembolso de aportes, razón por la cual será preciso para ese fin obtener el consentimiento del acreedor.

En consecuencia, es dable observar que cuando haya acciones gravadas con prenda, lo pertinente a juicio de esta oficina es que su titular sustituya la garantía de la deuda correspondiente para obtener el levantamiento de la prenda y así poder ejercer libremente el derecho de retiro.

f. Deudor del ex socio.

Como quiera que el ejercicio del derecho de retiro produce efectos inmediatos a partir de la entrega de la comunicación escrita al representante legal y a partir de ese momento es la sociedad la que asume la obligación de ofrecer las acciones, readquirirlas o efectuar el reembolso de los aportes, resulta evidente que el deudor del recedente lo es la sociedad, hasta tanto se defina la adquisición por otro socio, la readquisición o el reembolso de aportes, según corresponda.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos previstos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.