

¿SUCESIONES O SOCIEDADES? *

PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA¹

Contenido	
INTRODUCCIÓN.....	2
I. CONCILIACIÓN DE LOS CAMPOS SUCESORAL Y SOCIETARIO	6
A. EN LAS SOCIEDADES EN COMANDITA.....	8
B. EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y EN NOMBRE COLECTIVO	9
C. EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.....	10
II. EFECTOS DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA CONDICIÓN DE HEREDERO Y EN LA SOCIEDAD	14
CONCLUSIÓN.....	18

* Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de mayo de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia; Corso di specializzazione in Diritto della Integrazione. Università degli Studi di Roma; Corso di Perfezionamento in "Giuristi d'Impresa".Università degli Studi di Bologna; Candidato a Doctor de las Universidades Externado, Javeriana y Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Se desempeñó como asesor de la Superintendencia de Sociedades en la Delegatura de Estudios Jurídicos y Económicos y fue jefe de la División de Concordatos de la misma entidad. Actualmente se desempeña como abogado independiente, de empresas y litigante en el área de derecho mercantil.

INTRODUCCIÓN

Muy a pesar del fenómeno de la diversificación del Derecho, verificable por la expedición cada vez mayor de normas dirigidas a disciplinas jurídicas concretas,² y de la duplicidad de códigos de Derecho privado en el ordenamiento jurídico colombiano, uno de los campos en donde se puede observar con mayor énfasis la unidad del sistema y la permanente interrelación de las distintas ramas de la ciencia jurídica es el Derecho de sociedades en la perspectiva del tema sucesoral.

Pareciera que estos campos jurídicos son independientes y no se tocan, en especial al constatar que la sucesión por causa de muerte constituye en Colombia un modo de adquirir el dominio³, que se disciplina en lo general en el libro III de nuestro Código Civil,⁴ mientras que las sociedades comerciales se encuentran previstas en el Código de Comercio⁵, que contempla su surgimiento a la vida jurídica principalmente por la celebración de un contrato, ya que a partir de 2008 es posible dicho nacimiento de un acto o negocio unilateral dirigido a la constitución de una Sociedad por Acciones Simplificada.⁶ Por lo tanto, podría decirse que el Derecho de sucesiones es un asunto propio del Derecho de bienes y que el Derecho de sociedades hace referencia a un tema distinto en la medida que se halla en el campo obligacional y más concretamente en el mundo de los

² En Colombia tenemos cada vez más leyes "especiales" promulgadas para disciplinar áreas particulares del Derecho, optando entonces el legislador por referirse a asuntos concretos que dedicarse a la reforma integral de los códigos. Así, por ejemplo, y sólo en el tema mercantil, están las leyes de insolvencia, de comercio electrónico, de competencia, de sociedades por acciones simplificada, etc.

³ Código Civil, art. 673.

⁴ Haciendo la aclaración de que en Colombia las sociedades civiles se disciplinan por las normas del Derecho de Sociedades de carácter mercantil, esto por expresa disposición de la Ley 222 de 1995.

⁵ Código de Comercio, artículo 98 y siguientes. En Colombia, las sociedades comerciales se disciplinan, en lo general, por el libro II del Código de Comercio, que en los últimos años ha tenido dos reformas importantes: la implementada mediante la Ley 222 de 1995 y la llevada a cabo mediante la Ley 1258 de 2008 que acogió en nuestro Derecho de Sociedades la Sociedad por Acciones Simplificada, instituto que ha sido claramente inspirado en el Derecho de Sociedades francés.

⁶ Es claro que la admisión de la sociedad unipersonal es otorgar patente a la visión que concibe a la sociedad mercantil como un efecto del negocio jurídico que la genera, descartando la confusión entre el acto o negocio con el ente societario. El cambio, en términos prácticos, es que las sociedades comerciales ya no tendrán como única fuente al contrato sino que además desde 2008, por cuanto somos del parecer que en la Ley 1014 de 2006 no se contempló la unipersonalidad societaria, se permite que la sociedad pueda tener como génesis un acto o negocio jurídico unilateral cuando estamos ante la Sociedad por Acciones Simplificada.

contratos, ya que el ente societario vendría a ser como un centro en donde los participantes en la empresa social disponen de sus intereses⁷.

Pero ambas áreas jurídicas, a pesar de encontrarse cada una en su propio código de Derecho privado, tienen por objeto, en el fondo, el tema relacionado con la riqueza y su circulación, o por el contrario, su inmovilización, ejerciendo cada vez más una mayor influencia en este argumento la disciplina tributaria que se constituye como un factor esencial al momento de determinar, por quien desea disponer en vida de sus bienes, a cuál de estas dos disciplinas jurídicas otorgar prevalencia, si al Derecho de sucesiones o al Derecho de sociedades.

Si bien el Derecho de sociedades tiene por objeto último a la Empresa, entendida esta como una actividad económica organizada⁸ a la que se le adjudica en nuestro ordenamiento jurídico una función social⁹ (lo que implica necesariamente una movilidad de los factores de la producción en una economía capitalista en la que las sociedades comerciales y la figura del contrato son protagonistas principales), es claro que el orden societario puede ser utilizado para obtener soluciones que son difíciles o imposibles de lograr aplicando la normativa propia del Derecho de sucesiones.

El incentivo principal para lograr por intermedio del Derecho de sociedades objetivos que en el campo sucesoral son poco probables de alcanzar, además del tributario, es el concerniente a la libertad que prima en el primero respecto al carácter restrictivo de las normas propias del Derecho de sucesiones que obligan a disponer, al menos con un mínimo de bienes, de determinada manera y cuantía, sin que quepa modificar dichos preceptos ya que, de lo contrario, el Derecho sustituirá, o mejor corregirá, la voluntad de quien dispone.¹⁰

Por el contrario, el Derecho de sociedades está inspirado por el principio de prevalencia de la voluntad de quien dispone de sus intereses en sede contractual, y existe en nuestro ordenamiento norma que señala que las estipulaciones contractuales (recordemos que la sociedad comercial como persona jurídica surge principalmente de un contrato) prevalecen sobre las normas supletorias,¹¹ erigiendo entonces a la autonomía privada en fuente de Derecho comercial,¹² salvo que los pactos o disposiciones vulneren normas imperativas, evento ante el cual se estará ante una causal de invalidez absoluta del acto

⁷ Sobre la concepción de las sociedades comerciales, especialmente de la sociedad anónima, como centro donde los agentes económicos celebran una multiplicidad de contratos, y no sólo el de sociedad, puede verse Frank EASTERBROOK-DANIEL FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1991.

⁸ Código de Comercio, art. 25.

⁹ Constitución Nacional, art. 333.

¹⁰ Código Civil, art. 1127.

¹¹ Código de Comercio, art. 4.

¹² GABINO PINZÓN. *Introducción al Derecho Comercial*, Bogotá Temis, 1985.

jurídico.¹³ Se resalta eso sí que el nacimiento contractual o comercial de la sociedad comercial involucra, sin lugar a dudas, y a pesar de los infructuosos y continuos intentos para ello, la aplicación de la teoría general del contrato o del negocio jurídico contenida en la normativa de Derecho privado.

Al respecto debe tenerse muy en cuenta que el Derecho de sociedades aporta principios fundamentales para el sistema capitalista, tales como la personalidad jurídica,¹⁴ la responsabilidad limitada,¹⁵ la separación entre gobierno societario y propiedad sobre las participaciones de capital, etc., filosofía que le proporciona a quienes acuden a las compañías mercantiles un importante mecanismo de organización patrimonial o empresarial; es decir, beneficios que el Derecho de sucesiones no suministra, por lo menos de manera directa.

Así las cosas, la sociedad forma una persona jurídica distinta a los socios o accionistas individualmente considerados, persona moral que será, en principio, la responsable por las obligaciones propias, sin que sus acreedores puedan perseguir a los socios o accionistas, y viceversa, los acreedores personales de los socios no podrán esperar de la sociedad el pago de sus acreencias. Se resalta eso sí que la personalidad jurídica de la sociedad comercial no tiene como objetivo primordial limitar la responsabilidad de los socios o accionistas, sino más bien el de dotar de autonomía patrimonial a la empresa con el fin de que las vicisitudes patrimoniales de los socios o accionistas no se trasladen o comuniquen a la actividad económica organizada.¹⁶

Adicionalmente, por las facilidades propias del Derecho de sociedades es posible que quien dispone de sus bienes se reserve la dirección o manejo de ellos pero a nombre de la persona jurídica societaria, esto por cuanto es posible diseñar el gobierno de la sociedad con fundamento en un amplio margen de la autonomía privada.¹⁷ Es clave entender que en Derecho mercantil el protagonista es el contrato y no, como ocurre en el tradicional Derecho civil, la propiedad,¹⁸ motivo por el cual en el primero la esencia muy probablemente no es ser propietario sino poder disponer de los bienes como si se fuera

¹³ Código de Comercio, inc. 1.º art. 899.

¹⁴ Código de Comercio, art. 98.

¹⁵ Código de Comercio, arts. 323, 353 y 373; y art. 1.º Ley 1258 de 2008.

¹⁶ Sobre este punto en particular puede verse HENRY HANSMANN y REINIER KRAAKMAN. "What is Corporate Law?", en AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 6 y ss.

¹⁷ Código de Comercio arts. 181 y ss.; arts. 419 y ss. referidos a la Sociedad Anónima pero aplicable a otros tipos de sociedad y, finalmente, las facilidades que al respecto otorga la Ley 1258 de 2008 que consagró la sociedad por acciones simplificada.

¹⁸ Puede verse FRANCESCO GALGANO. *Derecho Comercial*, t. I., Bogotá, Temis, 1999, pp. 11 y ss.

dueño, tal como hace, por ejemplo, un socio gestor en el ámbito de la sociedad en comandita.¹⁹

Se resalta que en esta materia la responsabilidad limitada es fundamento y principio esencial, en combinación con la personalidad jurídica, del Derecho de sociedades, pues así se garantiza la posibilidad de diversificar el riesgo en la actividad empresarial, asunto básico del capitalismo actual y que es un atractivo para quien quiera disponer definitivamente de sus bienes, en vida, sin perder la posibilidad de definir el destino de los mismos.

Lo cierto es que el Derecho de sociedades es usufructuario de una excepción a la regla general existente en nuestro Derecho patrimonial consistente en la prenda general de los acreedores, privilegio que es predicable según los tipos societarios que el legislador diseñó teniendo en cuenta factores como la participación de los socios o accionistas en la administración, el pago de los aportes, etc. Es claro, eso sí, que el vocablo inversión implica limitación en la apuesta, motivo por el cual, desde el punto de vista económico, la prenda general no tendría mucho asidero, factor que justifica la limitación, total o parcial, de la responsabilidad del socio o accionista en algunos tipos de sociedad, medida que por cierto se constituye en un incentivo fundamental a la actividad económica.²⁰

A lo anterior se suma una facilidad adicional y es la consagración del principio de tipicidad societaria en nuestro ordenamiento jurídico, fundado, de una parte, en razones económicas como la dimensión o tamaño de la empresa, la cercanía o lejanía del gobierno corporativo, y de la otra, en principios jurídicos ya mencionados aquí como la responsabilidad limitada como excepción a la regla general de la prenda de los acreedores.²¹ La tipicidad societaria es una garantía importante para el tráfico mercantil, pues se conocen de antemano las reglas esenciales de cada compañía mercantil, factor que sin duda constituye una defensa tanto para quienes tienen vocación para heredar como para todos los terceros que entren en contacto con los entes societarios.

¹⁹ Una de las diferencias importantes entre la vieja sociedad en comandita, simple o por acciones, y la nueva sociedad por acciones simplificada, es que en la segunda necesariamente se debe ser accionista, mientras que en la primera no es menester tener cuotas o acciones por parte del gestor que, al fallecer, no involucra para nada al ente societario. Ello sin contar con la libre disposición que del patrimonio social normalmente tiene el socio gestor, requiriéndose para limitar sus facultades un elemento accidental del contrato, posibilidad que si bien es posible en la sociedad por acciones simplificada requiere acudir a los elementos accidentales del negocio jurídico.

²⁰ EASTERBROOK y FISCHER. "Limited liability and the Corporation", en *Chicago Law Review*, n.º 89, 1985. Se recuerda entonces que la responsabilidad limitada es factor determinante del surgimiento de los grupos empresariales. Al respecto puede verse BERARDINO LIBONATI. "Responsabilità nel e del gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratoria, delle varie società)", en *I Gruppi di Società*, Milano, Giuffrè, 1996, t. III, pp. 1489 y ss.

²¹ C. C., art. 2488.

Entonces, existen diferentes tipos de sociedades, clasificados según el criterio que se adopte: por la forma como se divide el capital social se habla de sociedades por partes de interés,²² sociedades por cuotas sociales²³ y sociedades por acciones; dependiendo de si negocian o no sus participaciones de capital en el mercado público de valores se hablará de sociedades no inscritas e inscritas;²⁴ y según la fungibilidad de la condición de socio o accionista se menciona a las sociedades de personas y de capitales, categorías que se relacionan mucho también con la responsabilidad de los socios o accionistas por las deudas sociales.

Los distintos tipos de sociedad tienen su disciplina básica en el libro II del Código de Comercio, aplicable como se dijo también a las sociedades civiles, el cual está dividido en una parte general, aplicable a todos los tipos de sociedad,²⁵ y en una parte especial, que tiene que ver con las reglas particulares, que prevalecen sobre las generales, referidas a cada tipo de sociedad en particular, sin perjuicio, claro está, de las normas de la sociedad por acciones simplificada.²⁶

Ahora bien, a pesar de la existencia de la disciplina general aplicable a todas las sociedades y de una especial referida a todos y a cada uno de los tipos societarios existentes en nuestro Derecho positivo, es claro que la normativa sobre la sociedad anónima ejerce una influencia sobre los demás tipos de sociedad, injerencia que tiene cabida en virtud de la analogía permitida expresamente en el Derecho positivo y por la remisión que en cada caso existe, como ocurre por ejemplo respecto de la sociedad de responsabilidad limitada y de la sociedad por acciones simplificada, siendo esta última, a nuestro juicio, un subtipo de la sociedad anónima que se propone hacia el futuro como tipo societario que servirá más para organizar pequeñas y medianas que grandes empresas.²⁷

I. CONCILIACIÓN DE LOS CAMPOS SUCESORAL Y SOCIETARIO

Es claro que mediante el Derecho de sociedades se pueden lograr, por quien pretende disponer de sus bienes en vida, objetivos que el Derecho de sucesiones no permite o que simplemente dificulta, esto por la vigencia de una normativa imperativa que hace que el testador, por ejemplo, no pueda ir más allá de donde expresamente le señala el legislador. Un ejemplo de esto es que el orden jurídico restringe la libertad negocial del testador al momento de disponer, mientras que dicha restricción no es aplicable a la

²² La sociedad colectiva prevista en los art. 294 y ss. C. de Co.

²³ La sociedad en comandita simple consagrada en los arts. 337 y ss. C. de Co. y la sociedad de responsabilidad limitada prevista en los arts. 353 y ss. C. de Co.

²⁴ Las sociedades inscritas son por acciones y se disciplinan en estos aspectos por la Ley 964 de 2005. Vale la pena decir que las sociedades por acciones son la en comandita, la anónima, la empresa de servicios públicos y la por acciones simplificada.

²⁵ C. de Co., art. 259.

²⁶ Ley 1258 de 2008.

²⁷ C. de Co. art. 1.º.

posibilidad de aportar por anticipado, en propiedad o en usufructo, los bienes de dicho sujeto para conformar el capital del ente societario.

Una ventaja importante que se logra entonces acudiendo a la creación de sociedades con fines sucesorales es, por ejemplo, que los causahabientes adquieran unas acciones que representan una participación en la compañía en la cual responderán limitadamente, lo que genera el efecto práctico a favor de los herederos de no arriesgar su propio patrimonio y que diluye en gran parte la necesidad de aceptar la herencia con beneficio de inventario. Se debe recordar que en las sociedades por acciones los accionistas responden sólo hasta por el valor suscrito de las mismas y que por ello el causante que aportó sus bienes a una sociedad por acciones no tendrá que preocuparse, si se trata de acciones liberadas que no han sido otorgadas como garantía de cualquier débito, de trasladar problemas a sus herederos.

El anterior ejemplo puede generar la sensación de una incompatibilidad entre los dos campos jurídicos, ya que el Derecho de sociedades podría ser utilizado para evadir normas de obligatoria aplicación en el campo de las sucesiones. Dicha incompatibilidad pareciera confirmarse cuando constatamos que el diseño societario está construido para ejecutar en vida de los socios o accionistas, pues estamos en presencia de un acto jurídico de tracto sucesivo, mientras que el Derecho de sucesiones tendría aplicación con la desaparición del causante, haya o no otorgado testamento. Así, no sería de recibo la utilización de normas societarias para disciplinar situaciones empresariales y familiares posteriores a la muerte de un socio o accionista y, en últimas, de un actor societario principal, puesto que se estarían evadiendo normas que son de obligatorio cumplimiento como las del Derecho de sucesiones.

La verdad es que el sujeto antes de la muerte lo que tiene son dos alternativas: la primera, consistente en otorgar testamento con todas las limitaciones que para dicho negocio jurídico consagra el Derecho de sucesiones, y la segunda, consistente en constituir una sociedad comercial en la que la regla es la libertad contractual o negocial, disponiendo de sus bienes y aprovechándose de la voluntad expresa del legislador al permitir las sociedades entre cónyuges y entre padres e hijos.

A juicio de quien escribe, no hay duda de la mayor aptitud del Derecho de sociedades respecto del Derecho de sucesiones para disciplinar situaciones patrimoniales y familiares aun después de la muerte de un causante, pues además de los aludidos beneficios de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada es claro que el gobierno de la compañía o compañías que se constituyan con dicho fin puede estar expresamente diseñado para hacer realidad la voluntad del causante aun después de su desaparición, tal como sucede por ejemplo con la estipulación acerca de mayorías calificadas para determinadas operaciones o para deshacer lo construido, o el ascenso a los puestos de dirección en la empresa familiar, o la garantía del sustento del cónyuge supérstite.

Ahora bien, la posible incompatibilidad entre las dos áreas jurídicas pareciera diluirse por la existencia de disposiciones que en uno y otro campo buscan la armonía, tal como sucede con el evento previsto en el artículo 148 del Código de Comercio, aplicable a los herederos, según el cual cuando una participación de capital, que puede consistir en una parte de interés, en una o varias cuotas sociales o acciones, pertenezca a varios de ellos, ya sea por razón de la delación de la herencia o con motivo de lo previsto en la partición de bienes, los derechos de esas participaciones en el capital deberán ser ejercidos, frente a la sociedad comercial, por un representante común, siendo improcedente que cada heredero se presente a las reuniones del máximo órgano de la sociedad, junta de socios o asamblea general de accionistas, a ejercer los derechos políticos y económicos derivados de la participación en el capital de la compañía cuyo interés no puede ser afectado por las posibles diferencias existentes entre los herederos, sin que se pueda descartar la posible utilización de negocios jurídicos indirectos para evadir la regla mencionada en la norma citada.

A. EN LAS SOCIEDADES EN COMANDITA

Respecto de la sociedad en comandita se prevé como causal de disolución la desaparición de cualquiera de las categorías de socios propios de este tipo de sociedad,²⁸ lo que incluye indudablemente la muerte del gestor o del único comanditario que constituye una de dichas categorías, siendo esta una regla que pretende armonizar la sucesión mortis causa del socio desaparecido con la liquidación del patrimonio de la sociedad en la que el difunto participaba.²⁹

Esta regla es sin duda el principal atractivo que tiene este tipo societario para organizar patrimonios y prescindir de la aplicación, al menos total, de la norma sucesoria, pues está claro que el gestor (normalmente el causante) tiene asegurada, además del manejo integral del patrimonio, su posición societaria hasta el final de sus días, a lo que aúna el requisito consistente en que la cesión de acciones o de cuotas por parte de los comanditarios (normalmente los causahabientes) requerirá del beneplácito del gestor, aprobación que se requerirá en casi todas las hipótesis importantes de la vida societaria.

Llama la atención que el gestor es un administrador que escapa al principio de libre nombramiento y remoción que el régimen general de sociedades³⁰ consagra para los administradores de las sociedades, lo que supone una facilidad importante para que el gestor pueda disponer que otra persona, que ya ostenta la condición de gestor, asuma el poder ante la muerte del primero, medida que supone una facilidad importante cuando se pretende asegurar la subsistencia o el mando en cabeza de la pareja con independencia de una posible participación en el capital por parte de quien sobrevive.

²⁸ Código de Comercio ordinal 3º del artículo 333.

²⁹ Código de Comercio artículo 225 y siguientes.

³⁰ Código de Comercio artículo 198.

La verdad es que aun frente al auge de la sociedad por acciones simplificada, la sociedad en comandita tiene en materia sucesoria unos atractivos muy importantes que el último de los tipos societarios nacionales no alcanza a lograr sino mediante la estipulación de elementos accidentales del contrato. Puede afirmarse que para estos fines la sociedad en comandita tiene en la ley ganado un terreno importante que sólo puede lograr la sociedad por acciones simplificada mediante la consagración de cláusulas que pueden, en cualquier momento, o ser inobservadas o simplemente ser atacadas en su validez.³¹

B. EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y EN NOMBRE COLECTIVO

En lo que concierne a la sociedad de responsabilidad limitada, elemento natural del contrato es la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido,³² regla contraria a la existente respecto de la sociedad colectiva³³ en la que el elemento natural es la disolución de la compañía salvo estipulación en contrario y la existencia, como requisito fundamental, de capacidad de ejercicio por parte de los herederos del difunto. Cabe decir que si se estipuló dicha continuación en la sociedad colectiva, pero los herederos carecen de capacidad, se deberá liquidar y reembolsar el interés del socio a sus herederos,³⁴ es decir, se genera un activo más en la masa sucesoral proveniente de la reforma estatutaria de disminución de capital con reembolso de aporte que deberá respetar las normas imperativas al respecto.³⁵

Es claro, eso sí, que en ambos casos y en la hipótesis de continuación de la sociedad a pesar de la muerte de uno de los socios en estos tipos societarios, los herederos sólo accederán a la condición efectiva de socios al momento de ejecutarse la correspondiente reforma estatutaria, la cual será oponible a terceros sólo a partir de su registro en la Cámara de Comercio del domicilio de la compañía,³⁶ esto constituye una ventaja importante para los herederos que ya tienen la condición de socio respecto de aquellos que aún no la tienen, pues los primeros en Junta de Socios podrán decidirse entre la aceptación en la sociedad de los demás herederos o por la compra de la hijuela que a éstos les fue adjudicada, pues sencillamente los herederos que cuentan con la condición de socio tienen la posibilidad en Junta de Socios de votar a favor o en contra de la inclusión de los demás herederos, eso sin perjuicio de la estipulación consistente en el derecho de preferencia a favor de los socios supérstites de las cuotas del fallecido.³⁷

³¹ JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ. *Tipos de Sociedad*, Bogotá, Legis, 1998, pp. 153 y ss. *ÍD. Sociedades por cuotas o por partes de interés*, 1.ª ed., Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, Colombia, 1995.

³² C. de Co. art. 368.

³³ *Ibíd.*, art. 320.

³⁴ *Ibíd.*, art. 321.

³⁵ *Ibíd.*, art. 145.

³⁶ *Ibíd.*, art. 366.

³⁷ C. de Co. art. 368.

Queda también despejado el hecho de que en estas clases de sociedad es posible optar por la no continuación de la sociedad ante el hecho de la muerte de uno de los socios, evento ante el cual la liquidación del patrimonio social precederá o será concomitante con el proceso de sucesión correspondiente.³⁸

C. EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

En tratándose de sociedades por acciones, particularmente la sociedad anónima, el ordenamiento nacional dispone que las acciones son libremente negociables, al menos que se estipule como elemento accidental del contrato el derecho de preferencia en la negociación.³⁹ Por lo anterior, si un accionista muere sus acciones podrán pasar directamente a sus herederos o legatarios, salvo que se haya pactado el derecho de preferencia, siendo aplicable, en el caso de los primeros y en el evento de que en vida el causante no haya testado al respecto, la regla según la cual deberán designar a un representante común mientras que las acciones le son adjudicadas a cada uno de ellos.

Es claro entonces que el principio de libre negociabilidad como elemento natural permite la celebración de pactos que restrinjan o modulen la circulación de las acciones, existiendo plena posibilidad de pactar en el contrato de sociedad, y en últimas en los estatutos sociales, reglas que disciplinen la transferencia de las acciones en caso de muerte de un accionista en particular, o de todos, si a bien se tiene, queriendo decir con esto que es factible que se estipulen reglas distintas respecto de cada uno de los accionistas, dependiendo de su situación particular. Es menester afirmar también que en virtud de que el derecho de preferencia es un elemento accidental del contrato del cual surge la sociedad anónima, es necesario que la estipulación que lo consagre sea completa, pues ante cualquier duda o vacío prevalecerá la libre negociabilidad de los títulos, ya que no se puede recurrir a la aplicación analógica de las normas existentes para la sociedad de responsabilidad limitada.⁴⁰

Es pertinente señalar que en materia de acciones estamos ante títulos que incorporan unos derechos, prevalentemente económicos, que se ejercen en la escena societaria y que se concretan en prerrogativas que van desde el derecho a intervenir con voz y voto en las reuniones de la Asamblea General de Accionistas hasta la participación en el remanente luego de una liquidación societaria. Por lo tanto, y en clave con la libertad contractual que existe en esta materia, es posible la existencia de varias clases de acciones, tales como las ordinarias, de industria, privilegiadas, de trabajo, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, de trabajo, etc., esto significa que es posible disponer

³⁸ El art. 1311 C. C. ordena incluir los bienes de la sociedad en el inventario de la sucesión, esto constituye una confusión porque a la sucesión ingresa es la parte de interés, las cuotas sociales o las acciones del difunto y no el patrimonio de la sociedad, que, como se sabe, es una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados.

³⁹ C. de Co. ord. 3.º art. 379 y ord. 2.º art. 2.º, en concordancia con el art. 407 ibíd.

⁴⁰ C. de Co. art. 407.

de los bienes para que los herederos y legatarios reciban, dependiendo de las intenciones de quien dispone, determinada o varias clases de títulos. Cabe decir que el interés en juego puede ser la conservación de la empresa societaria familiar, circunstancia que debe tener en cuenta el intérprete al momento de examinar la validez de dichas estipulaciones, pues en la empresa se encuentran envueltos intereses diversos que exceden a los de los titulares de las acciones (*Shareholders vs. Stakeholders*), especialmente cuando se está ante empresas accionarias que no pueden clasificarse como medianas o pequeñas.

Es viable también que dichos acuerdos se verifiquen no en el contrato de sociedad y por ende en los estatutos de la persona moral, sino que se plasmen en los denominados acuerdos de accionistas (contratos parasociales o *Shareholder's Agreement*), expresamente permitidos para todas las sociedades por acciones⁴¹ y que recientemente han tenido un desarrollo importante en cuanto a su oponibilidad y exigibilidad en el ámbito de la sociedad por acciones simplificada. Cabe resaltar que la sociedad anónima tiene en su regulación muchas normas supletorias que permiten desde antaño este tipo de prácticas, que con la Ley 1258 de 2008 son más explícitas y más profundas, pues es posible crear distintas clases de acciones dependiendo del destino que se le quiera dar a cada una de las participaciones en el capital.⁴²

Vale la pena mencionar los contratos o acuerdos de accionistas que tienen por objeto la restricción o limitación de la circulación de las acciones, ya sea estableciendo pactos de no enajenación, o de preferencia o simplemente de previa autorización a la cesión de las acciones.⁴³ Pues bien, es bastante discutible si por razón de la muerte de cualquiera de los accionistas parte de estos contratos los herederos ocuparán en el pacto su posición, pero es claro que el acuerdo vincula a los accionistas sobrevivientes mientras no se presente una causa justa de terminación de esta clase de contratos entre accionistas.

Es claro también que muchas veces los acuerdos de accionistas tienen por objeto beneficiar no a las partes de los mismos sino favorecer a la persona jurídica societaria, tratándose este evento de una estipulación a favor de otro,⁴⁴ es decir la sociedad comercial que podrá, cuando haya mediado su aceptación expresa o tácita, exigir lo correspondiente a quienes estipularon a su favor. Pues bien, el estipulante puede precisamente obligarse para después de su muerte a favor del ente societario y con el fin de asegurar la supervivencia patrimonial de la empresa familiar, posibilidad que en el ámbito nacional es muy utilizada por los operadores ya que la compañía, organizada

⁴¹ Ley 222 de 1995 art. 70 y Ley 964 de 2005.

⁴² Sobre acuerdos de accionistas, puede verse RAFFAELLE TORINO. *I contratti parasociali*, Milano, Giuffrè, 2000; GUIDO ROSSI. "Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate", en *Rivista delle Società*, 1991, Milano Giuffrè, pp. 1353 y ss.

⁴³ Sobre esta clase de acuerdos puede verse GALGANO. "La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoría dell'inefficacia del contratto", en *Contratto e Impresa*, 1997, pp. 895 y ss.

⁴⁴ C. C. art. 1506.

previamente con otros accionistas que a su vez son herederos del estipulante, será un acreedor de la masa sucesoral con toda la legitimación jurídica para reclamar la acreencia a su favor.

Merece especial comentario la posibilidad de pactar en el estatuto de la sociedad por acciones simplificada la no enajenación de las acciones hasta por un plazo de diez años, término que puede ser prorrogado por todos los contratantes aun desde el mismo momento de la constitución del ente societario. Pues bien, puede decirse que se trata en el fondo de un acuerdo de accionistas de bloqueo consistente en la prestación de no hacer relativa a no enajenar total o parcialmente las acciones que permite, en la empresa familiar, asegurarse en vida por parte del causante que sus hijos continuarán, aun después de su muerte, vinculados a la empresa accionaria familiar.

Dicha estipulación, que es espuria en el ámbito de la sociedad anónima, le confiere a la sociedad por acciones simplificada una mayor aptitud para organizar emprendimientos familiares que aún no tienen importantes dimensiones, pues logrado un tamaño importante sin duda es mejor la sociedad anónima para poder atraer recursos a la actividad productiva, momento en el cual muy probablemente la familia habrá perdido el control. De todas maneras, la obligación de no enajenar las acciones por un determinado tiempo, combinada con otras instituciones como las capitulaciones matrimoniales, constituyen instrumentos importantes para salvaguardar el patrimonio familiar en vida y después de la muerte de los accionistas.

Se reitera que el tema societario es una prolongación del argumento del acto o negocio jurídico y que por ello, con la prevalencia o mayor espacio de la libertad contractual propia del Derecho de sociedades, podemos hablar de una fuerte injerencia del Derecho de los contratos en el campo de las compañías mercantiles, factor que puede ser utilizado en el campo sucesoral para entregar mayor flexibilidad a quien dispone en vida de sus bienes pero con la intención de que dicha disposición tenga efectos aun después de la muerte.

No hay que perder de vista, eso sí, que la mayor o menor libertad de los agentes en el ámbito del Derecho de sociedades depende en gran medida de los paradigmas vigentes en la comunidad jurídica y política que se refieren a la prevalencia de una de las dos corrientes filosóficas que han modelado el argumento societario; esto es, las perspectivas institucional y contractual que en los últimos años se decidió por un predominio de la primera respecto de las empresas societarias de gran dimensión y, de contera, una fortaleza de la segunda en el campo de las pequeñas y medianas compañías.⁴⁵ Así, puede hablarse en la actualidad, en primer término, de la gran sociedad anónima, inscrita o no, apta para la gran empresa que probablemente tiene como rasgo característico la despersonalización; y, en segundo lugar, de los demás tipos societarios más aptos para lo que en el ámbito nacional se conoce como pequeña y mediana empresa, sin descartar

⁴⁵ En este punto incide mucho el hecho de si se trata o no de sociedades inscritas en bolsa.

que la sociedad por acciones simplificada podría acercarse en algo, pero con algunas limitaciones de no poca importancia, a la sociedad anónima.

Se tiene entonces que es factible, en el ámbito del Derecho de sociedades, disponer de los bienes contrariando normas sucesorales, pues es perfectamente viable que se organice el patrimonio del causante transmitiéndolo o aportándolo a una sociedad anónima o por acciones simplificada, evento en el cual los sucesores del accionista tendrán dentro de la masa de la herencia no los bienes transmitidos o aportados sino las acciones que fueron del causante que podrán estar radicadas, a su vez y por razones fiscales, en compañías o *trust* constituidos en el exterior, lo que sin duda incidirá sobre las reglas aplicables, puesto que cada jurisdicción tiene su propia disciplina en materia de la transferencia de acciones o de derechos fiduciarios, pues en últimas no se hereda la sociedad ni su patrimonio sino las participaciones en el capital, esto es, las acciones, operación que puede ser más compleja si se acude a la constitución de fundaciones de interés particular ya existentes en otros ordenamientos jurídicos. Lo cierto es que el proceso de sucesión real se llevará a cabo en otra jurisdicción, obviamente si el causante con anterioridad no dispuso al respecto, cediendo, por ejemplo, en vida las acciones, reservándose el usufructo, o simplemente constituyendo desde el principio una compañía por acciones al portador, figura que a nuestro juicio debe ser prevista en el ordenamiento nacional.

En fin y como ya se dijo, es viable evitar, utilizando herramientas propias del Derecho de Sociedades, el cumplimiento de normas pertenecientes al Derecho de sucesiones y que son de obligatorio cumplimiento, esto supone la necesidad de desarrollar más a este respecto el principio general del abuso del Derecho, de la responsabilidad ilimitada (por vía extracontractual y contractual) de los asociados y la tesis del levantamiento del velo corporativo o allanamiento de la personalidad jurídica,⁴⁶ haciendo énfasis en el sentido de que el régimen de responsabilidad de los socios y accionistas no deriva en el Derecho colombiano de la connotación de persona moral del ente societario sino del tipo o clase de sociedad que se constituye, por lo que la escogencia del tipo societario es fundamental para los operadores, por lo que es fundamental contar con una buena asesoría a este respecto, ya que muchas veces podría tenerse en cuenta exclusivamente el factor atinente a la responsabilidad que, en ciertas ocasiones, puede ser secundario frente al interés de los operadores que no ven o no tienen problema alguno en estar expuestos a cambio de asegurar plenamente la gestión del patrimonio social.

Se reitera también que cuando las estipulaciones o pactos tienen por objeto la conservación de la empresa se tratará de una práctica legítima que no deberá encontrar oposición por parte del intérprete, ya que existen intereses superiores que el ordenamiento jurídico tutela, tales como la generación de riqueza y de empleo en la colectividad, asunto muy relacionado con la Responsabilidad Social Empresarial de

⁴⁶ CARMEN BOLDÓ. *Levantamiento del velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Elcano-Navarra, Aranzadi, 3.ª ed., 2000.

nuestros días y que tiene connotación constitucional como función social de la empresa,⁴⁷ regla que no es simple principio de orden superior y que por ello le impone al empresario, en este caso la sociedad comercial, obligaciones de imperativo cumplimiento.⁴⁸

II. EFECTOS DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA CONDICIÓN DE HEREDERO Y EN LA SOCIEDAD

La desaparición de un socio o accionista puede tener efectos en la compañía y en cabeza de los herederos del difunto. En cuanto a la primera pueden presentarse, de forma adicional a la disolución citada respecto de algunos tipos de sociedad problemas relacionados con su continuidad y, en particular, con la viabilidad de la empresa societaria, principalmente cuando se trata de sociedades de familia que resienten bastante la desaparición anticipada del socio o accionista principal antes de que se haya preparado la sucesión empresarial.

Para evitar dicha situación pueden celebrarse los citados acuerdos de accionistas en la modalidad de protocolos de familia, previendo, por ejemplo, que si bien las participaciones sociales quedan radicadas como consecuencia de la partición en el patrimonio de los herederos o legatarios, el derecho de voto, en tratándose de acciones en donde la escisión de los derechos es posible, quede en cabeza de un sujeto versado en el tema de empresa y que adicionalmente gozaba de la confianza del causante. De esa manera se garantizará la buena dirección de la sociedad de familia hasta que uno de los sucesores pueda acceder al gobierno corporativo. Debe quedar claro, eso sí, que dichos acuerdos o protocolos no se agotan siendo simples “códigos de ética”, sino que deben ser verdaderos negocios jurídicos que consagran algo más que obligaciones naturales o simples aspiraciones de quienes los suscriben, pues la experiencia indica que lo que no es jurídicamente obligatorio puede ser inobservado con extrema facilidad.

La anterior afirmación entraña la posibilidad de que se presente una planeación de la sucesión empresarial aun cuando el socio o accionista principal no muera de forma prematura, todo para la preservación del interés de la compañía y, en últimas de la empresa, pudiéndose establecer un esquema que permita que cierto heredero o legatario acceda al gobierno societario por virtud de recibir determinada clase o cantidad de acciones.

De primera mano, es claro que los acreedores del causante no podrán perseguir el patrimonio de la sociedad, pues se trata de un sujeto diferente, y les tocará conformarse con las participaciones que detentaba el difunto al momento de su muerte, siendo posible entonces que haya incluso dispuesto de ellas con anterioridad a su defunción, posibilidad que se acrecienta si tenemos en cuenta que es posible gobernar una compañía sin participar en su capital, tal como acontece en las sociedades en comandita y se puede

⁴⁷ Constitución nacional art. 333.

⁴⁸ La principal muestra de Responsabilidad Social Empresarial es la propia viabilidad como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

lograr con cierta facilidad en las sociedades cuyo capital está dividido en acciones acudiendo a figuras como el usufructo y la prenda de acciones.⁴⁹

Adicionalmente, la desaparición de uno de los socios o accionistas puede conllevar modificaciones importantes en el campo de la estructura corporativa. Así, es factible que deban implementarse reformas estatutarias para permitir el ingreso como socios o accionistas de los herederos o legatarios, o decisiones de los órganos sociales tendientes a permitir el acceso de éstos al gobierno societario, tal como acontece, por ejemplo, con la participación en juntas y consejos directivos. En fin, la situación puede reducirse a la necesidad de, una vez adjudicadas las acciones, cancelar los títulos que estaban en cabeza del causante y remplazarlos por los que se expidan, con carácter provisional o definitivo.⁵⁰ En este punto es claro, desde luego, que en el evento de adjudicarse las acciones a dos o más herederos en común y proindiviso, será de obligatorio cumplimiento el artículo 148 del Código de Comercio, no siendo viable que la sociedad cancele y remplace los títulos de manera llana y simple entregando a cada heredero su porción, pues ello contraría la adjudicación hecha en el proceso de sucesión ante juez o notario, existiendo una clara posibilidad en el seno de las sociedades por acciones de colocar las acciones en un patrimonio autónomo con varios beneficiarios.

Respecto de los socios y accionistas podría presentarse discusión acerca de si los herederos o legatarios se encuentran o no vinculados por los contratos parasociales concluidos por el causante. Al respecto, cabría afirmar que es posible admitir que el efecto relativo de estos contratos⁵¹ excluye su obligatoriedad frente a los herederos o legatarios que de todas maneras podrán ser constreñidos a aceptarlos cuando su ingreso efectivo a la sociedad depende de una decisión de los socios o accionistas supérstites en sede del máximo órgano de la sociedad. Se reitera que en los tipos societarios en los que el capital no se divide y representa en acciones será necesaria una reforma estatutaria que depende posiblemente de los demás socios que tienen como ventaja la regla de que los herederos o legatarios no pueden contar con la pluralidad para deliberar y decidir solos, requisito fundamental para la eficacia de las decisiones sociales.⁵²

En las sociedades por acciones es factible la existencia de estipulaciones, estatutarias o vertidas en contratos parasociales, que bloqueen la transferencia de las acciones, evento en el cual a la masa sucesoral ingresará un activo corriente y saldrá un activo fijo; es decir, las acciones, salvo que las partes de dichos acuerdos acepten el ingreso a la sociedad y a esos acuerdos de los herederos o legatarios.

En fin, los herederos o legatarios no se convierten en socios o accionistas por virtud de la partición, pues normalmente requieren de una reforma estatutaria para su ingreso formal

⁴⁹ C. de Co. arts. 410 y ss.

⁵⁰ *Ibíd.*, art. 400.

⁵¹ C. C. art. 1602.

⁵² Respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, los arts. 359 y 360 C. de Co.

a la sociedad o de la inscripción como accionistas en el libro correspondiente.⁵³ En el entretanto deberán ejercer, de manera conjunta y por medio de un único representante, los derechos emanados de la parte de interés, de las cuotas sociales o de las acciones que se encuentran en la masa herencial, siendo claro que las participaciones pasan a los herederos y legatarios con todo lo que ellas tienen, incluso cuando las mismas se encuentren pignoradas a favor de terceros que no pueden ser desconocidos en sus derechos.⁵⁴

En otro orden de ideas, el Derecho de sociedades puede ser utilizado incluso para evadir las asignaciones testamentarias obligatorias, pues se reitera que es factible la utilización de figuras societarias o *trust* en el exterior regidos por ley extranjera más beneficiosa para quien dispone así de sus derechos, ya que la enajenación de las acciones de compañías extranjeras se rigen por la ley del Estado en el que tienen su domicilio,⁵⁵ esto implica que la transferencia de esas participaciones sociales significa en el fondo, por los derechos incorporados en los títulos, la enajenación de los activos existentes en el patrimonio de las compañías utilizadas para el efecto, sin descartar, claro está, la existencia de un *trust* en el exterior que a su vez sea accionista de una sociedad extranjera *holding* de otra u otras domiciliadas en el país.

Sin duda, la utilización abusiva del esquema societario para evadir la protección de intereses dignos de tutela debe ser sancionada, por lo que se remite nuevamente a la responsabilidad contractual y extracontractual de los socios o accionistas, a la impugnación de decisiones sociales⁵⁶ y a la tesis del abuso del derecho, concretada en el abuso del tipo societario y de la personalidad jurídica, sin olvidar, claro, la responsabilidad de los administradores que en ocasiones pueden ostentar la condición de accionistas o socios de referencia de las compañías.⁵⁷

Ahora bien, por la prevalencia de la libertad contractual en esta materia, pues en las sociedades inscritas el problema casi que estaría descartado por la libre negociabilidad de las acciones propia de esta clase de compañías, es totalmente oportuno y viable estipular penalidades que eviten los excesos, aclarando que en la práctica el clausulado contractual se dirigiría más bien a blindar los acuerdos que pueden vulnerar las normas imperativas pertenecientes al Derecho de sucesiones. De todas maneras, es claro que en

⁵³ C. de Co., art. 416.

⁵⁴ *Ibíd.*, art. 148.

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 469.

⁵⁶ C. de P. C. art. 421 y C. de Co. art. 190.

⁵⁷ En materia de responsabilidad de los administradores es fundamental que el ordenamiento jurídico distinga claramente entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, puesto que, aunque en el fondo del régimen actual dicha diferencia existe, la supuesta mayor exigencia de la responsabilidad contractual se encuentra actualmente diluida por la necesidad de probar el incumplimiento de la ley y de los estatutos sociales y por las dificultades que entraña el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

las decisiones sociales o en las operaciones societarias que se vulneren normas imperativas pertenecientes al Derecho de sucesiones la nulidad o invalidez absoluta estará presente, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico el remedio de la impugnación de decisiones sociales,⁵⁸ aunque el fantasma de la caducidad de dicha acción genera una desigualdad importante respecto de las acciones existentes en el campo del Derecho de sucesiones.

⁵⁸ C. de Co. art. 190, en concordancia con el art. 421 C. de P. C.

CONCLUSIÓN

A pesar de la armonía y coherencia entre los derechos sucesoral y societario, es claro que la disciplina referida al primero tiene que ser actualizada frente a las posibilidades que suministra el segundo por su mayor evolución en los últimos años, la cual le permite evadir normas de obligatorio cumplimiento en el orden nacional, posiblemente bajo el amparo de otras jurisdicciones, por lo que es oportuna la armonización jurídica tendiente a proteger los intereses dignos de tutela.

Cabe proponer, además de la existencia de una regla transfronteriza que abarque a las sociedades y al *trust*, la admisión de las sociedades de familia en las que se proporcionen no sólo ventajas de índole tributario relacionadas con la continuidad de la Empresa por su función social sino posibilidades de estipular de una manera más armónica y actual los intereses de índole sucesorio.