



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Vásquez Escobar, Martín

La sociedad por acciones simplificada como herramienta de planeación sucesoral

Revista de Derecho Privado, núm. 51, enero-junio, 2014, pp. 1-33

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA COMO HERRAMIENTA DE PLANEACIÓN SUCESORAL

MARTÍN VÁSQUEZ ESCOBAR

Artículo de reflexión

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 51
Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7794

La sociedad por acciones simplificada como herramienta de planeación sucesoral

Resumen

Este estudio compara algunos mecanismos “tradicionales” de planeación sucesoral en Colombia con el uso de sociedades por acciones simplificadas (SAS) para el mismo fin.

Palabras clave: SAS, derecho societario, sociedades, sociedades por acciones simplificadas, planeación, planeación tributaria, planeación sucesoral, planeación patrimonial, derecho tributario, sucesiones.

The simplified stock company (sociedad por acciones simplificada) as a means for estate planning

Abstract

This paper compares some “traditional” estate planning mechanisms in Colombia with the use of SAS for the same purpose.

Keywords: SAS, corporate law, corporations, simplified stock companies, planning, estate planning, tax law, successions.

A sociedade por ações simplificadas como ferramenta de planejamento sucessório

Resumo

Este estudo compara alguns mecanismos “tradicionais” de planejamento sucessório na Colômbia com o uso de Sociedades por Ações Simplificada (SAS) para o mesmo fim.

Palavras-chave: SAS, direito societário, sociedades, sociedades por ações simplificadas, planejamento, planejamento tributário, planejamento sucessório, planejamento patrimonial, direito tributário, sucessões.

SUMARIO

Introducción – I. FINALIDADES DE LA PLANEACIÓN SUCESORAL – A. *Interpersonales* – B. *Judiciales* – C. *Fiscales/económicos* – II. ALGUNOS MECANISMOS TRADICIONALES DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL – A. *Enajenación en vida de la nuda propiedad de bienes familiares* – 1. El usufructo y la nuda propiedad – 2. Enajenación de la nuda propiedad de los bienes familiares como herramienta de planeación patrimonial – 3. Algunos problemas en relación con este esquema – B. *Constitución de sociedades en comandita* – 1. Las sociedades en comandita – 2. Las sociedades en comandita como herramientas de planeación sucesoral – 3. Algunos problemas con este esquema – III. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA COMO HERRAMIENTA DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL – A. *¿Qué son las SAS?* – B. *Forma de constitución* – C. *Clases de acciones* – 1. Acciones ordinarias – 2. Acciones privilegiadas – 3. Con dividendo fijo anual – 4. Con dividendo preferencial y sin derecho a voto – 5. Con voto múltiple – 6. Cualquier otra pactada en los estatutos – D. *Posibilidad de someter toda transferencia de acciones a autorización previa* – E. *Posibilidad de prohibir la negociación de acciones por un término prorrogable de 10 años* – F. *Posibilidad de pactar causales de exclusión de accionistas* – G. *Un modelo de SAS como herramienta de planeación sucesoral* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

La sociedad por acciones simplificada como herramienta de planeación sucesoral*

Martín Vásquez Escobar**

Introducción

Los procesos de sucesión en Colombia resultan muchas veces largos y costosos. La congestión de los despachos judiciales contribuye a que dichos procesos se prolonguen incluso por varios años, y es bastante común que algunas familias se vean obligadas a asumir importantes obligaciones fiscales, como consecuencia de la muerte de uno de sus integrantes.

Las sucesiones en Colombia también tienen serias implicaciones en el ámbito interpersonal. En el caso de las sucesiones intestadas, por ejemplo, es frecuente el surgimiento de conflictos entre los miembros de una misma familia que, ante la falta de claridad y conocimiento sobre la voluntad del causante, suelen contraponer

sus intereses en sede judicial, con serias consecuencias para los lazos familiares: “En el ejercicio de la actividad profesional, muchas veces hemos visto familias adineradas que después de la muerte del padre o de la madre, los hijos o el cónyuge sobrevivientes se ven avocados a un juicio de sucesión interminable, debido a la existencia de rencores o sentimientos encontrados entre los mismos miembros de una familia o de dos familias del mismo causante”¹.

Bien sea que se trate de sucesiones testadas o intestadas, lo cierto es que, tras la muerte de una persona, sus familiares se suelen enfrentar a serios problemas de índole personal, económico, judicial y fiscal. Estos problemas se originan, muchas veces, en la falta de previsión y planeación de cara a la muerte de algunos miembros de familia como los padres, que suelen ser propietarios de varios bienes que han de pasar a

* Cómo citar este artículo: Vásquez Escobar, M. (Junio, 2014). La sociedad por acciones simplificada como herramienta de planeación sucesoral. *Revista de Derecho Privado*, 51.

** Abogado de la Universidad de los Andes. Actualmente trabaja como abogado asociado en Fernández de Soto & Asociados en la ciudad de Bogotá. Correo: vasquez343@gmail.com

1 Bermúdez Quintana, E. M. (2009). La planeación patrimonial. En *Ensayos temas de derecho tributario, cambiario, societario, inversión extranjera, comercio internacional y aduanas* (pp. 113-191). Bogotá: Lewin & Wills Abogados, p. 115.

sus hijos y demás herederos. Lo anterior pone de presente la necesidad, cada vez mayor, de que las familias se reúnan y adopten esquemas de planeación patrimonial o sucesoral, que les permitan acordar los términos en que los bienes familiares han de ser distribuidos tras la muerte de uno o varios de sus miembros.

Esta necesidad ha sido abordada en la práctica jurídica de tiempo atrás, y en la actualidad se han probado con éxito varios esquemas de planeación patrimonial o sucesoral que tienden a aminorar ese impacto interpersonal, económico, judicial y fiscal que la muerte de ciertos miembros de una familia tiene en sus herederos. No obstante lo anterior, muchas de estas herramientas de planeación tienen importantes defectos, riesgos y limitaciones, algunas veces derivados del formalismo y la rigidez con la que el derecho civil y comercial está regulado en Colombia.

El presente escrito pretende estudiar la sociedad por acciones simplificada (SAS) como herramienta de planeación sucesoral, contrastándola principalmente con las sociedades en comandita y con la enajenación de la nuda propiedad de los bienes familiares, formas tradicionalmente usadas para lograr los mismos fines. Así pues, se buscará resolver cómo las SAS permiten solucionar muchos de los defectos, riesgos y limitaciones que se presentan con frecuencia en la planeación sucesoral.

I. FINALIDADES DE LA PLANEACIÓN SUCESORAL

En el ámbito sucesoral, la planeación patrimonial busca satisfacer, cuando menos, finalidades interpersonales, judiciales, económicas y fiscales.

A. Interpersonales

En el plano interpersonal, la planeación patrimonial previene eventuales conflictos al interior de una familia pues, como se dijo, permite que sus miembros acuerden en vida el tratamiento que se le ha de dar a los bienes familiares, luego de la muerte de alguno de sus integrantes. A diferencia del testamento o de la sucesión intestada, donde interviene normalmente la voluntad de una sola persona, o de ninguna, la planeación patrimonial suele realizarse mediante actos jurídicos inter vivos, bilaterales o multilaterales, en cuya formación usualmente media la voluntad de todos los miembros de la familia inmediata.

Este carácter consensual y multilateral es el que permite prevenir eventuales conflictos, pues a la muerte de los padres los intereses de cada miembro de la familia se han puesto de presente, han sido tenidos en consideración y probablemente se han materializado en la suscripción de uno o varios actos jurídicos.

B. Judiciales

La planeación sucesoral previene, además, el surgimiento de largos y costosos procesos judiciales, especialmente cuando se trata de sucesiones intestadas que pueden extenderse en el tiempo, con importantes consecuencias económicas para los diferentes intervinientes, producto entre otras cosas del pago de honorarios a abogados y demás gastos propios de este trámite. La disposición del patrimonio familiar en vida, para asegurar que los bienes que hayan de entrar en sucesión sean mínimos, hace innecesaria la intervención de un juez que determine a quién se debe adjudicar la masa herencial del causante.

Por supuesto, evitar un proceso judicial, potencialmente desgastante, resulta ventajoso para las familias pues se libran de la necesidad de discutir los efectos de la muerte de uno de sus miembros, llegando incluso a ventilar intimidades que muchas veces deberían permanecer en el ámbito privado.

C. Fiscales/económicos

La adquisición de bienes con ocasión de una sucesión es susceptible de ser gravada con el impuesto de ganancia ocasional, cuya base gravable será el costo fiscal de lo recibido. Lo anterior se deriva de la lectura del artículo 302 del Estatuto Tributario, el cual establece que “se consideran ganancias ocasionales para los contribuyentes sometidos a este impuesto, *las provenientes de herencias, legados, donaciones, o cualquier otro acto jurídico celebrado inter vivos*

a título gratuito, y lo percibido como porción conyugal”. [Cursivas añadidas].

Antes de la entrada en vigencia de la más reciente reforma tributaria, el 1 de enero de 2013, la tarifa del impuesto de ganancias ocasionales provenientes de herencias, legados, donaciones y de la porción conyugal era del 33%. Así pues, a la luz de la anterior legislación, la muerte de uno de los padres de una familia, por ejemplo, podría obligar tanto al cónyuge supérstite como a sus descendientes a pagar al Estado un poco menos de la tercera parte de los bienes familiares, si se tiene en cuenta que existen ingresos exentos de ser constitutivos de ganancia ocasional².

En la actualidad, la tarifa del impuesto de ganancia ocasional es mucho menor, tras la modificación hecha por el artículo 107 de la Ley 1607 de 2012 al artículo 314 del Estatuto Tributario, el cual quedó así: “*La tarifa única del impuesto correspondiente a las ganancias ocasionales de las personas naturales residentes en el país, de las sucesiones de causantes personas naturales residentes en el país y de los bienes destinados a fines especiales, en virtud de donaciones o asignaciones modales, es diez por ciento (10%)*”. [Cursivas añadidas].

Si bien esto significa que, a partir del 1 de enero de 2013, el impuesto de ganancias ocasionales por pagar en el marco de una sucesión fue reducido significativamente, los mecanismos de planeación sucesoral aún pueden ahorrar impor-

2 Por ejemplo, las primeras 7.700 uvt del valor de un inmueble de vivienda urbana de propiedad del causante, las primeras 7.700 uvt del valor de un inmueble rural de propiedad del causante, y los demás consagrados en el artículo 307 del Estatuto Tributario.

tantes recursos a las familias, sin perjuicio de que a través de estos se logren otras finalidades como las anotadas.

La planeación sucesoral permite, a través de actos jurídicos inter vivos, reducir significativamente las erogaciones a realizar por concepto del impuesto de ganancias ocasionales, luego de la muerte, por ejemplo, de uno de los padres de familia. Como se verá más adelante, los esquemas de planeación sucesoral reportan importantes beneficios económicos para las familias, incluso teniendo en cuenta que en la actualidad la tarifa de este impuesto ha sido reducida.

Es importante resaltar, además, las importantes consecuencias que puede tener la adquisición de bienes por concepto de herencias y legados para cada heredero o legatario, en relación con los impuestos de renta y patrimonio. Es evidente cómo, tras una herencia o legado, el patrimonio de los herederos o legatarios puede incrementarse sustancialmente. Cuando los bienes del causante entran a formar parte del patrimonio del heredero o legatario, su impuesto de renta podría incrementarse si este se calcula por medio del sistema de renta presuntiva, que supone que “Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume que la renta líquida del contribuyente *no es inferior al tres por ciento (3%) de su patrimonio líquido*, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior”³. [Cursivas añadidas].

Igualmente, si bien el impuesto al patrimonio, en virtud del cual se gravó la propiedad de un

patrimonio líquido igual o superior a tres mil millones de pesos (COP \$3.000.000.000), solo se causó el 1° de enero del 2007, es posible que en un futuro el legislador decida volver a causar este impuesto. Si este fuera el caso, los bienes heredados, susceptibles de incrementar el patrimonio de un heredero, podrían hacer la diferencia entre si este último es o no sujeto pasivo del impuesto al patrimonio.

Algunos mecanismos de planeación sucesoral, particularmente el uso de distintos tipos societarios, permiten reducir el impacto que las sucesiones pueden tener sobre el patrimonio de los herederos y, en consecuencia, en relación con las responsabilidades fiscales que estos podrían verse obligados a asumir.

II. ALGUNOS MECANISMOS TRADICIONALES DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL⁴

A. Enajenación en vida de la nuda propiedad de bienes familiares

Uno de los mecanismos más simples de planeación patrimonial, con el cual se alcanzan varios de los fines propuestos en este trabajo, es la enajenación en vida de la nuda propiedad de los bienes familiares. El presente aparte se referirá primero, de manera general, al usufructo y la nuda propiedad como instituciones jurí-

3 Artículo 188 del Estatuto Tributario.

4 Los esquemas tradicionales de planeación sucesoral descritos en este trabajo se basan, principalmente, en los propuestos en el ensayo *Planeación patrimonial de familias*, de Laureano Gómez Robayo, los cuales se pretenden debatir, ampliar y complementar aquí, entre otras, mediante la inclusión de una herramienta no contemplada por el citado autor: la sociedad por acciones simplificada.

dicas; en segundo lugar, se estudiará cómo la enajenación de la nuda propiedad puede servir como mecanismo de planeación patrimonial; y, por último, se abordará este mecanismo de manera crítica, poniendo de presenta posibles problemas que su utilización puede representar para algunas familias.

1. El usufructo y la nuda propiedad

El tipo de propiedad que confiere a quien la ostenta los derechos al uso, a los frutos y al abuso (*utendi, fruendi y abutendi*) se denomina plena propiedad. Se trata de la más extensiva de las formas de dominar un bien, entre otras cosas porque permite a su propietario disponer de este, e incluso destruirlo, siempre y cuando esto no resulte contrario a derecho ajeno.

Ahora bien, existen otros tipos de propiedad, según se ostenten más o menos derechos reales respecto de una cosa. En materia de planeación sucesoral, resulta particularmente importante la llamada nuda propiedad, pues su enajenación ha sido utilizada reiteradamente como mecanismo para conseguir los fines anotados con anterioridad.

La propiedad que no confiere a su titular los derechos al uso y a los frutos (usufructo) se llama nuda propiedad. A esta forma de dominio se hace quien, por ejemplo, ostentando la plena propiedad respecto de un bien determinado, enajena su derecho de usufructo (sea de manera temporal o vitalicia) a través de algún acto jurídico entre vivos, para que sea alguien más quien pueda servirse de los frutos del bien.

Pero quien ostenta la plena propiedad también puede enajenar un bien conservando su usufructo, evento en que el dueño original pasaría a ser usufructuario de la cosa, y el adquiriente se convertiría en nudo propietario. Puede decirse que cuando el derecho de usufructo está en cabeza de una persona distinta del propietario, se está ante una verdadera:

limitación a la propiedad, puesto que el propietario de la cosa dada en usufructo, denominado nudo propietario, de los tres atributos clásicos de la propiedad (*utendi, fruendi y abutendi*), solo conserva el de disposición o *abutendi*; el *usus* y la adquisición de frutos, o *fruendi*, quedan en cabeza del usufructuario. No obstante existir la limitación para el dueño de la cosa de no poder usarla ni de obtener sus frutos, y para el usufructuario de no permitírsele su disposición o transferencia, los derechos coexisten como verdaderos derechos reales principales radicados sobre una misma cosa⁵.

En virtud del artículo 825 del Código civil, el usufructo puede constituirse: a) por la ley, como el del padre de familia, sobre ciertos bienes del hijo; b) por testamento; c) por donación, venta u otro acto entre vivos; y d) por prescripción. En lo que corresponde a la transmisión del usufructo o de la nuda propiedad, el artículo 832 del Código civil es tajante al afirmar que “la nuda propiedad puede transmitirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte. *El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato.*” [Cursivas añadidas].

5 Velásquez Jaramillo, L. G. (2008). *Bienes*. (11 ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros, p. 459.

Una importante consecuencia de lo anterior es que, en caso de constituirse un usufructo en cabeza de una determinada persona, sea vitalicio o temporal, al fallecimiento de esta sus herederos no podrán adquirir por causa de la muerte este derecho real, sino que el mismo habrá de **consolidarse con la propiedad**.

Así pues, para la ley colombiana, el modelo paradigmático de propiedad es el de la plena propiedad, que solo puede ser disuelta temporalmente, como lo señala el parágrafo 2° del artículo 824 del Código civil al indicar que el usufructo tiene “una *duración limitada*, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se *consolida con la propiedad*”. [Cursivas añadidas].

Esto último resulta particularmente relevante cuando se utilizan estas instituciones (usufructo/nuda propiedad) como herramientas de planeación sucesoral, como se verá a continuación.

2. Enajenación de la nuda propiedad de los bienes familiares como herramienta de planeación patrimonial

Supóngase que los padres de una determinada familia, previendo su muerte, desean valerse de esta figura para disponer de sus bienes en vida. Un interesante esquema de planeación podría consistir en que estos últimos donen a sus hijos (supóngase que tienen dos hijos) la nuda propiedad respecto de todos sus bienes, por partes iguales, conservando los primeros el usufructo vitalicio de lo donado.

Por supuesto, los hijos estarían incrementando su patrimonio en razón de este acto, aunque se

trate de una forma de propiedad imperfecta, por lo cual la transacción estaría sujeta a ser gravada con el impuesto de ganancia ocasional.

Sin embargo, precisamente por tratarse de la nuda propiedad, la base gravable del mencionado impuesto será tan solo de un 30% del valor de los bienes donados, por disposición del numeral 11 del artículo 303 del Estatuto Tributario:

ARTÍCULO 303. El valor del derecho de usufructo temporal se determinará en proporción al valor total de los bienes entregados en usufructo, establecido de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo, a razón de un 5% de dicho valor por cada año de duración del usufructo, sin exceder del 70% del total del valor del bien. El valor del derecho de usufructo vitalicio será igual al 70% del valor total de los bienes entregados en usufructo, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo. *El valor del derecho de nuda propiedad será la diferencia entre el valor del derecho de usufructo y el valor total de los bienes*, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo. [Cursivas añadidas].

Supóngase ahora que cada hijo de esta familia hipotética recibe bienes por un valor total de mil millones de pesos (COP \$1.000.000.000). Si estos bienes hicieran parte de una sucesión, cada hijo tendría que pagar el 10% del valor total de los bienes por concepto del impuesto de ganancias ocasionales, es decir, cerca de cien millones de pesos (COP \$100.000.000). Sin embargo, como lo que se donó fue apenas la nuda propiedad respecto de los bienes familiares, la base gravable del impuesto de renta podría ser,

en este caso, equivalente al 30% del valor de los bienes, aproximadamente trescientos millones de pesos (COP \$300.000.000).

Luego de aplicarle a esta base la tarifa del 10%, se tiene que cada hijo deberá pagar ya no cien, sino treinta millones de pesos como impuesto de ganancia ocasional, de tal forma que la familia habría reducido los impuestos aplicables a esta operación en un total de ciento cuarenta millones de pesos (COP \$140.000.000).

Una vez la nuda propiedad esté en cabeza de los hijos, los padres podrán seguir sirviéndose de los frutos de los bienes donados hasta su muerte, evento en el que el usufructo que estos ostentaban pasaría a consolidarse automáticamente en cabeza de los hijos, sin que se generen ganancias ocasionales adicionales a las que ya fueron causadas con la operación inicial. Efectivamente, el parágrafo 3° del artículo 303 del Estatuto Tributario, tal como fue modificado por el artículo 103 de 1607 de 2012, señala que “[n]o se generarán ganancias ocasionales con ocasión de la consolidación del usufructo en el nudo propietario”.

Sin embargo, es importante anotar que una vez consolidados el usufructo y la nuda propiedad en cabeza de los hijos, el patrimonio personal de estos últimos sí se incrementaría, lo cual podría tener efectos significativos en la determinación de su impuesto de renta, bajo el sistema de renta presuntiva, o en el cálculo del impuesto al patrimonio en caso de que se vuelva a causar.

Como se puede ver, a través de este mecanismo es posible disponer efectivamente de los bienes

en vida, precavando eventuales conflictos judiciales e interpersonales, e incluso reduciendo significativamente posibles erogaciones en materia fiscal.

3. Algunos problemas en relación con este esquema

Ahora bien, a pesar de sus evidentes bondades, este esquema de planeación sucesoral evidencia algunos posibles defectos que, como se verá más adelante, han procurado ser solucionados adicionando a la ecuación el uso de distintos modelos societarios.

En primer lugar, desprovistos los padres de la nuda propiedad, y una vez adquieran el carácter de usufructuarios de los bienes donados, nada impide que los hijos enajenen su nuda propiedad en contra de la voluntad de sus padres. Evidentemente, esto podría llegar a causar malestar en los segundos, quienes tendrían que ver cómo los bienes que probablemente han conseguido con esfuerzo durante toda su vida son enajenados, a precios supremamente bajos, a favor de terceros que luego de la muerte de los usufructuarios tendrán la plena propiedad sobre estos.

Pero lo anterior tiene consecuencias adicionales de mayor gravedad. La coexistencia de dos derechos reales principales (nuda propiedad y usufructo) respecto de un mismo bien, supone que el nudo propietario y el usufructuario adquieren derechos y obligaciones recíprocas. Cuando esa relación entre nudo propietario y usufructuario escapa el ámbito familiar puede volverse más

tensa, y el nuevo nudo propietario podría perseguir judicialmente la terminación anticipada del usufructo, si considera que el usufructuario ha incumplido sus obligaciones. Así está establecido en el artículo 868 del Código civil:

ARTÍCULO 868. EXTINCIÓN DE USUFRUCTO POR SENTENCIA JUDICIAL. El usufructo termina, en fin, por sentencia del juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido *por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria*. [Cursivas añadidas].

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario [sic] una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo.

En este orden de ideas, la principal deficiencia de este modelo de planeación radica en que el usufructuario pierde por completo la capacidad de disposición respecto del bien, y lo que en principio se planteó como un mecanismo para prever eventuales conflictos y obligaciones puede terminar imponiendo cargas innecesarias, por ejemplo, sobre los padres que de buena fe decidieron disponer en vida de sus bienes.

B. Constitución de sociedades en comandita

Como se dijo anteriormente, la utilización de distintos tipos societarios puede servir los fines de la planeación sucesoral. Estas formas asociativas acarrearán la enorme ventaja de que con

su uso es posible, en mayor o menor medida dependiendo del tipo societario escogido, que los padres mantengan el poder de disposición sobre los bienes. Uno de los tipos societarios que con mayor frecuencia ha sido usado para lograr este cometido es el de las sociedades en comandita, simples o por acciones.

La planeación sucesoral, que tiene como fin, entre otros, garantizar la sostenibilidad de las empresas y el patrimonio familiar cuando los fundadores faltan, es un tema que cobra importancia cuando el 70% de las empresas en nuestro país son familiares (sic, 2005). En Colombia el 99.8% de estas empresas son sociedades en comandita (Superintendencia de Sociedades 2005)⁶.

Este apartado analizará, primero, el régimen legal de las sociedades en comandita simple, para luego pasar a su estudio como herramienta de planeación patrimonial, y terminar haciendo algunas anotaciones sobre los defectos y limitaciones de este mecanismo.

1. Las sociedades en comandita

Las sociedades en comandita, simples y por acciones, son tipos societarios híbridos, con características de sociedades personalistas y de capital, que se reflejan principalmente en la existencia de dos tipos de socios: los gestores y los comanditarios.

⁶ Jaramillo, I. (n. d.). *La sociedad en comandita como forma de planeación sucesoral*. Recuperado de <http://www.prietocarrizosa.com/pc/noticiadetalle.aspx?ID=71>

Los socios gestores se caracterizan por responder solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales, razón por la cual tienen la facultad de administrar, representar e inspeccionar constantemente la sociedad. Sus aportes pueden ser de capital o de industria, e independientemente del monto de dicho aporte, cada socio gestor tiene apenas una parte de interés en el capital social, que le confiere un solo voto en las decisiones del máximo órgano de dirección: la junta de socios.

En lo no previsto de manera especial en la regulación legal de las sociedades en comandita para los socios gestores, se entiende aplicable lo dispuesto para los socios en las sociedades colectivas.

Por su parte, los socios comanditarios son quienes, por regla general, responden únicamente hasta por el monto de sus aportes, no tienen la capacidad de representar o administrar la sociedad, salvo que se les designe como administradores temporales por los gestores, y tienen un derecho de inspección permanente, característica que comparten con las sociedades de responsabilidad limitada. Se trata de socios eminentemente capitalistas, su inclusión en la sociedad se hace en atención a los aportes materiales que estos puedan hacer, y no a sus cualidades personales.

Cuando se trata de sociedades en comandita simple, los aportes de capital de los comanditarios acarrearán la expedición de cuotas a su nombre, esto es, porciones del capital social, cada una de las cuales confiere un voto en las decisio-

nes de la junta de socios. En cuanto a la repartición de utilidades, estas se reparten entre los socios comanditarios a prorrata de su participación, es decir, a mayor número de cuotas mayores utilidades. La cesión de cuotas, al igual que en las sociedades de responsabilidad limitada, debe hacerse mediante reforma estatutaria.

En lo no previsto en los estatutos o la ley para los socios comanditarios en sociedades en comandita simple, se aplica lo dispuesto para las sociedades limitadas. Esto implica que los comanditarios no responden estrictamente hasta por el monto de sus aportes; de antaño se ha reconocido que los socios de sociedades de responsabilidad limitada sí responden solidaria e ilimitadamente por deudas laborales, y solidariamente hasta por el doble de sus aportes en materia fiscal.

Contrario a lo anterior, en las sociedades en comandita por acciones, respecto de los comanditarios, el capital está dividido en acciones cuya enajenación es mucho más sencilla, pues no es necesario reformar los estatutos sociales para inscribir en estos el nuevo propietario de los títulos, luego de su enajenación. En este tipo de sociedades, basta la inscripción del adquirente en el libro de registro de accionistas, para que este pueda ejercer los derechos derivados de su participación social. En lo no previsto para los comanditarios en este tipo de sociedades resulta aplicable lo dispuesto para las sociedades anónimas, por lo que esta clase de socios responde estrictamente hasta por el monto de sus aportes, sin importar la posible naturaleza fiscal o laboral de las obligaciones societarias.

Es importante anotar, además, que en ambas variaciones de este tipo societario las decisiones relativas a reformas estatutarias deben ser adoptadas por decisión unánime de los socios gestores y mayoría de los socios comanditarios. Las demás decisiones de la junta de socios deben adoptarse, en principio, por mayoría simple (salvo los casos en que la ley expresamente requiere una mayoría especial, descritos en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995), esto es, la mitad más una de las acciones presentes en la junta. Debe recordarse que en este tipo de decisiones cada socio gestor tiene derecho a un solo voto, en tanto los socios comanditarios tienen tantos votos como acciones o cuotas posean en la sociedad.

2. Las sociedades en comandita como herramientas de planeación sucesoral

Surge entonces la pregunta sobre cómo valerse de este tipo societario, de manera que sirva como herramienta de planeación sucesoral. Primero debe recalcarse que, como cada sociedad en comandita puede ser configurada de la forma en que lo deseen sus asociados, siempre que se sujeten a las normas de orden público que regulan este tipo de sociedades, es posible imaginar innumerables estatutos que atiendan necesidades particulares de cada familia.

No obstante, y a pesar de que no es prudente plantear un modelo único de sociedad en comandita que sirva a los fines de la planeación patrimonial, sí es posible idear algunos esquemas ilustrativos, como el que se propone a continuación, que permiten ver la forma en que este

tipo de sociedades pueden ser utilizados para planear sucesiones.

Supóngase que una familia compuesta por los dos padres y dos hijos desea constituir una sociedad en comandita. En esta sociedad, en principio, los padres actuarán como socios gestores y los hijos serán los comanditarios.

Ahora bien, la regulación de este tipo de sociedades permite que los socios gestores hagan también aportes de capital, que pueden o no otorgarles la calidad de comanditarios, como se deriva de la lectura de los artículos 325 y 331 del Código de Comercio (C.Co.):

Art. 325.- El capital social se formará con los aportes de los socios comanditarios o con los de éstos y los de los socios colectivos simultáneamente.

Art. 331.- Las acciones que un socio gestor tenga en la sociedad podrán cederse separadamente de las partes de interés que tenga como gestor, e inversamente, pero con sujeción a lo previsto en los artículos anteriores.

En consecuencia, los hijos podrían hacer aportes pequeños de capital que les permitan actuar como comanditarios y tener derechos frente a los bienes sociales. Por su parte, los padres podrían ostentar la calidad de socios gestores, con lo cual adquirirían la administración exclusiva de los negocios familiares. Además, una vez constituida la sociedad, estos podrían aportar sus bienes a la sociedad en calidad de socios comanditarios. De esta manera, los padres tendrían el control administrativo y el de la junta de

socios, al tener la mayor cantidad de acciones o cuotas sociales.

En relación con los aportes hechos por los padres, puede utilizarse el mecanismo de la prima en colocación de acciones (o cuotas) como herramienta para incrementar el valor intrínseco de las cuotas de los hijos, transfiriéndoles parte de su patrimonio de manera inmediata y sin impacto tributario en cabeza de estos.

Así pues, como para constituir una sociedad en comandita por acciones es necesario que concurren al menos cinco socios comanditarios (art. 343 del C.Co.), supóngase que la familia hipotética que se propuso decide constituir una sociedad en comandita simple⁷. Esta sociedad, como se dijo, está conformada por ambos padres en calidad de gestores y, en cuanto a los comanditarios, cada hijo hace un aporte de diez millones de pesos (COP \$10.000.000), que le confiere a cada uno 10.000 cuotas de mil pesos (COP \$1.000) cada una. Una vez constituida la sociedad, cada uno de los padres adquiere 20.000 cuotas sociales adicionales, por las cuales pagan un precio de quinientos millones de pesos (COP \$500.000.000) cada uno. Este precio puede ser pagado, entre otras cosas, apor-

tando bienes muebles e inmuebles de la familia a la sociedad.

En realidad los padres debieron pagar mil pesos (COP \$1.000) por acción (su valor nominal), para un aporte total de veinte millones de pesos (COP \$20.000.000) cada uno, por lo que este valor pasará a hacer parte del capital de la sociedad. La diferencia entre este valor y el mayor valor realmente pagado se conoce como la prima en colocación de acciones, y no hace parte del capital social sino del patrimonio de la sociedad.

ANTES		DESPUÉS	
Capital/ patrimonio	Socios	Capital/ patrimonio	Socios
CAP = PAT: \$20.000.000	Padre (gestor)	CAP: \$60.000.000 PAT: \$1.020.000.000 PRIMA: \$960.000.000	Padre (gestor)
	Madre (gestor)		Madre (gestor)
	Hijo1 (com.) 10.000 cuot.		Padre (com.) 20.000 cuot.
	Hijo 2 (com.) 10.000 cuot.		Madre (com.) 20.000 cuot.
			Hijo 1 (com.) 10.000 cuot.
			Hijo 2 (com.) 10.000 cuot.

7 Debe anotarse que esto constituye una primera e importante limitación del uso de este tipo societario como herramienta de planeación sucesoral. Si una familia no cuenta con al menos cinco integrantes, no puede hacer uso de sociedades en comandita por acciones. Este tipo societario, como se vio, reporta mayores beneficios en cuanto al régimen de limitación de responsabilidad, pues sus accionistas responden hasta el monto de sus aportes, incluso en lo que respecta a obligaciones laborales o fiscales. También debe advertirse que esta limitación se encuentra en el uso de sociedades anónimas para los fines aquí planteados. Si las familias no están compuestas de al menos cinco personas, y no se desea incluir en la sociedad a personas ajenas a los miembros inmediatos de estas, no será posible valerse del benéfico régimen de responsabilidad previsto para la sociedad anónima, sociedad de capital por excelencia.

Ahora bien, en este punto resulta pertinente la opinión del doctor Laureano Gómez Robayo, contador público con amplia experiencia en materia de planeación patrimonial, para quien:

Al formar parte del patrimonio de la sociedad, la prima en colocación de acciones o cuotas sociales, constituye una valorización que no incrementa el valor patrimonial ni el costo por el cual se debe declarar las acciones o cuotas sociales. Las valorizaciones tampoco constituyen un ingreso tributario; únicamente constituyen un mayor valor del patrimonio contable para las personas obligadas a llevar contabilidad⁸.

El valor nominal de las cuotas es de mil pesos por acción (COP \$1.000); este valor se obtiene de la simple división del capital de la sociedad (sesenta millones de pesos luego del aporte de los padres) entre el número de cuotas suscritas, que es de 60.000. Ahora bien, el valor intrínseco de las cuotas, que refleja la verdadera participación económica que se tiene respecto de una sociedad, es el resultado de dividir el patrimonio líquido social (activos menos pasivos) entre el número de acciones suscritas. Como el capital también hace parte del patrimonio, el patrimonio líquido de la sociedad es de mil veinte millones de pesos (COP \$1.020.000.000), lo que significa que el valor real de cada acción en cabeza de los hijos ya no es de solo mil pesos (COP \$1.000), sino de diecisiete mil pesos (COP \$17.000).

Así pues, a través de este mecanismo, los padres habrían transferido efectivamente ciento setenta millones de pesos (COP \$170.000.000) de su patrimonio a cada uno de sus hijos. Adicionalmente, los padres habrían logrado conservar la plena administración y disposición de todos

los bienes familiares, por ser estos los administradores exclusivos de la sociedad, y propietarios de dos terceras partes del capital social.

3. Algunos problemas en relación con este esquema

A pesar de lo anterior, como bien lo apunta el doctor Gómez Robayo, con este esquema por sí solo no se logra una verdadera disminución del patrimonio de los padres, que permita evitar o reducir el impuesto de ganancias ocasionales por cancelar en el marco de una eventual sucesión.

Efectivamente, a través de este esquema los padres habrían cambiado bienes valorados en mil millones de pesos (COP \$1.000.000.000) por cuotas avaluadas, para efectos tributarios, en mil millones de pesos (COP \$1.000.000.000).

Como el costo fiscal de las cuotas equivale al precio de adquisición de estas por disposición del artículo 272 del Estatuto Tributario, y al fallecimiento de los padres la propiedad de las acciones debe pasar a los hijos en virtud de una sucesión, los hijos tendrían que pagar, con su propio dinero, el 10% de ganancias ocasionales respecto de los mil millones de pesos (COP \$1.000.000.000) que costaron las acciones, reduciendo así significativamente los beneficios que acarrea este mecanismo.

Nótese cómo, a pesar de que formalmente se logró el traspaso de bienes por un valor significativo de los padres a los hijos, en realidad no se alcanzaron los fines de la planeación patrimonial anotados.

8 Gómez Robayo, L. (2009). Planeación patrimonial de familias. Ob. cit., p. 92.

Con la utilización de este mecanismo no se evita la sucesión respecto de gran parte del patrimonio de los padres, pues estos aún son propietarios de cuotas sociales con un costo fiscal bastante elevado y, con ello, no se previenen de manera significativa los posibles conflictos interpersonales, judiciales y fiscales que la muerte de los padres puede acarrear.

Esto supone un inconveniente que, según el modelo del doctor Gómez Robayo, se podría solucionar mediante la venta o donación de la nuda propiedad de las cuotas de los padres a sus hijos. Así las cosas, al igual que como se vio al tratar la donación de la nuda propiedad respecto de los bienes familiares, la base gravable del impuesto de ganancias ocasionales se puede reducir a un 30% del valor de las cuotas, con lo cual se logra una disminución del impuesto de ganancias ocasionales de cien millones (COP \$100.000.000) a treinta millones de pesos (COP \$30.000.000). Esto implica, además, que los padres podrían seguir ejerciendo los derechos propios de las cuotas cedidas, según lo dispuesto por el artículo 410 del Código de Comercio. Igualmente, como luego de la muerte de los padres el usufructo se consolida con la nuda propiedad, no habría necesidad de realizar una sucesión y, en principio, se alcanzarían los fines propuestos con la implementación de este modelo.

No obstante, como también se vio al tratar la donación de la nuda propiedad, esta solución implica que los hijos pueden disponer libremente de las cuotas, en el sentido de que las pueden enajenar, con lo cual se anularía una de las prin-

cipales ventajas de la utilización de modelos societarios como el que aquí se estudia. En efecto, si los hijos tienen la propiedad (bien sea nuda o plena propiedad) de la totalidad de las cuotas sociales, estos podrían, en principio, enajenarlas a terceros, con lo cual el esfuerzo de los padres al adoptar este esquema de planeación habría sido en vano.

Sin embargo, es importante resaltar que, como la cesión de cuotas debe realizarse mediante reforma estatutaria, en realidad los hijos no tendrían la plena libertad de enajenar sus cuotas cuando lo deseen. Recuérdese que las reformas estatutarias en las sociedades en comandita se deben adoptar por votación unánime de los socios gestores, y mayoría de los comanditarios. Así las cosas, si alguno de los hijos decide enajenar a terceros sus propias cuotas, o las que recibió en nuda propiedad de sus padres, estos últimos tendrían un derecho de veto respecto de dicha cesión, por ser los socios gestores.

Lo anterior no significa que los hijos no puedan enajenar sus cuotas ante la negativa de los padres de realizar la reforma correspondiente. Más que una posibilidad, enajenar las cuotas propias es un derecho que, en el caso de las sociedades en comandita, no puede ser restringido. Lo anterior se deriva de la lectura del artículo 362 del Código de Comercio:

artículo 362. cesión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada. Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas.

Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita.

La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario.

Ahora bien, según los artículos subsiguientes del Código de Comercio, los socios que deseen ceder sus cuotas deben, salvo pacto en contrario, ofrecerlas primero a los demás socios. Si ninguno de sus asociados desea comprar las cuotas ofrecidas, ni le permiten cederlas a un tercero, la junta de socios puede 1) disolver la sociedad o, 2) excluir de la misma al asociado que desea ceder sus cuotas, liquidando estas de conformidad con el artículo 364 del mencionado estatuto.

Como es apenas evidente, ninguna de estas alternativas es útil para solucionar los problemas que se derivan de la utilización de sociedades en comandita como herramientas de planeación sucesoral, dado que:

- Si los hijos enajenan sus cuotas, la sociedad perdería su objeto. Efectivamente, los padres tendrían que administrar sus bienes en favor de terceros, y los hijos tendrían que pagar con el dinero recibido importantes obligaciones fiscales;
- Si los padres adquieren las cuotas de sus hijos, una vez les sean ofrecidas, igualmente la sociedad perdería su objeto o, al menos, no lograría los fines de la planeación sucesoral. No se habrían evitado eventuales problemas interpersonales y los hijos deberían pagar los impuestos correspondientes a la venta de sus cuotas;

- Lo mismo ocurre si se excluye a los hijos de la sociedad, pues si bien se les transferiría una suma importante de dinero, además de que no se lograría evitar los eventuales conflictos sucesorales e interpersonales luego de la muerte de los padres, estos tendrían que cancelar el impuesto de ganancia ocasional o de renta, según el caso;
- Por último, si se disuelve la sociedad, no cabe duda de que todo el esfuerzo invertido en planear la sucesión se vería desperdiciado, y los hijos tendrían que pagar los impuestos correspondientes luego de la liquidación.

En síntesis, resulta irónico utilizar la sociedad en comandita como mecanismo para solucionar los problemas de la venta de la nuda propiedad, para luego tener que complementar ese nuevo modelo recurriendo al mismo mecanismo que se busca superar, asumiendo todos sus defectos e imperfecciones.

Por otra parte, es claro que la regulación de las sociedades en comandita (que para este efecto es equivalente a la regulación de las sociedades anónimas y limitadas) no permite superar verdaderamente las dificultades que supone la venta de la nuda propiedad como herramienta de planeación patrimonial. Si bien al constituir una sociedad de este tipo los padres conservan la administración de los bienes familiares, la posibilidad de que los hijos enajenen sus cuotas sociales y las que pudieran obtener de sus padres, sin que los padres puedan oponerse realmente a ello, termina por obstaculizar, si no anular, la consecución de los fines propuestos por este tipo de esquemas.

III. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA COMO HERRAMIENTA DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL

Con la expedición de la Ley 1258 de 2008, el legislador colombiano rompió con una larga tradición formalista en materia societaria en el país. Por medio de esta importante ley se creó lo que hoy por hoy se perfila como el tipo societario con mayor popularidad en Colombia: la sociedad por acciones simplificada.

A mediados del 2012, por ejemplo, “de acuerdo con el Registro Único Empresarial y Social (RUES), que administra la Confederación de Cámaras de Comercio (Confecámaras), *el 93 por ciento de las empresas (creadas) en el país*” [cursivas añadidas] fueron SAS⁹, es decir, de cada 100 empresas nuevas que se crean, 93 adoptan esta forma asociativa. Esta vertiginosa popularidad se debe en gran parte a la manera flexible en que estas sociedades están reguladas, y a las amplias facultades de configuración estatutaria que la Ley 1258 permite a sus accionistas.

Una de las características más importante de la SAS es la amplísima libertad contractual propia de este nuevo tipo. En un sistema jurídico caracterizado por la reverencia apenas retórica al postulado de la autonomía de la voluntad privada, es afortunado que este tipo de sociedad escape al rezago ancestral del Derecho Privado local. En verdad, es el talante dispositivo de la regulación lo que individualiza a la

SAS. La mayoría de las normas legales que la rigen cumple un papel supletorio de la voluntad de las partes. Así, su aplicación solo ocurre en aquellos casos en que los accionistas no hayan empleado recursos adicionales para la negociación detallada de las cláusulas estatutarias o de los acuerdos de sindicación de acciones¹⁰.

Pues bien, a continuación se estudiarán las características principales de las SAS, y cómo algunas de ellas convierten a este tipo societario en una herramienta ideal de planeación sucesoral.

A. ¿Qué son las SAS?

Por definición, las sociedades por acciones simplificadas son sociedades de capital; el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008 así lo establece: “La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.”

Para el profesor Reyes Villamizar, las sociedades de capital son aquellas en las que prevalece el elemento *intuitu pecuniae*, es decir, cuya constitución se hace en consideración a los aportes materiales de sus socios. Así, las sociedades de capital se contraponen a las sociedades de personas, que “se conciben como estructuras cerradas en las que prevalecen las calidades personales de los asociados”¹¹.

9 Según el artículo *Colombia ya cuenta con 160.000 SAS creadas*, publicado en la sección Negocios del diario económico *Portafolio.co*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/negocios/colombia-ya-cuenta-160000-sas-creadas>

10 Reyes Villamizar, F. (2010). *SAS: la sociedad por acciones simplificada*. (2ª ed.). Bogotá: Legis, p. 6.

11 Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Temis S. A., p. 21.

Por su parte, la prevalencia del elemento *intuitu pecuniae* o *intuitu personae*, en uno u otro tipo de sociedad, tiene importantes repercusiones que tienen que ver con su regulación legal.

En efecto, la regulación legal de las sociedades de capital suele limitar la responsabilidad de sus socios hasta el monto de sus aportes. En este orden de ideas, si por ejemplo la sociedad es liquidada, y los pasivos externos superan los activos de la sociedad, los asociados no deben responder con su patrimonio personal por las deudas sociales.

Caso contrario ocurre en las sociedades de personas, en las que “el sistema de riesgos para los asociados se caracteriza por *una extensión de responsabilidad* que envuelve un compromiso del patrimonio personal de los socios en las operaciones que realiza la persona jurídica. De ahí que a ellos pueda llamárselos a responder por las deudas adquiridas por el ente social”¹². [Cursivas añadidas].

Ahora bien, en materia de planeación patrimonial, el régimen de responsabilidad de las sociedades de capital resulta muy atractivo, especialmente cuando se plantea la posibilidad de que el patrimonio familiar sea aprovechado para emprender verdaderas empresas familiares. Además, y como se verá más adelante, la constitución de sociedades de capital con un patrimonio familiar permite limitar, en especial, la responsabilidad fiscal y laboral de los asociados (miembros de la familia), con lo que se evita un

eventual escenario en que deudas tributarias derivadas de los bienes de los padres afecten, por ejemplo, el patrimonio de los hijos.

B. Forma de constitución

La Ley 1258 de 2008 también se aparta de una arraigada costumbre en el derecho societario colombiano, según la cual todas las sociedades deben ser constituidas elevando los estatutos sociales a escritura pública. Las SAS pueden ser constituidas por medio de documento privado, debidamente inscrito en el registro mercantil. Este afortunado cambio hace a la constitución de sociedades una opción mucho más sencilla y accesible para las familias que, por ejemplo, pretendan utilizar este tipo societario para efectos de planeación sucesoral. Como bien lo señala el profesor Gabriel Ricardo Maya Maya:

como beneficio y ventaja de constituirse o transformarse en SAS, encontramos en las normas transcritas la posibilidad de que su trámite de autenticación y registro ante Cámara de Comercio, sea realizado a través de apoderado, de manera que los empresarios podrán delegar todos estos asuntos en sus abogados. Es igualmente útil la constitución de sociedades por acciones simplificadas a través de apoderado, *para cuando los colombianos residentes en el exterior o incluso, los extranjeros, pretenden constituir este tipo de sociedades en el país, pues no es necesaria su presencia física al momento de legalizar el documento de constitución*¹³. [Cursivas añadidas].

12 Ibidem, p. 30.

13 Maya Maya, G. R. (2009). *Razones y beneficios para convertirse o transformarse en SAS*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, p. 79.

Sin duda es una posibilidad que uno o varios de los miembros de una familia, por cualquier razón, residan en el exterior. Viajar a Colombia para constituir una sociedad por medio de escritura pública puede resultar inviable o, cuando menos, problemático. Así pues, la simplificación en el trámite de constitución, propia de las SAS, puede resultar sumamente benéfica si se tienen en cuenta las consideraciones precedentes.

C. Clases de acciones

Tal vez una de las características más innovadoras de las SAS es la posibilidad de crear varios tipos de acciones que, hasta la expedición de la Ley 1258, no eran permitidos en Colombia. Como su nombre lo indica, las SAS dividen su capital precisamente en acciones, esto es, partes alícuotas de este representadas en títulos libremente negociables.

Uno de los aspectos más relevantes de la nueva normativa societaria tiene que ver con la gran flexibilidad de las reglas en materia de capitalización de SAS.

(...)

La Ley 1258 de 2008 amplió el abanico de modalidades de acciones que la compañía puede emitir. La redacción claramente dispositiva del artículo 10 del estatuto sobre la SAS, según el cual, podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las que se mencionan en la norma, suministra la mayor amplitud de estipulación para los accionistas¹⁴.

Es importante anotar que la Ley 1258 posibilita la ‘fabricación’ de acciones distintas a las reguladas por las normas colombianas, esto es, de acciones ‘a la medida’, cuyos límites están dados apenas por el orden público y las buenas costumbres. En consecuencia, estas acciones deben regularse según las disposiciones estatutarias que las creen, como bien lo ha sostenido la doctrina de la Superintendencia de Sociedades:

en lo que toca con las acciones de pago y con las acciones con dividendo fijo anual, así como con las nuevas clases de acciones que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada reconocido en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, se creen en las sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que como quiera que no existen disposiciones legales que regulen tales acciones, la emisión y colocación de las mismas habrá de sujetarse a lo que se reglamente sobre dicho particular en los estatutos de la respectiva sociedad por acciones simplificada, reglamentación en la que en todo caso no se podrán desconocer normas de naturaleza legal en las que estén involucrados el orden público y las buenas costumbres (artículo 16 C. C.)¹⁵.

Sin embargo, cuando en una SAS se emitan acciones reguladas por el derecho colombiano, estas deberán acatar las disposiciones legales del Código de Comercio, la Ley 222 de 1995, o las demás normas concordantes. Esto también ha sido discutido por la Superintendencia de Sociedades, que en Oficio 220-012360 del 23 de febrero de 2012 dispuso:

14 Reyes Villamizar, F. (2010). SAS: *la sociedad por acciones simplificada*. Ob. cit., p. 182.

15 Oficio 220-087094. Superintendencia de Sociedades. Agosto 2 de 2009.

tratándose de la emisión y colocación de acciones ordinarias; privilegiadas; de goce o industria; privilegiadas con dividendo preferencial y sin derecho a voto, por remisión expresa de la ley se dará aplicación de las disposiciones previstas en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995 para su creación y emisión, pero en el reglamento que se elabore para efecto de la colocación pueden preverse condiciones para la suscripción, proporción y plazos para el pago de las acciones suscritas distintas a lo previsto en el ordenamiento mercantil.

Dicho lo anterior, resulta ahora pertinente estudiar algunos de los tipos de acciones que se pueden pactar en las SAS, pues este aspecto repercute de manera muy importante en la caracterización de estas como herramientas de planeación sucesoral. Este estudio tratará de determinar, además, cuáles de estas acciones pueden servir de manera particular para alcanzar los fines anotados.

1. Acciones ordinarias

Estas se caracterizan, podría decirse, por ser la forma tradicional de acciones, y por conferir la totalidad del catálogo general de derechos que a los accionistas reconoce el artículo 379 del Código de Comercio, a saber:

- Participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ellas,
- Recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o los estatutos sociales,
- Negociar libremente las acciones a menos que se estipule derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas,
- Inspeccionar libremente los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a la reunión de la asamblea general de accionistas, y
- Recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo.

Además, de acuerdo con el profesor Francisco Reyes Villamizar, puede decirse que las acciones ordinarias confieren el derecho de retiro, el derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones y el derecho a impugnar los acuerdos sociales mediante el procedimiento para ello establecido en el Código de Procedimiento Civil¹⁶.

Como se dijo, este es el tipo tradicional de acciones, y su utilidad se deriva tanto del amplio catálogo de derechos que confiere a los accionistas como de su simplicidad en lo que respecta a los derechos de decisión y de votación de los asociados.

En efecto, se suele asegurar que, en lo que respecta a esta forma particular de acciones, impera el llamado “principio de participación proporcional, de naturaleza capitalista, según el cual, cada acción da derecho a un voto”¹⁷. Estas

16 Véase Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho societario*. Ob. cit., pp. 398-399.

17 *Ibidem*, p. 40.

acciones pueden ser de gran utilidad en sociedades en las que se desea mantener el poder decisorio en proporción al número de acciones que se tengan, de tal manera que se quiera establecer la igualdad de derechos de todos los accionistas.

Ahora bien, para el caso de sociedades familiares que pretendan utilizar herramientas de planeación sucesoral, esta clase de acciones no parece ser la más adecuada. Recuérdese que las acciones se caracterizan por ser títulos de fácil negociación, y que esta facultad solo está limitada por el derecho de preferencia. En este sentido, las acciones ordinarias se asemejan a las cuotas estudiadas al tratar las sociedades en comandita simple; una vez en cabeza de los hijos, no existe forma de asegurar que estos no las enajenen a terceros, quienes accederían al patrimonio que en principio se desea transferir únicamente a los herederos de la familia.

2. Acciones privilegiadas

En virtud del artículo 381 del Código de Comercio, las acciones privilegiadas se diferencian de las ordinarias en cuanto confieren ciertos derechos distintos a sus titulares. En este orden de ideas, las acciones privilegiadas confieren, además de los derechos previstos para las acciones ordinarias, los siguientes:

- El derecho preferencial para el reembolso en caso de liquidación hasta concurrencia de su valor nominal,
- El derecho a que de las utilidades se les destine, en primer término, una cuota determinada, sea esta acumulable o no (en el primer caso, la acumulación no puede ser por un período superior a cinco años), y
- Cualquier otra prerrogativa de carácter exclusivamente económico.

Resulta sumamente importante anotar que las acciones privilegiadas no pueden otorgar a sus propietarios prerrogativas como el voto múltiple o privar de sus derechos, de manera permanente, a propietarios de acciones ordinarias. Esto por disposición expresa del artículo 381 del Código de Comercio.

Esta clase de acciones podría resultar útil en las sociedades de familia en las que, por ejemplo, se quiera que durante la vida de los padres estos reciban de manera privilegiada una cuota fija mínima de los dividendos que produzca la compañía, de tal forma que se garantice su sustento. No obstante, se debe hacer la misma objeción que para las acciones ordinarias: los padres adquieren solamente derechos económicos adicionales que no les permiten controlar el manejo que sus herederos le den a sus acciones. Esto, como se vio, puede conducir a que el patrimonio familiar no permanezca precisamente en familia, sino que terceros accedan a este, con lo cual no se logran los fines propuestos con la planeación sucesoral.

3. Con dividendo fijo anual

Las acciones con dividendo fijo constituyen, según Reyes Villamizar, una modalidad especial de las acciones privilegiadas¹⁸ antes mencionadas, en tanto permiten que se pacte cualquier fórmula financiera que asegure el pago periódico del dividendo, pero no implican la pérdida del derecho de votación. En este orden de ideas, siguiendo al referido autor, este tipo de acciones hace posible que “algunos accionistas reciban únicamente el valor anual correspondiente al dividendo fijo, de manera que su posición en la sociedad no dependerá estrictamente del mayor o menor éxito de los negocios que esta desarrolle”¹⁹. La existencia de este tipo de acciones implica un quebrantamiento de la regla general que se sigue de la utilización común de las acciones ordinarias, pues generalmente se ha creído que la utilidad que devengan los accionistas debe ser equivalente al monto de su participación en la sociedad.

Como modalidad de acciones privilegiadas, las acciones con dividendo fijo anual merecen las mismas observaciones que las primeras, en cuanto a la utilidad que pueden tener para estructurar sociedades familiares de planeación sucesoral.

18 Reyes Villamizar, F. (2010). *SAS: la sociedad por acciones simplificada*. Ob. cit., pp. 186-187.

19 *Ibidem*, p. 67.

4. Con dividendo preferencial y sin derecho a voto

Francisco Reyes Villamizar afirma que este tipo de acciones rompe con la concepción decimonónica de la relación entre los derechos patrimoniales y políticos, a la luz de la cual resulta inconcebible la existencia de acciones que priven a los asociados de los derechos políticos “a cambio de una contraprestación patrimonial”²⁰. La principal característica de este tipo de acciones es, entonces, que se suprimen los derechos de decisión y votación del accionista (usualmente llamados derechos políticos) y, en su lugar, otorgan mayores beneficios económicos a manera de compensación.

En los términos del artículo 61 de la Ley 222 de 1995, las sociedades por acciones pueden emitir este tipo de títulos siempre y cuando su valor sea igual al valor nominal de las acciones ordinarias y no representen más del 50% del capital suscrito.

Las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto otorgan a su titular, en principio, “el derecho a percibir un dividendo mínimo fijado en el reglamento de suscripción que se pagará de preferencia al que corresponda a las acciones ordinarias; al reembolso preferencial de los aportes, una vez pagado el pasivo externo, en caso de disolución de la sociedad; a los demás derechos previstos para las acciones ordinarias,

20 *Ibidem*, p. 416.

salvo el de participar en la asamblea de accionistas y votar en ella²¹. [Subrayas añadidas].

La existencia de un dividendo mínimo preferencial, junto con la abolición de la capacidad decisoria, constituyen la característica fundamental de esta clase de acciones; el dividendo mínimo, por lo general “corresponde a una tasa fija anual o a una fórmula específica de liquidación, para la cual se tiene en cuenta el valor de la inversión, la devaluación monetaria, la tasa de rentabilidad de otros papeles en el mercado, etc.”²².

Debe anotarse que los titulares de este tipo de acciones, en su calidad de accionistas, conservan la facultad de ejercer las demás prerrogativas que confiere el artículo 379 del Código de Comercio para los titulares de las acciones ordinarias (inspección, libre negociación, retiro, etc.), salvo, por supuesto, el derecho de voto. Lo anterior se da sin perjuicio de que, adicionalmente, el reglamento de emisión y colocación de acciones o los estatutos mismos les reconozcan a los mencionados inversionistas otros derechos de naturaleza patrimonial, como los que menciona el artículo 63 de la Ley 222 de 1995. Entre estos derechos se destaca el contenido en el numeral 1º de la norma mencionada, que permite que los inversionistas “participen en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo”.

21 Ley 222 de 1995, art. 63.

22 Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho societario*. Ob. cit., p. 421.

Especial atención merecen los casos en que la ley permite que los titulares de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto adquieran el derecho a votar. El párrafo del mismo artículo 63 señala que estos accionistas ostentan poder decisorio en las decisiones de la asamblea cuando estas versen sobre desmejoras de las condiciones o derechos fijados para dichas acciones; cuando se pretenda convertir las acciones en cuestión en acciones ordinarias o en los demás casos que se señalen en el reglamento de suscripción.

Este tipo de acciones pueden ser de gran utilidad para las sociedades de familia que, por ejemplo, quieran asignar a los padres acciones ordinarias y a los hijos, a su turno, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, conservando así los primeros el control de la sociedad. Debe anotarse, sin embargo, que aunque este tipo de acciones parecen revestir mayor utilidad que los estudiados anteriormente, los hijos aún podrían enajenar libremente su participación a terceros, e incluso es posible que estas sean objeto de un proceso de divorcio y, en consecuencia, adjudicadas al cónyuge de uno de los herederos.

5. Con voto múltiple

El artículo 11 de la Ley 1258 de 2008 prevé la posibilidad de emitir acciones con voto singular o múltiple. Esto significa que en los estatutos de una SAS es viable pactar, por un lado, acciones que confieran a sus titulares un solo voto, como ocurre con las acciones ordinarias; por otro lado, la creación de acciones que confieran mayor ca-

pacidad de votación a sus titulares, a pesar de que estos no aporten más que los primeros.

Lo anterior rompe con el esquema tradicional de *one share one vote*, forma anglosajona de formular el principio de participación proporcional, pues a la luz de esta figura no se requiere el mayor número de acciones en cabeza de una persona para que esta tenga el control sobre las votaciones. En efecto, un accionista considerado como minoritario en el régimen anterior puede llegar a tener mayor capacidad decisoria si las acciones que detenta cuentan con voto múltiple²³.

Según la Superintendencia de Sociedades, la ley mencionada, a diferencia de otras legislaciones que acogen el sistema de voto múltiple, no limita el número de votos que se le puede atribuir a cada acción. Por lo tanto, esta decisión debe reflejarse en los estatutos de cada sociedad, según el interés de los accionistas²⁴.

Las sociedades que se adhieran a este esquema de suscripción de acciones pueden prever, desde un principio, quiénes tendrán más poder a la hora de votar. Lo anterior en cuanto a que si se pactan diez votos por acción para aquellos accionistas fundadores, y un solo voto para aquellas que se emitan con posterioridad, se tendrá claro desde el inicio de la sociedad las relaciones de poder entre accionistas, ya que quienes ingresen luego nunca tendrán la cantidad de votos por acción que los primeros.

23 Véase Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho societario*. Ob. cit., p. 188.

24 *Ibidem*.

Esto genera mayor seguridad para aquellos que constituyen la sociedad, quienes pueden estar seguros de que su representación siempre será significativa sin perjuicio de que se creen más acciones.

Este novedoso esquema accionario puede resultar supremamente útil en materia de planeación sucesoral. Si se tiene en cuenta que en Colombia no existe regulación legal sobre este tipo de acciones y que, en consecuencia, es posible ampliar los derechos conferidos por estas, los padres de familia podrían diseñar estas acciones de tal manera que se les garantice el control de la sociedad hasta su muerte. En efecto, como se verá a continuación, el concepto de voto múltiple puede integrar otros tipos de acciones creadas a la medida por cada sociedad, que confieran derechos adicionales a sus titulares.

6. Cualquier otra pactada en los estatutos

El artículo 10 de la Ley 1258 de 2008 dispone que, en las SAS, “podrán crearse diversas clases y series de acciones, *incluidas las siguientes*, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.” El aparte en cursivas implica que la lista contenida en este artículo no es taxativa, sino apenas enunciativa. La regla general es entonces que en las SAS es posible pactar cuantas clases de acciones deseen los accionistas, siempre y cuando no contravengan el orden público o las

buenas costumbres. Esto ha sido reiterado por la Superintendencia de Sociedades, para la cual la clasificación enunciada “no pretende ser restrictiva, permitiendo que los accionistas creen el tipo de acciones que más les convenga, según sus propias necesidades”²⁵.

Así pues, en las SAS es posible, inclusive, crear acciones híbridas que confieran a sus titulares derechos diversos, característicos de las distintas clases de acciones ya discutidas, o también derechos no contemplados en estas, si así se establece en los estatutos. Esta es tal vez una de las mayores ventajas que las SAS pueden ofrecer en materia de planeación patrimonial y que, como más adelante se discutirá, hacen que este tipo societario sobresalga respecto de las herramientas tradicionales de planeación patrimonial.

Una aplicación interesante de esta regulación permite que los padres, por ejemplo, configuren la sociedad de tal forma que su familia política (como los cónyuges de sus herederos) no haga parte de esta y, en consecuencia, no pueda disponer del patrimonio familiar. En este sentido se orienta la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, que mediante Oficio 220-057533 de marzo 26 de 2009 dispuso:

vale la pena poner de presente que con el fin de impedir que los cónyuges hacia futuro adquieran la calidad de accionista, existe la posibilidad de crear en los estatutos de la respectiva Sociedad por Acciones Simplificada una cate-

goría especial de acciones (la cual podría ser llamada “acciones hijos de familia”), en la que por ejemplo se establezca que las mismas no podrán pertenecer a los cónyuges de los hijos accionistas por virtud de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, de suerte que si en este trámite a los cónyuges les son adjudicadas las acciones en comento, la compañía deba liquidar y pagar a los adjudicatarios tales participaciones, por el valor que acuerden entre estos y aquella, o por el que determinen peritos designados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades (artículos 134 y 136 Ley 446 de 1998). Al dorso de los títulos que den cuenta de dichas acciones, habrá de hacerse mención de los derechos que por estipulación estatutaria le sean conferidos a ellas, así como a la restricción a que alude este párrafo.

La posibilidad a la que se acaba de hacer referencia, alcanza respaldo en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, el cual permite crear diversas clases y series de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, al igual que fijarles los derechos inherentes a las mismas.

Por supuesto, como se ha venido diciendo, las acciones propuestas por la Superintendencia de Sociedades en el Oficio transcrito son susceptibles de ser modificadas, ajuntándolas a las necesidades de cada familia en particular.

D. Posibilidad de someter toda transferencia de acciones a autorización previa

El artículo 14 de la Ley 1258 de 2008 señala que, en las SAS, “Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase

25 Oficio 220-087094. Superintendencia de Sociedades. Agosto 2 de 2009.

de ellas a la autorización previa de la asamblea.” Esta importante limitación en la negociación de acciones acarrea excepcionales ventajas en materia de planeación sucesoral, pues permite que los padres, siempre y cuando conserven el control de la asamblea, mantengan alejados a terceros de la posibilidad de acceder al patrimonio familiar. El profesor Felipe Cuberos, al referirse a este artículo, ha dicho:

Bajo la concepción tradicional, la negociación de las participaciones sociales puede estar limitada esencialmente por el derecho de preferencia a favor de los demás asociados en razón del cual, quien pretenda ceder o enajenar sus acciones o cuotas de capital deberá ofrecérselas primeramente a los demás socios y sólo a falta de interés de ellos podrá ofrecerlas a terceros. Esta herramienta terminó a todas luces quedándose corta frente a la realidad de los negocios en Colombia, donde los accionistas, especialmente en compañías cerradas, comenzaron a ingeniar mecanismos para lograr compromisos de largo plazo entre ellos y sobre todo para evitar la infiltración de terceros en la estructura societaria.

(...)

La Ley 1258 en buena hora vino a solucionar este defecto, o al menos esta incertidumbre que se generaba con la normatividad tradicional, al permitir abiertamente que en las S. A. S. la negociación de acciones se limite no sólo por el derecho de preferencia, sino, más aún, por la necesidad de contar con la autorización de los demás accionistas, pudiendo ello plasmarse en los estatutos sociales²⁶.

Ahora bien, como también lo apunta el citado autor, esta facultad legal para limitar la enajenación de acciones puede resultar controversial, e incluso implicar la responsabilidad patrimonial de algunos accionistas, a la luz de la teoría del abuso del derecho. Sin necesidad de ahondar en este tema, vale decir que sería recomendable plasmar esta posibilidad en los estatutos de tal forma que, cuando los demás accionistas no autoricen la enajenación de las acciones, la sociedad esté facultada, por ejemplo, para transformarlas de tal manera que se desmejoren los derechos políticos o económicos que estas confieren, como forma de conminar al heredero interesado en venderlas para que las conserve.

Es importante anotar, por lo demás, que la decisión de incluir esta cláusula estatutaria debe ser adoptada por unanimidad, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1258 de 2008. Esto, sin embargo, no representa un problema si dicha cláusula se inserta en los estatutos desde la constitución de la sociedad, pues en este caso todos los accionistas, al suscribir el documento de constitución, habrán convenido en adoptar esta restricción.

E. Posibilidad de prohibir la negociación de acciones por un término prorrogable de diez años

Aunque similares, no debe confundirse esta posibilidad con la de someter la transferencia de acciones a la autorización previa de la asamblea general de accionistas. El artículo 13 de la Ley 1258 permite prohibir, de manera absoluta, la enajenación de las acciones de una SAS, por

26 Cuberos de las Casas, F. (2011). *Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). Novedades, aciertos y desaciertos*. Bogotá: Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia y Grupo Editorial Ibañez, pp. 105-106.

un término no superior a diez años. Esta cláusula estatutaria puede ser útil si se quiere garantizar la permanencia de los accionistas en la sociedad, aunque sea por un tiempo limitado, privándolos de cualquier posibilidad de enajenar sus acciones.

A diferencia de lo que ocurre con las cláusulas descritas en el numeral D anterior, la prohibición de enajenación de las acciones está limitada en el tiempo. Esto puede resultar inconveniente, por ejemplo, para los padres que deseen transferir sus bienes a sus hijos a través de este tipo de sociedades, y a la vez garantizar que estos últimos sean los únicos beneficiarios del patrimonio a transferir, impidiendo la entrada de terceros a la sociedad familiar. En efecto, el término de diez años de prohibición solo puede ser ampliado por períodos iguales cuando se cuente con el voto favorable del 100% de los accionistas. Esto significa que, incluso si los hijos tienen acciones que no les confieran derechos políticos como el voto, cada uno de ellos tendría un poder de veto en esta decisión particular, derivado precisamente de su calidad de accionista.

ARTÍCULO 13. RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES. 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 *sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas.* [Cursivas y subrayas añadidas].

Sin embargo, si además de esta prohibición se establece la necesidad de autorización para enajenar las acciones a terceros, la sociedad por acciones simplificada puede configurarse de tal forma que se limite la entrada de terceros a eventos en que los padres deseen permitirlo, con lo cual se garantiza que terceros no accedan al patrimonio familiar. Además, para el caso particular de las sociedades de familia, existen mecanismos adicionales, como la venta de la nuda propiedad sobre las acciones, que permiten ‘burlar’ de cierta forma esta limitación temporal; esto último se tratará en profundidad un poco más adelante.

Por último, vale la pena referirse al artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, en virtud del cual “toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.” Así pues, la regulación legal de las SAS, en materia de restricción a la negociación de acciones, permite configurarlas como sociedades verdaderamente cerradas, lo cual constituye un atractivo innegable para sociedades de familia.

F. Posibilidad de pactar causales de exclusión de accionistas

La Superintendencia de Sociedades ha considerado que, en el caso particular de las sociedades anónimas, no es viable pactar causales especiales de exclusión. Así, en Oficio 220-005299 del 9 de febrero de 2005, la referida entidad señaló que:

en el escenario de la legislación mercantil colombiana no está consagrada dicha figura para

este tipo societario y que igualmente no es viable a la luz de la misma norma establecer causales estatutarias que contemplen supuestos de exclusión, razón por la cual no resulta viable bajo ninguna circunstancia hablar de mecanismos idóneos que conduzcan a este propósito.

El artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 rompe con este paradigma, y prevé la posibilidad de pactar causales especiales de exclusión de accionistas, diferentes de las previstas en las normas comerciales vigentes, así:

ARTÍCULO 39. EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS. Los estatutos podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995.

Si el reembolso implicare una reducción de capital deberá dársele cumplimiento, además, a lo previsto en el artículo 145 del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos, la exclusión de accionistas requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueren objeto de esta medida.

Por su parte, el procedimiento de reembolso al que se refiere el artículo transcrito establece la posibilidad de que en los estatutos se fijen métodos especiales para determinar el valor de las acciones a reembolsar.

Se sigue de lo anterior que en los estatutos de una SAS es posible prever causales especiales de exclusión, que den derecho al reembolso de las acciones por un valor que se habrá de calcular de la forma en que libremente se pacte en los estatutos. Esto puede resultar muy conveniente, como se verá, para enfrentar la posibilidad de que terceros, tales como los cónyuges de los herederos, ingresen a la sociedad.

G. Un modelo de SAS como herramienta de planeación sucesoral

Con el ánimo de dar aplicación a las consideraciones precedentes, a continuación se propone un modelo concreto de SAS diseñado para servir como herramienta de planeación sucesoral.

Debe anotarse que el modelo que se plantea supone la utilización de una SAS junto con contratos de venta de la nuda propiedad sobre acciones de esta. A diferencia de lo que ocurre cuando se adicionan este tipo de actos a la planeación sucesoral mediante sociedades en comandita, la regulación de las SAS permite que dichos actos sirvan como un verdadero impulso para lograr los fines propuestos con la planeación patrimonial.

Como todas las sociedades diseñadas con fines de planeación serán diferentes, dependiendo de las circunstancias, necesidades y características propias de cada familia, el siguiente modelo pretende ser apenas ilustrativo, y partirá de los siguientes supuestos de hecho:

La familia hipotética objeto de la planeación está conformada por un padre, una madre y dos

hijos. Los padres son los únicos con bienes a su nombre y entre estos se encuentra vigente una sociedad conyugal. Los hijos, ambos mayores de edad, no tienen bienes a su nombre al momento de la planeación.

Pues bien, si en vez de utilizar una sociedad en comandita se optara por una SAS, no habría necesidad de que los padres ostentaran la doble calidad de socios gestores/comanditarios, y los hijos solo de comanditarios. De hecho, no sería necesario siquiera que los hijos ejercieran derechos de accionista en la sociedad para que se logren los fines anotados.

Supóngase que los padres de esta familia, en vez de una sociedad en comandita, crean con su patrimonio una SAS. A esta sociedad cada padre transfiere el 50% de los bienes familiares, avaluados en mil millones de pesos (COP \$1.000.000.000), de tal manera que cada uno de ellos hace aportes por quinientos millones de pesos (COP \$ 500.000.000) y recibe quinientas mil acciones (500.000) por un valor de mil pesos cada una (COP 1.000).

CAPITAL SUSCRITO = \$ 1.000.000.000	PADRE: 500.000 acciones por 1.000 pesos cada una
	MADRE: 500.000 acciones por 1.000 pesos cada una

Estas acciones, como se vio, pueden configurarse libremente por los constituyentes, ampliando o limitando los derechos que estas confieran. Por ejemplo, esta familia podría crear 'acciones especiales' que, valiéndose de las facultades que confieren los artículos 13 y 14 de la Ley

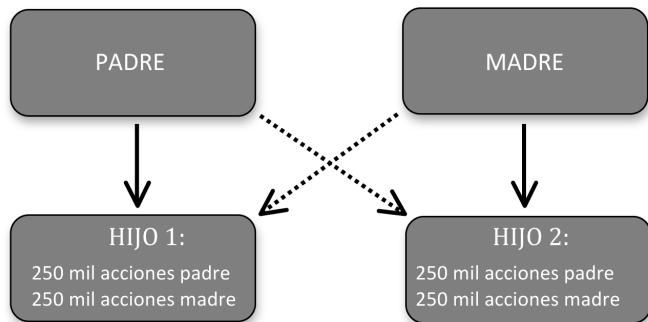
1258 de 2008, solo puedan ser enajenadas a terceros previa autorización de la asamblea general de accionistas, mediante el voto unánime de estos, y que tampoco puedan ser enajenadas durante los siguientes diez años a su emisión. Adicionalmente, en las SAS nada obsta para se prohíba que esta especial clase de acciones sean gravadas de alguna manera, una vez más sin la autorización previa de la asamblea general de accionistas. También podría estipularse, por medio de un pacto de accionistas, que si los herederos alguna vez llegan a ser propietarios de estas acciones estén obligados a suscribir capitulaciones matrimoniales, si es que desean conformar cualquier vínculo conyugal.

Por último, podría establecerse como causal de exclusión de un accionista el hecho de que este no tenga vínculo de consanguinidad con los fundadores. En caso de exclusión, podría fijarse como precio de reembolso, por ejemplo, el 20% del valor nominal o intrínseco de las acciones, el que resulte menor.

De esta manera, si los hijos incumplen su obligación de suscribir capitulaciones, y luego de un proceso de divorcio las acciones fueran adjudicadas a su cónyuge, este se vería forzado a recibir un precio posiblemente muy bajo y no podría ejercer derechos sobre los bienes sociales. Esta previsión sirve, además, para conminar al cónyuge a que, en caso de un divorcio, acepte como hijuela bienes distintos a las acciones, pues estos sí podrá conservarlos por su valor real.

Ahora bien, una vez los padres tengan las acciones en su patrimonio, estos pueden donar su

nuda propiedad a sus hijos (cada padre le dona la mitad de sus acciones a cada uno de ellos), conservando aquellos el usufructo y reduciendo el impuesto de ganancia ocasional de la manera ya discutida.



En virtud del artículo 412 del Código de Comercio, así como de las reglas del usufructo, los padres conservarían el ejercicio de todos los derechos derivados de las acciones, salvo el de enajenarlas (recuérdese que estas acciones no pueden ser gravadas). El ejercicio de este último derecho estaría a cargo de los hijos pero, como los padres tienen el derecho de votación en la asamblea, solo podría ejercerse previa autorización unánime de los usufructuarios. Además, una vez transcurran los diez años de restricción en la enajenación de acciones, los padres podrían ampliar esta limitación por un período igual, decisión en la cual no mediaría la voluntad de los hijos.

Este modelo garantiza el sustento de los padres hasta su muerte, así como la plena disposición y administración respecto de los bienes familiares, pues ambos podrían ostentar la calidad de representantes legales de la sociedad.

Por medio de las SAS se logran, además, los fines que en un principio se anotaron y que se suelen perseguir por medio de la planeación sucesoral. En el momento en que los padres mueran, el usufructo se consolidaría con la plena propiedad y los hijos se harían verdaderos propietarios de los bienes familiares, sin necesidad de adelantar sucesiones judiciales o notariales; tampoco tendrían que asumir gastos por concepto del impuesto de ganancias ocasionales, pues estos fueron sufragados cuando se donó la nuda propiedad por tan solo una porción de lo que habrían pagado de no recurrir a esta figura.

Si un padre muriera antes que el otro, el cónyuge supérstite aún tendría un importante veto en la asamblea, pues ostentaría hasta su muerte el 50% de los votos y continuaría siendo administrador de la sociedad. Inclusive, nada obsta para que en los estatutos se prevea de manera especial esta situación.

Por ejemplo, las acciones especiales mencionadas pueden conferir derechos, como el voto múltiple, únicamente cuando su usufructo esté en cabeza de alguno de los fundadores de la sociedad. La libertad de configuración accionaria en las SAS permitiría este tipo de regulaciones, que garantizarían igualdad de votación a los padres cuando ambos estén vivos, pero un mayor peso decisorio en la asamblea a uno de ellos, cuando el otro muera.

En efecto, las acciones especiales podrían conferir tres votos por cada acción cuando este derecho sea ejercido por un fundador. Luego de la muerte de la madre, por ejemplo, los hijos ten-

drían 500 votos en conjunto en la asamblea general de accionistas, en tanto el padre supérstite tendría 1500 votos. Así pues, de esta forma se asegura que la dirección de la sociedad esté en manos de los padres hasta que los dos fallezcan.

Debe recalcar que esta es apenas una de las formas en que se puede estructurar una SAS como herramienta de planeación sucesoral. Las amplias libertades estatutarias que confiere la Ley 1258 de 2008 hacen posible la existencia de incontables estructuras societarias que atiendan a las necesidades de cada familia. Así, dependiendo de las características y objetivos que busque cada grupo familiar se deben redactar estatutos ‘a la medida’, diseñados exclusivamente para atender dichas necesidades y características.

Con el ánimo de ilustrar aún más el modelo aquí propuesto, se anexa un modelo básico de estatutos por medio de los cuales se podría crear la SAS de la familia que se planteó anteriormente.

IV. CONCLUSIONES

Las amplias libertades de configuración estatutaria previstas por la Ley 1258 de 2008, hacen de las SAS un mecanismo ideal para solucionar las limitaciones propias de los modelos ‘tradicionales’ de planeación sucesoral. Estas limitaciones, como se vio, se deben principalmente al carácter inflexible y formalista del derecho comercial en Colombia.

Es claro, sin embargo, que las SAS por sí solas no permiten hacer una planeación sucesoral in-

tegral, y será siempre recomendable que esta herramienta se utilice en conjunto con otros mecanismos. Resulta particularmente útil emplear la enajenación de la nuda propiedad como herramienta de apoyo, para que las SAS permitan lograr los fines propuestos con la planeación patrimonial. Sin embargo, debe recalcar que cada caso será diferente, y nada obsta para que otras instituciones jurídicas resulten más apropiadas para atender necesidades y características familiares particulares.

Referencias

- Bermúdez Quintana, E. M. (2009). La planeación patrimonial. En *Ensayos temas de derecho tributario, cambiario, societario, inversión extranjera, comercio internacional y aduanas* (pp. 113 - 191). Bogotá: Lewin & Wills Abogados.
- Portafolio.co. (julio 5 de 2012). *Colombia ya cuenta con 160.000 S.A.S. creadas*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/negocios/colombia-ya-cuenta-160000-sas-creadas>.
- Cuberos de las Casas, F. (2011). *Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). Novedades, aciertos y desaciertos*. Bogotá: Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia y Grupo Editorial Ibañez.
- Gómez Robayo, L. (2009). Planeación patrimonial de familias. En *Ensayos temas de derecho tributario, cambiario, societario, inversión extranjera, comercio internacional*

y aduanas (pp. 77 - 109). Bogotá: Lewin & Wills Abogados.

Jaramillo, I. (n. d.). *La sociedad en comandita como forma de planeación sucesoral*. Recuperado de <http://www.prietocarrizosa.com/pc/noticiadetalle.aspx?ID=71>

Maya Maya, G. R. (2009). *Razones y beneficios para convertirse o transformarse en SAS*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Reyes Villamizar, F. (2010). *SAS: la sociedad por acciones simplificada*. (2ª ed.). Bogotá: Legis.

Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Temis S. A.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-005299 del 9 de febrero de 2005.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-012360 del 23 de febrero de 2012.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-057533 del 26 de marzo de 2009.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-087094 del 2 de agosto de 2009.

Velásquez Jaramillo, L. G. (2008). *Bienes* (11 ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.