



**ANÁLISIS DE NULIDAD DEL USUFRUCTO SOBRE ACCIONES, CUANDO SU  
CAUSA ES EVADIR PACTOS DE PREFERENCIA.**

**Autor:**

**Sara Eugenia Bermeo Guzmán**

**Trabajo presentado como requisito para optar por el título de:**

**Magister en Derecho Corporativo**

**Director de Proyecto**

**Dr. Andrés Palacios Lleras**

**Facultad de Jurisprudencia**

**Maestría en Derecho Corporativo**

**Universidad del Rosario**

**Bogotá DC – Colombia**

**2022**

## **Análisis de nulidad del usufructo sobre acciones, cuando su causa es evadir pactos de preferencia.**

### **Analysis of usufruct nullity on shares when it's used to avoid stock preference agreements**

*Sara Eugenia Bermeo Guzmán*

#### **Resumen:**

El presente documento es una reflexión que contrasta el derecho de preferencia en la enajenación de acciones y la constitución de usufructo sobre las mismas, ambos, como figuras que en principio son aceptadas por el ordenamiento jurídico colombiano, con el propósito de explicar un supuesto de causa ilícita y cómo se configura en un ilícito que es atípico.

Con la finalidad de desarrollar el objetivo propuesto, en primer lugar se presentan las generalidades referentes a los ilícitos atípicos. En segundo lugar se exponen aspectos relacionados con la causa de los actos o contratos, la nulidad, enfatizando en la nulidad por causa ilícita. Finalmente, se usan los elementos explicados en las secciones anteriores para estudiar el caso de las dos figuras.

#### **Palabras clave:**

Usufructo sobre acciones; derecho de preferencia; causa ilícita; ilícito atípico.

---

#### **Abstract:**

This document aims to contrast the right of preference in the sell of shares and the usufruct of shares, as two legal figures accepted by the Colombian legal system, to explain how they can bring about an illicit cause for contract and result in a atypical illicit act.

In order to develop purpose, in the first place, the article will present generalities of “atypical illicit”. In second place, it examines matters related to the cause of the acts or contracts, the nullity resulting from an illicit cause, and finally, the theory of atypical illicit act applied to the issues initially raised by the two figures considered above.

#### **Key words:**

Usufruct on shares; stock preference agreements; illicit cause; atypical illicit act.

---

Las Sociedades por Acciones Simplificadas, llamadas comúnmente SAS, creadas en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 1258 de 2008, han traído consigo una variación en la perspectiva con la que eran concebidas anteriormente los diferentes tipos societarios y su fin útil. Las SAS han sido dotadas de relevancia al ser utilizadas en el diseño de diferentes sistemas de planeación patrimonial, como herramienta para la protección de intereses familiares o de grupo de diferentes índoles, ya no solo como el instrumento que

permite la asociación de personas limitando su responsabilidad en el desarrollo de actividades comerciales.

Es así como cada día se constituyen personas jurídicas destinadas al desarrollo de actividades económicas diversas. En muchas oportunidades estas sociedades persiguen intereses específicos que se reflejan y protegen, mediante acuerdos y estipulaciones estatutarias que permiten ajustar la conformación societaria a las necesidades e intereses de quienes están detrás de estas. Lo anterior, para garantizar una determinada composición de su capital, las calidades específicas de quienes la integran o permitir cierta estabilidad en cuanto a las políticas de manejo que los socios se plantean al inicio del negocio. Para dichos efectos, se diseñan herramientas que limitan la libertad de negociación que por regla general son naturales a la calidad de accionistas. Un ejemplo de ello es el derecho de preferencia que le otorga a los accionistas, la oportunidad de conservar cierto nivel de control sobre la sociedad.

Por otra parte, existen también figuras jurídicas como aquella que permite fragmentar el derecho de propiedad sobre las acciones que se ostentan en una sociedad de capital. Estas figuras permiten transferir a terceros algunas de las atribuciones que confieren las acciones, pero conservando la titularidad de las mismas. Entre estas figuras se destaca el usufructo sobre acciones.

En resumen, el derecho de preferencia busca mantener el control de la sociedad entre un grupo de personas, y especialmente, entre un grupo de accionistas. Es una manera de evitar que terceros ajenos a este grupo hagan parte de ella. A su vez, el usufructo sobre las acciones otorga a un tercero, distinto a los accionistas, derechos económicos, y en particular, derechos políticos. En el ordenamiento jurídico colombiano no hay normas legales que, de manera puntual, prohíban o limiten la constitución de usufructos de acciones. Visto de esta manera, existe un conflicto cuando la constitución del usufructo sobre las acciones se utiliza como mecanismo para el ingreso de terceros en desconocimiento del derecho de preferencia que le asistía a los demás socios.

De este modo, el que sigue a continuación, es un análisis de nulidad sobre el negocio de usufructo sobre acciones, cuando se usa como herramienta para el desconocimiento del derecho de preferencia, teniendo como premisa la prevalencia de los principios orientadores sobre las reglas contenidas en normas.

## **1. DE LA TEORÍA DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS DE ATIENZA Y RUIZ MANERO.**

Los contratos pueden tener causas que repudian al ordenamiento jurídico. Así, cuando un accionista celebra un contrato de usufructo de acciones para defraudar un pacto de preferencia que tiene con otros accionistas, está transgrediendo el principio de la buena fe contractual, establecida en el artículo 871 del Código de Comercio.<sup>1</sup> El hecho de que se viole un principio, y no una norma que prohíbe de manera específica una conducta, es lo que da

---

<sup>1</sup> Dicho artículo dice: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

lugar a un ilícito que es atípico, precisamente porque se trata de la trasgresión de un principio. En este sentido, dicho contrato de usufructo tendría una causa ilícita.

La causa ilícita también se predica de los contratos que violan principios. Después de todo, los principios orientan, impulsan y justifican la integración y permanencia de las reglas en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en este sentido, un contrato válido nunca podrá contrariar los preceptos o pautas de conducta que surgen a partir de los principios.

Así, partiendo de la premisa que señala que es ilícita la causa que contraria una norma, en armonía con el planteamiento que señala la coexistencia de normas en forma de reglas y normas en la forma de principios, es necesario tomar en este punto la teoría desarrollada por Aienza y Juan Ruiz Manero en su obra titulada “Ilícitos Atípicos”. Según la cual, resulta en un ilícito típico la contravención de las normas constitutivas de mandatos (reglas) y por su parte, aquellos actos o contratos que contraviene los principios constituyen ilícitos atípicos.

En este sentido, se configura un ilícito atípico, cuando el acto o contrato que si bien en principio es permitido por no encontrar prohibición expresa en las reglas típicas, una vez contempladas en su contexto más amplio, resulta contrario a los principios que orientan la materia y, por tanto, deben considerarse como prohibidos. Lo anterior, resultaría en la aplicación del mismo tratamiento otorgado a los ilícitos típicos.

## **2. LA CAUSA, LA NULIDAD Y LA NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA.**

Para entender por qué un usufructo de acciones que es constituido con el propósito de desconocer el derecho de preferencia adolece de causa ilícita, resulta preciso puntualizar sobre específicos aspectos de la causa y su eventual o posible ilicitud.

El Código Civil define la causa como *el motivo que induce al acto o contrato*, al respecto, el estudio doctrinal no ha sido pacífico y ha establecido dos posturas meridianamente opuestas. En relación con ellas, Vallejo Mejía, las clasifica en, por una parte, la *Teoría Clásica de la Causa*<sup>2</sup> y por parte, la teoría “*Neocausalista*”<sup>3</sup>. Lo anterior, sin desconocer

---

<sup>2</sup> Vallejo Mejía señala: “Ha considerado la doctrina que el análisis de Domat conduce a formular una noción objetiva de la causa, que la identifica con el fin jurídico inmediato que se propone cada contratante en los negocios bilaterales, que es la obligación de la contraparte. Por eso dicen los Mazeaud que con esta teoría se alude más bien a la causa de la obligación que a la del contrato, y que, según ella, dicha causa es abstracta, es decir, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos” (*Mazeaud, Obligaciones I, pág. 292; subrayas textuales*). La causa en los negocios jurídicos. En Estudios de Derecho, página 98. Planteando una visión objetiva de la causa que gira entorno a interdependencia de las prestaciones mutuas, por ejemplo, en el supuesto del contrato de arrendamiento la causa que da lugar al derecho de tenencia sobre la cosa, es el haber pagado previamente el canon de arrendamiento, de esta forma tenemos que, la causa del negocio únicamente varía en la medida en que el tipo contractual lo haga, de otra manera, sería estática para cada tipo contractual.

<sup>3</sup> Vallejo Mejía explica:

“Hay que llamar la atención además sobre el hecho de que en las consideraciones subjetivas de cada contratante obran representaciones acerca de circunstancias de hecho antecedentes (v. gr. la idea de que la casa se está desvalorizando, o ya no corresponde a las necesidades de su dueño) y futuras (el resultado final que se pretende lograr con el negocio: hacer una buena inversión, poner a funcionar una empresa, obtener un rendimiento

aquellas que con algunos elementos atenuantes se inclinan hacia uno u otro de estos extremos<sup>4</sup>.

Sin embargo, en palabras de Vallejo la noción de causa del negocio jurídico no es unitaria, a efectos prácticos del presente ejercicio, es dable distinguir, en *causa real* (la que busca garantizar la seguridad jurídica) y *causa licita* (en acuerdo con postulados de la prevalencia del orden público y las buenas costumbres), pues ello, se encuentra íntimamente relacionado con los postulados del artículo 1524 del Código Civil.

En relación con la tendencia que nos permite validar la causa ilícita en el negocio jurídico, esto es la tesis *neocausalista del móvil determinante*, indica que más allá de los factores determinantes del contrato, la causa del negocio jurídico se fija por el móvil que lleva a las partes a contratar. Lo anterior, involucra ya no solo lo estrechamente ligado a situaciones formales del tipo contractual, pues, integra además el conjunto de razones ajenas al contrato y relacionadas con el fuero interno y subjetivo de los contratantes. Dotando a la causa del contrato de la atribución suficiente para ser la base que soporta y da sentido a las prestaciones contenidas en el acto o contrato.<sup>5</sup>

A su vez, la nulidad, contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en el Código de Comercio, como en el Código Civil, supone la sanción aplicable a aquellos actos que adolecen de defectos en el cumplimiento de las llamadas condiciones de validez. Lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, supone que quien se

---

interesante, etc.). Unas de estas consideraciones subjetivas pueden ser determinantes, de modo que el negocio no se habría celebrado sin ellas; otras, en cambio, son accidentales: quizás refuercen la decisión pero ésta se habría tomado aún sin ellas (v. gr.: que la casa estuviera pintada de determinado color, que tuviera pisos de cierta calidad, etc.).”

<sup>4</sup> Así, tenemos a autores como Henri Capitant, quien sostenía que la causa es el cumplimiento de las obligaciones respectivas, acercándose así a la postura clásica, sin embargo, se aparta al considerar que la causa no es el nacimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, sino su cumplimiento.

Georges Ripert y Jean Boulanger, por su parte, apegados a

<sup>5</sup> En función del objetivo del estudio que nos atañe, la postura de Vallejo resulta en apoyo a la teoría planteada, cuando señala:

“Ahora bien, la noción clásica lo recorta de tal manera que lo hace inocuo, por lo cual hay que considerar que si el Código lo ha previsto como un elemento necesario para el negocio jurídico, se lo debe estructurar de modo diferente a como lo han concebido Domat y sus seguidores. Para este efecto, es importante señalar que la noción de causa del negocio jurídico es unitaria, por lo que no es dable disociarla para asignarle un sentido cuando se trate de examinar el tema de su realidad y otro cuando se pretenda juzgar su licitud, que es a lo que conducen las teorías de Capitant y de Ripert y Boulanger que atrás se mencionaron. Y si el Código ha puesto especial énfasis en el tema de la causa ilícita, será menester aceptar que la noción que mejor se adapta a este dato del derecho positivo es la del móvil impulsivo y determinante, el cual no se confunde con el objeto, como equivocadamente lo piensan los anticausalistas, a menos de darle a dicho concepto un sentido tan amplio que .no sólo comprenda las prestaciones en sí mismas consideradas sino los motivos que las justifiquen y los propósitos que las animen.

Por ejemplo, en los tan trajinados ejemplos que ofrece la doctrina, de negocios concluidos con el propósito de explotar la prostitución, de favorecer el adulterio o de premiar el concubinato, el objeto de cada uno de ellos (una venta, un préstamo, un arrendamiento, etc.) puede ser en sí mismo lícito, pero el fin contrario a las buenas costumbres afecta su validez” (vid. Ripert-Boulanger, Tomo IV, pág. 207).

obliga goce de capacidad legal, otorgue consentimiento libre de vicios y finalmente, que el negocio verse sobre la causa y objeto lícitos.<sup>6</sup>

De esta manera, el Código de Comercio, distingue los efectos de la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad, como es llamada en la codificación comercial. Dicha distinción es determinada por la naturaleza del defecto que da lugar a su declaratoria.<sup>7</sup>

Adolecen de nulidad relativa aquellos casos en los que se da una afectación a la esfera interna del contratante, esto es, en su consentimiento ya sea por error, fuerza o dolo. Sin embargo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y, a efectos de disponer de su derecho, es posible que sea este mismo quien pueda decidir subsanar el yerro convalidando el negocio o, solicitar la anulación del acto.

A su vez, la nulidad absoluta, es de la que adolecen aquellos actos cuyo defecto (objeto o causa ilícita) representa una transgresión al orden público que supera la esfera de la autonomía privada de la voluntad y requiere necesariamente, de la intervención estatal a fin de garantizar el interés general, pues su protección, no podría estar sujeta únicamente a la voluntad del contratante. Es esta última, la de interés para efectos del presente ejercicio, en especial, en lo que se refiere a aquellos eventos cuando la nulidad absoluta se da como consecuencia de la causa ilícita del negocio.

Todo lo anterior nos lleva a entender ahora la causa ilícita. En lo que se refiere específicamente a los negocios de naturaleza comercial, es de acotar que no se precisa en el

---

<sup>6</sup> El artículo 1740 del Código Civil, determina que:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor el mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

<sup>7</sup> Así lo señala cada uno. Artículo 1741 del Código Civil:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así misma nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

Artículo 899 del Código de Comercio:

“Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objetos ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”

Finalmente, el artículo 900 del Código de Comercio, en relación con la anulabilidad:

“Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado”

Código de Comercio, disposición alguna que particularmente se refiera en cuanto a la causa de los negocios de dicha naturaleza. Sin embargo, su artículo 822 realiza una remisión a las reglas que gobiernan los actos y contratos en el derecho civil en lo que se refiere a la formación, efectos y modos de anular los contratos mercantiles. Así las cosas, el análisis que se presenta a continuación, resultarían homologable en idénticas condiciones, a los negocios regidos por las leyes mercantiles.

El Código Civil dice lo siguiente sobre la causa ilícita: “Artículo 1524 (...) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

Este artículo señala tres casos puntuales en los que se encontraría ilícita la causa del negocio jurídico. Estos son:

**Cuando la causa es prohibida por la ley:** esto supone la existencia de una norma imperativa expresa que soporta la limitación a la libertad de los ciudadanos, obligándoles a abstenerse de llevar a cabo determinada acción, con el propósito de garantizar un bien jurídico de mayor relevancia que el que está siendo limitado, so pena de que su incumplimiento de lugar a la aplicación de la sanción previamente establecida. El anterior, en reflejo de la materialización del principio de legalidad que gobierna las relaciones de los ciudadanos con el estado. De esta manera, cualquier acto o contrato cuya motivación sea la de realizar una conducta que se encuentra expresamente prohibida por la ley, estará incurso en causa ilícita.

**Cuando la causa es contraria a las buenas costumbres:** incluso apoyados en una definición general como la emitida por la Real Academia Española, cuando hablamos de buenas costumbres, nos referimos a un concepto que atiende a determinar que comportamientos son socialmente aceptados y cuales, por el contrario, no lo son. Dicho concepto, es una construcción social que se ve influenciada por factores de tiempo (época), espacio y la cultura que se arraiga a cada territorio<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En sentencia de Constitucionalidad N° 113 del 22 de febrero de 2017 la Corte Constitucional refiere sobre la posibilidad que tiene el legislador de utilizar conceptos como la moral y las buenas costumbres para limitar las libertades de las personas y al respecto.

Así mismo, en relación con la moral social o pública, la misma sentencia se remite a la sentencia C-224 de 1994, cuando al respecto explico:

*“(…) Al concepto de “moral social” o “moral general”, por su parte, se acudió para hacer referencia a un código de conducta frente al cual debe ser analizada esa práctica generalizada con miras a determinar si es permitida o no en el mundo jurídico[105]. Este código en varios de los casos que ha analizado la Corte Constitucional con posterioridad, acudiendo por supuesto a tal expresión, funciona, en consecuencia, como criterio de validación y justificación de permisiones o prohibiciones sobre el ejercicio de derechos.”*

Es así, como podemos decir que, lo que es entendido como buenas costumbres, puede entenderse de dos formas, en un primer momento, como el requisito taxativamente dispuesto por el legislador y que obliga a los administrados a prever un actuar leal y solidario en sus relaciones jurídicas y por otra parte, como la herramienta que proporciona criterios de valoración al administrador de justicia, basados no solo en las reglas taxativamente impuestas por la ley, sino además, en el código orientador de la conducta que es llamado por la Corte Constitucional como *moral social* o *moral pública*.

**Cuando la causa es contraria al orden público:** En un sentido general, el concepto de orden público puede definirse como aquel estado en el que los ciudadanos ejercen de manera armónica las libertades que le han sido reservadas, sin que en ello, interfiera en el ejercicio de las atribuciones conferidas al Estado para el logro de objetivos comunes.

Sin embargo, cuando Juan Pablo Cavada Herrera en su escrito “*Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública*” recopila los resúmenes realizados por Tomás P. Mac Hale (1968) cita la tesis desarrollada por Arturo Fontaine Aldunate, y señala:

Literalmente orden público significa orden social, en el sentido de arreglo o disposición adecuada de la sociedad civil. Ahora bien, decimos que una cosa está ordenada cuando todas sus partes están dispuestas u orientadas hacia el fin de la misma cosa. Las partes o elementos de la sociedad son los individuos humanos. Por consiguiente, el orden público consistirá en la disposición u orientación de los individuos hacia el fin de la sociedad. Para Capitán el orden público implica la idea de subordinación que da al conjunto unidad y vida. Y precisamente lo que da unidad y vida a un grupo de asociados es el fin perseguido. El objeto de la sociedad civil es hacer materialmente posible la realización de los valores culturales de un pueblo. O, en otras palabras, el fin de la sociedad es dar a sus miembros las posibilidades concretas de vivir una vida humana en el pleno sentido de la palabra, vida humana que comprende no sólo necesidades materiales sino intelectuales, morales y espirituales.” (Subraya fuera de texto)

De esta manera, podríamos hablar de ilicitud en la causa, cuando esta, esté encaminada a desviar o irrumpir en el correcto andar hacia esos fines que son comunes<sup>9</sup> a la generalidad de los individuos que conforman el estado social de derecho. En consecuencia, los negocios jurídicos que contengan una causa ilícita adolecerán de nulidad absoluta, la cual no es susceptible de ser subsanada o convalidada por las partes o sus interesados.

### **3. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PREFERENCIA.**

---

<sup>9</sup> Los fines en que se ha enmarcado el Estado Social de Derecho Colombiano, se establecen en el artículo segundo de la Constitución Política de 1991, cuando señala que ellos son: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

La Sociedad por Acciones Simplificadas, adelante “SAS”, es un tipo societario de capital creadas mediante la Ley 1258 de 2008. El propósito de dicho tipo societario fue crear un mecanismo de asociación que disminuye las formalidades, los requisitos para su constitución, crea limitaciones a la responsabilidad de los accionistas y permite flexibilidad en cuanto al capital y su administración. Al respecto, es ilustrativo lo que dice la Ley 1258 de 2008<sup>10</sup>, en su artículo primero: “La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”<sup>11</sup>

La SAS permite ser constituida por una o varias personas, las cuales pueden ser naturales o jurídicas, limitándose su responsabilidad patrimonial hasta el valor correspondiente a sus respectivos aportes. La única excepción a esto es cuando la sociedad sea utilizada para defraudar la Ley o en perjuicio de terceros, caso en el cual, la responsabilidad de los socios será equivalente a las obligaciones nacidas en dichos actos irregulares y en los perjuicios causados.

La flexibilidad de la SAS permite que su constitución sirva a muchos propósitos. Permite encontrar en ella, más que una herramienta de asociación organizada de personas para el desarrollo de actividades económicas, una herramienta de gestión, planeación y protección de intereses y patrimonio unipersonal o de grupos, entre otros. Así ha sido reconocido por Broseta quien en relación con las sociedades anónimas indicó:

Por razones de muy diversa naturaleza y para obtener distintos fines, es muy frecuente que en el momento constitutivo se reúnan «determinadas» personas que quieren defender la integridad personal del grupo, basada en una comunidad de conocimientos técnicos; de creencias ideológicas; de intereses; en la pertenencia a una misma familia; en el interés de que un «grupo» no pierda la mayoría y el control sobre la sociedad, para lo cual es necesario impedir que las acciones neutrales sean adquiridas y acrezcan las del grupo minoritario rival; en el deseo de mantener el control sobre una sociedad filial; en mantener un equilibrio de fuerzas entre dos grupos de una misma sociedad, para impedir la entrada de competidores en calidad de accionistas que puedan perturbar la marcha de la sociedad; o para obstaculizar el ingreso de extranjeros en la sociedad que pongan en peligro los intereses nacionales en determinadas industrias. Y precisamente para defender estos intereses y conservar la integridad personal ante la entrada de accionistas extraños, o para mantener el equilibrio de fuerzas en el seno de la sociedad, se suelen utilizar diversos procedimientos, que establecen un control sobre las transmisiones de las acciones y, por tanto, sobre la sustitución de unos accionistas por otros.

En relación con el planteamiento citado, se colige que la creación de las sociedades frecuentemente se aparta del carácter mercantil patrimonial que por regla general debería concurrir en las sociedades por acciones y empieza a acercarse hacia una tendencia más subjetiva, al involucrar finalidades tales como la protección del patrimonio e intereses de un

---

<sup>10</sup> “Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.”

<sup>11</sup> Artículo 1 de la Ley 1258 de 2008.

grupo de personas con pretensiones comunes. Estas personas se agrupan para propender la salvaguarda de sus intereses y blindarse de la intervención de terceros que, en el futuro, pudiesen lograr afectar la estructura que inicialmente se planteó o afectar la estabilidad en el normal discurrir del negocio principal del tipo societario. Estas finalidades pueden ser el eje central y razón de ser de la empresa, y en consecuencia, la causa del contrato de sociedad que es regulado mediante acuerdos estatutarios.

La capacidad de adaptabilidad de las SAS permite establecer pactos y acuerdos estatutarios diseñados para atender necesidades tales como la conservación de la homogeneidad en la participación social, mantener el control sobre la sociedad en beneficio y protección de intereses particulares que resultan ser el móvil que antecede y da lugar a la creación de la persona jurídica.

### **3.1. Del pacto estatutario de preferencia como limitación a la negociabilidad de las acciones según el ordenamiento jurídico colombiano.**

Las acciones de las sociedades constituyen, en principio, la representación de un bien intangible que, como contraprestación a los aportes realizados a favor de la sociedad, le concede a su titular participación en el capital social que es dividido en acciones, expresadas en títulos, cuya principal característica es la circulación (artículo 375 del Código de Comercio). En consecuencia, se trata de un derecho real que podría ser objeto de negociación.

Sin perjuicio de ello, las limitaciones a la negociabilidad de estos títulos han venido encontrado mayor relevancia debido a la variación del rol de las SAS. En ese contexto, los acuerdos estatutarios empiezan a contemplar necesidades adicionales que se manifiestan en acuerdos respecto de la circulación de las acciones.

Las limitaciones a la negociabilidad de las acciones podrán tener diferentes fuentes y en relación con ellas, el artículo 403 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

#### **ARTÍCULO 403. EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.**

Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

- 1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
- 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
- 3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
- 4) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor. (Subraya fuera de texto)

El numeral segundo de la norma transcrita, sobre los pactos de preferencia, cuya materialización se presenta en un acuerdo convencional surgido entre quienes convergieron primigeniamente a la constitución de la figura asociativa o en su defecto, surgido de la voluntad de la mayoría accionaria que habrían adoptado la reforma a los estatutos.

Resulta de interés, el carácter convencional de este derecho, pues de acuerdo con el artículo 4 del Código de Comercio, los acuerdos contractuales que válidamente hayan sido celebrados serán preferidos sobre las normas legales supletorias. Además, en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, aunado a la libertad contractual que le permite a las relaciones privadas establecer las condiciones por las que se regirán<sup>12</sup>, estos resultan en convenciones vinculantes que necesariamente, han de ser honradas por las partes.

La Superintendencia de Sociedades se ha referido al respecto indicando en oficio 220-63317 del 30 de septiembre de 2000: “Sea lo primero precisar que, en términos generales, el Derecho de Preferencia es eminentemente contractual, en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico. Esta Superintendencia ha considerado que el derecho de preferencia o de opción, se traduce en la facultad que asiste a los actuales accionistas de adquirir con exclusión de extraños, las acciones que la sociedad mantiene en reserva, y en proporción al número de sus acciones.”

El derecho de preferencia busca, principalmente, salvaguardar los intereses primigenios, misionales o propósitos que dieron lugar a la utilización de la figura asociativa. Con ello se busca evitar riesgos tales como el ingreso o participación de agentes que pudieren interferir o frustrarlos, manteniendo una estructura cerrada que les permite seguridad y una situación de control que resulta en dar continuidad a la empresa y que facilita propósitos específicos.

Ahora, también es necesario indicar que en lo que respecta a las limitaciones en la negociabilidad de las acciones, si bien, resulta legítimo que en pro de garantizar intereses particulares de los socios o de la sociedad, se establezcan pactos que enmarcan las condiciones para enajenarlas, en lo que respecta a dichas condiciones, el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008 señala: “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. Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a que alude este artículo”

Lo cual, supone que en ningún caso los límites podrán implicar una prohibición absoluta e indeterminada a la negociabilidad de dichos títulos cuyo propósito es el de facilitar la circulación de la riqueza.

### **3.2. El efecto vinculante de los pactos estatutarios de preferencia.**

El derecho de preferencia es una excepción a la regla que contiene el principio de libre negociabilidad de los títulos, que se pacta a favor de la sociedad, los socios o ambos. Reyes

---

<sup>12</sup> Los particulares cuentan con habilitación para regular sus relaciones siempre que, con ello no se afecten derechos, intereses y libertades de mayor valor y no se trate de estipulaciones en perjuicio de normas de orden público.

Villamizar en su obra *Las sociedad por acciones simplificada*, cita la definición de pacto de socios dada por Fernando Mascheroni cuando indica: “son todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, ya sea mediante la transmisión de acciones, mediante un mandato condicionado o incondicionado a un tercero, o por vía de una obligación del socio de ejercer el derecho involucrado en determinado sentido”.

Ahora bien, la Ley 1258 de 2008 establece en su artículo 24 las consecuencias de su desatención cuando señala:

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

(...)

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

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

De esta manera, en atención a las reglas que rigen la aplicación de la ley mercantil, se preferirá antes que las normas legales supletivas y las costumbres mercantiles, el acuerdo (ya sea estatutario o parasocial) válidamente celebrado, tal y como lo señala el artículo 4 del Código de Comercio.

Así las cosas, el acuerdo referente a la constitución de derecho de preferencia que conste por escrito, constituyen Ley para las partes, en los términos del artículo 1602 del código Civil que reza: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” En consecuencia, soportaría obligatoriedad en su cumplimiento con fuerza de ley a cargo de cada persona natural o jurídica que se vea a él vinculada.

La Superintendencia de Sociedades recoge y armoniza dichos postulados en oficio 220-001918 del 17 de enero de 2006, concluyendo:

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto y frente a las normas que rigen la materia tenemos, que no es admisible que el accionista oferente desconozca el derecho de preferencia pactado en los estatutos sociales y menos que la sociedad efectúe los registros

del caso sin que se dé estricta observancia al procedimiento previsto en los estatutos para la enajenación de acciones con sujeción al derecho de preferencia (artículo 407 del Código de Comercio)

Es claro, conforme a lo expuesto, que el legislador no se limitó a tipificar el derecho de preferencia en la enajenación de acciones sino que también dedica una serie de normas que tienden a la total preservación y al ejercicio del mismo una vez pactado en los estatutos, por manera tal que llega a considerar como ineficaz cualquier desconocimiento al procedimiento estatutario que debe surtirse con motivo de la oferta, entre ellas las condiciones en que la sociedad o los socios pueden ejercerlo.

La protección del legislador se explica en la naturaleza jurídica del mencionado derecho, cuyo origen contractual lo convierte en intangible una vez introducido en los estatutos en legal forma, tal como se desprende expresamente del artículo 379 ordinal 3º, ibidem, que consagra los derechos que confiere la acción a su titular, una vez incluido en los estatutos hace parte del contrato de sociedad y en consecuencia, al tenor de lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, “...es una ley para las partes”

Dicho pacto se consolida como esencial por ministerio de la ley que en forma expresa lo hace posible<sup>3[3]</sup>, siempre y cuando los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad opten por consagrarlo como una cláusula de sus estatutos sociales, los cuales inscritos en el registro mercantil, no solo son obligatorios frente a los socios y a la sociedad, sino también oponibles a terceros al tenor de lo previsto en los artículos 117 y 118 del Código de Comercio.

Cabe destacar además, que los efectos vinculantes para la sociedad se concretaran una vez cumplido el trámite de publicidad que particularmente se exija para los acuerdos estatutarios o para acuerdos entre socios, lo que no resulta en óbice respecto de su validez. Ello, en las palabras de Reyes Villamizar, “Ello no quiere decir que la ley establezca una solemnidad ad substantiam actus para que exista el acuerdo, significa, tan solo, que la falta de la referida formalidad priva al acuerdo de efectos frente a la sociedad”.

De esta manera, por tratarse el derecho de preferencia de una limitación a la libre negociabilidad de las acciones, se debe entender en un sentido restrictivo. Además, su efecto vinculante también se encuentra supeditado al cumplimiento de requerimientos tales como que debe mediar estipulación contractual expresa y que se contemplen las condiciones mínimas para que los socios ejerzan su derecho a ser preferidos en la enajenación de las acciones.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en artículos 23, 24 y 25 de la Ley 222 de 1995, como quiera que en dichos actos se encuentra involucrados intereses directos de la sociedad y sus asociados, les corresponderá tomar las decisiones y medidas que resulten conducentes a fin de protegerlos y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos que surjan con ocasión de las estipulaciones contractuales.

#### **4. DE LA CONSTITUCIÓN DE DERECHO DE USUFRUCTO SOBRE ACCIONES.**

El derecho de dominio o propiedad es el derecho real pleno que sobre un bien que habilita a su titular para gozar y disponer de él, así es señalado por el artículo 669 del Código Civil Colombiano: “El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. (...)”

Y, en relación con la disgregación de dicho derecho real, el mismo artículo enseña: “La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”

El usufructo es un negocio jurídico típico, contemplado por el Código Civil Colombiano en su artículo 823, de la siguiente manera: "El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible".

Sobre el particular, Superintendencia de Sociedades en Oficio número 220-27442 del 30 de junio de 2001, explicó:

(...) El usufructo conlleva la existencia de dos derechos, los cuales, si así puede catalogarse, conviven, uno en cabeza del llamado NUDO PROPIETARIO y el otro en cabeza del denominado USUFRUCTUARIO. Entendiéndose como USUFRUCTO: "Der. Civ. Derecho real principal, desmembramiento del derecho de propiedad, que confiere a su titular el derecho a utilizar la cosa y percibir los frutos, pero no el de disponer de ella, que pertenece al nudo propietario", como NUDA PROPIEDAD: " Der. Civ. Derecho real principal, que da a su titular el derecho a disponer de la cosa, pero no le confiere ni el uso ni el goce, las cuales son prerrogativas del usufructuario sobre esa misma cosa" y como FRUTUS: "Der. Civ. Palabra latina que designa uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una cosa; es decir, el derecho de percibir los frutos, en el sentido amplio del término" (Diccionario Jurídico, paginas 184, 261 y 387- Editorial Temis, Bogotá, 1986).

Es así, como la dinámica que comporta el usufructo consiste en entender el derecho real de propiedad, fraccionado en tres facultades: el uso, el goce y el de disposición. De esta manera, el denominado usufructuario recibe el uso y el goce, esto es, el derecho a usar la cosa y a percibir sus frutos y, en consecuencia, el nudo propietario conserva la nuda propiedad, y con ella solo el derecho de disposición, el cual podrá ejercer a cualquier título. A pesar de que sigue teniendo el dominio sobre el bien, el nudo propietario no puede desconocer el usufructo ya cedido (Artículo 838 del Código Civil Colombiano), hasta tanto se cumpla el plazo para el cual haya sido constituido y nuevamente confluya en él, el derecho pleno de dominio (Artículo 824 del Código Civil Colombiano).

En relación con la extinción del derecho real de usufructo, el Código Civil prevé:

- i. Artículo 863, por la llegada del día o cumplimiento de la condición pactada para su terminación.
- ii. Artículo 865, por muerte del usufructuario, resolución del derecho del constituyente, consolidación del usufructo con la propiedad, prescripción o por renuncia del usufructuario.
- iii. Artículo 866, por la destrucción completa de la cosa.
- iv. Artículo 868, por sentencia judicial que en este sentido lo declare.

Otras particularidades del derecho de usufructo regulado por el Código Civil, que podemos destacar, es el hecho de que si bien, el derecho real que otorga la nuda propiedad es susceptible de ser transferido por acto entre vivos o por causa de muerte, así no sucede con los derechos que otorga el usufructo, pues tiene un carácter *Intuitu Personae* por lo cual, en caso de muerte del usufructuario, el efecto consecuencial, es la terminación del usufructo (Artículo 832 del Código Civil Colombiano). Sin perjuicio de lo anterior, es posible que un usufructuario celebre negocios de diferente índole sobre el derecho de uso y goce del que es titular, sin embargo, este siempre será responsable frente al nudo propietario y una vez llegue a su fin el derecho de usufructo que le asiste, los negocios que se hubieren celebrado serán resueltos (Artículo 852 del Código Civil Colombiano).

El usufructo también puede realizarse respecto de acciones de sociedades comerciales. Como tal, este contrato es regulado por el Código de Comercio. Su artículo 412 señala: “Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación. Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas, conforme a lo previsto en el artículo anterior.”

### **Trámite y efectos jurídicos frente a la sociedad y frente a terceros.**

En lo que se refiere al perfeccionamiento del usufructo, el artículo 410 del Código de Comercio señala que, se requerirá su registro en el libro de acciones, siendo este el único trámite contemplado por la regulación comercial a efecto de que surta efectos frente a la sociedad y terceros. Sin embargo, en oficio 220-008595 del 21 de febrero de 2010, la Superintendencia de Sociedades indicó:

f) Los contratos que celebren los socios sobre sus participaciones, distintos a los que implique la transferencia de las mismas, no son objeto de regulación por el derecho societario, luego su formalización habrá de someterse a la regulación propia del usufructo, sin perjuicio, de que existan algunas previsiones propias en los estatutos de la sociedad, caso en el cual a ellos habrá de remitirse el interesado. Ahora bien, en todo caso, como la cesión de derechos por parte del socio, a través del contrato de usufructo, tiene sus efectos directos en la sociedad, es necesario que el contrato respectivo se lleve a la compañía para que

conozca quien va a ser la persona que va a ejercer los derechos en nombre del socio registrado. (Subraya fuera de texto)

En cuanto a las formalidades a cumplir mediante oficio 220-039034 del 13 de marzo de 2018, la Superintendencia de Sociedades también preciso:

Siendo ello así, la cesión de la nuda propiedad estaría obviamente sometida en ese evento al cumplimiento de todos los requisitos legales y estatutarios correspondientes, bien sea para la venta o la cesión de acciones o cuotas sociales, entre ellos el cumplimiento del derecho de preferencia en la negociación, si estuviere consagrado en los estatutos de la compañía respectiva y adicionalmente, en el caso de las cuotas sociales, a su formalización a través de escritura pública, para efectos de su eficacia en los términos del artículo 366 del Código de Comercio y la correspondiente inscripción en el registro mercantil, para efectos de la oponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros.

No sucede lo mismo cuando lo que se otorga es el derecho de usufructo, pues éste, como ya se ha dicho, se circunscribe solamente al ejercicio de los derechos que la parte alícuota otorga a su propietario, salvo los legalmente excluidos y los que se reserve el nudo propietario.

El artículo 279 del Código de Comercio refiere los derechos esenciales que otorga cada acción, a su titular:

- 1) El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella;
- 2) El de 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 en los estatutos;
- 3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;
- 4) El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y
- 5) El de recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.

Recogiendo de esta manera, la forma en que se materializa el ejercicio de los derechos reales de uso, goce y disposición sobre las acciones en sociedades de capital. En concordancia con lo dispuesto por el artículo 412, citado atrás, en principio la constitución de usufructo sobre acciones traslada las facultades de que tratan los numerales 1, 2 y 4 y, por su parte el nudo propietario conserva las de los numerales 3 y 5, siempre que no exista pacto expreso en contrario. Es decir, el usufructuario sería titular de los derechos políticos y los derechos económicos del titular de la acción, durante el término por el cual se hubiere pactado el usufructo.

La Superintendencia de Sociedades por su parte, en oficio 220-027442 del 30 de junio de 2001, cita al profesor José Ignacio Narváez, cuando en su obra *Teoría General de las Sociedades (1996)*, señala:

Pues bien, el usufructo confiere ciertos derechos inherentes al status socii, que corresponden siempre al nudo propietario: a) el de negociar o ceder, a cualquier título, las partes de interés, cuotas o acciones; b) el de darlas en prenda; y c) el de obtener la parte proporcional en el haber social neto cuando se liquide la sociedad.

En consecuencia, salvo que en el contrato de usufructo se estipule lo contrario, incumbe al usufructuario el derecho de representación en la junta de socios o asamblea de accionistas”. (Teoría General de las Sociedades – Ediciones Doctrina y Ley – 1996, páginas 259 y 260).

## **5. ACERCA DE LA NULIDAD POR LA ILÍCITUD ATÍPICA DE LA CAUSA DEL NEGOCIO DE USUFRUCTO SOBRE ACCIONES, SU TRATAMIENTO Y EFECTOS.**

De acuerdo con lo estudiado en la sección anterior, el usufructo sobre acciones es un negocio jurídicamente viable respecto del cual, cumplido el trámite de publicidad mencionado, tiene plenos efectos frente a la sociedad, socios y terceros. En virtud de este, el nudo propietario le otorga al usufructuario los frutos representados en los dividendos, y la administración de las acciones mediante la participación activa (voto) en asambleas y demás reuniones del órgano social y reserva para el nudo propietario, el derecho de propiedad que se materializa en el derecho de disposición.

Sin embargo, a continuación se analizará en tanto a los postulados desarrollados por Atienza entorno al *fraude de ley*, el caso particular en el que el usufructo sobre acciones es empleado como vehículo mediante el cual se desconoce el derecho de preferencia para el logro de resultados ilegítimos que terminan por ocasionar perjuicio en los demás socio o la sociedad. Ello supone la apreciación de los postulados desarrollados entorno al llamado *fraude de ley*, de la siguiente manera:

i) la existencia de una regla (norma taxativa) que le permite a un sujeto obtener determinado resultado:

- ✓ En el particular, tenemos que el artículo 412 del Código de Comercio establece la posibilidad de ceder derechos políticos y económicos sin transferir la propiedad y sin necesidad de agotar el derecho de preferencia, es decir, sin dar la oportunidad a los socios y la sociedad de adquirirlas antes que a un externo.

Mediante la realización de determinada acción:

- ✓ La cesión del usufructo sobre las acciones.

ii) Teniendo como consecuencia la producción de un estado de cosas que, apartándose de los principios que dieron lugar a la regla permisiva causan un daño injustificado o un beneficio indebido.

- ✓ Que la sociedad, aun estando legitimada para tal, no pueda impedir que un tercero participe en el capital de la sociedad y en sus decisiones con la posibilidad de incluso ser determinante en su rumbo y futuro.

iii) Que no exista en el ordenamiento jurídico, una regla que taxativamente prohíba dicho resultado, sin embargo, sí existe una que está dirigida a evitar el estado de cosas que finalmente se generó

- ✓ Artículos 403 y 407 del Código de Comercio y artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, que prohíben la negociación de acciones en desconocimiento del derecho de preferencia.

Por lo cual, en tanto la acción permitida por la regla es solo un medio para lograr el estado de cosas, se generará una nueva regla que prohíbe el uso de la regla permisiva como medio para lograr el estado de cosas que se describe en “ii”).

En suma, de acuerdo con los postulados expuestos en torno al *fraude de ley*, si bien el marco normativo tanto en materia civil como comercial contempla el negocio de usufructo sobre acciones como un negocio válido y legal, no por ello es absoluto. Lo anterior, ya que incluso habiendo cumplido éste a cabalidad con el conjunto de reglas sustanciales que lo regulan, cuando tiene único fin (causa) servir como medio para desconocer el derecho de preferencia, estamos hablando de la infracción a normas que regulan bienes jurídicos de mayor entidad que el de la autonomía de la voluntad privada, estos son los **principios generales del derecho**, los cuales son universales y deben prevalecer en el ejercicio cotidiano de los derechos y libertades, pues, como ya se mencionó, son estos, los que justifican la existencia de las reglas que conforman el ordenamiento jurídico.

Ahora, una vez planteado que las premisas propuestas por Ruiz y Atienza en desarrollo de la Teoría de los Ilícitos Atípicos se cumplen en el supuesto que propone el presente escrito y que, en conclusión, de cumplirse tales supuestos, nos encontraríamos ante ilicitud atípica de la causa del negocio de usufructo, es procedente realizar las siguientes concreciones en cuanto a las consecuencias, tratamiento y efectos que en tal caso se adjudicarían al particular.

Si bien, en oficio 22-27442 del 30 de junio de 2001, la Superintendencia de Sociedades señaló: “Lo anterior, dando por supuesto que el usufructo es un negocio jurídico real y lícito, en cuya constitución las partes han obrado de buena fe, sin desconocer que si bien es cierto eventualmente pudiere emplearse como mecanismo para fraudar la ley, habría que probar la existencia de esos móviles” en el supuesto que es objeto del presente análisis, el ingrediente de la mala fe probada, hace posible establecer que los móviles que dieron lugar a la constitución del usufructo, son, no solo ilegítimos, sino contrarios al orden público y a las buenas costumbres. Como consecuencia, la Ley dispone que la sanción procedente es la

declaración de nulidad del acto o contrato, entendiendo la nulidad como la substracción de sus efectos jurídicos.

Como consecuencia de lo previamente expuesto y de la infracción a la ley, representada en la causa ilícita del negocio jurídico, se puntualizará acerca de las reglas aplicables en materia de nulidad por causa ilícita del negocio.

Los artículos 105 y 106 del Código de Comercio otorgan la facultad de alegar la nulidad del negocio jurídico cuando se considera ilícito su objeto o causa. Para tal fin, contempla la posibilidad de acceder a ella, mediante acción judicial o mediante excepción, por lo cual, legitimaría a los socios, terceros con interés y al Ministerio Público, sin perjuicio de que pueda ser declarada de oficio, pues la nulidad a diferencia de la ineficacia, no opera de pleno derecho y requiere declaración judicial.<sup>13</sup>

Ahora, en lo relativo a su declaración de oficio, como es bien sabido, es del resorte de las autoridades judiciales garantizar la efectividad de los derechos, asegurando a los ciudadanos la protección de sus bienes e intereses, como fines esenciales del estado y en mayor medida cuando se trata de la protección de derechos adquiridos, al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 147 de 1997 refirió: “Cuando el artículo 58 de la Constitución, alude a la garantía de la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y dispone que tales derechos "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", indudablemente está otorgando una protección a las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley y no a las meras expectativas de derechos.”

Así, tal protección resulta del resorte del particular, pues, como ya fue expuesto previamente, el derecho de preferencia válidamente pactado supone la concurrencia de voluntades que constituye ley para las partes y materializa los derechos a los que se refiere el artículo 58 de la Constitución Política<sup>14</sup>. En apoyo a lo anterior, es posible citar a la Superintendencia de Sociedades cuando en oficio 220-001918 del 17 de enero de 2006, señaló: “Conforme a las

---

<sup>13</sup> El artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que establece la necesidad de declaración judicial en los casos en que el acto o negocio jurídico adolezca de nulidad:

“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

En el mismo sentido, Escobar Sanín cuando indica:

“La inexistencia opera de pleno derecho, sin necesidad de que el juez la declare, mientras la nulidad debe ser decretada judicialmente. Antes de que ello ocurra el acto debe ejecutarse.”

<sup>14</sup> El artículo 58 de la C.P. dispone:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

normas citadas, el derecho de preferencia en la negociación de acciones, una vez pactado en los estatutos se erige como un derecho esencial, de obligatoria observancia, lo cual se traduce en que la oferta debe hacerse por los medios y conforme a las reglas previstas en los estatutos, sin consideración diferente al derecho que le asiste a cada accionista de adquirir o no las acciones ofrecidas, en proporción a las que posea en la sociedad.”

De esta manera, le asiste al juez el deber legal de ejercer control de legalidad respecto de aquellos actos que presenten causa ilícita, aun cuando no ha sido solicitada de parte.

Es necesario indicar que ha sido un criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996 y 20 de abril de 1998 (Cas. Civ. del 11 de marzo de 2004, exp No. 7582)” (Cas. Civ. del 11 de marzo de 2004, exp. 7582) el que indica que dicha facultad del Juez no es absoluta y que solo debe operar ante la concurrencia de tres escenarios:

1ª. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3ª. Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (G. J. T. CLXVI, pág. 631).

En cuanto a los efectos de la nulidad, una vez declarada, su consecuencia inmediata será la eliminación de los efectos del acto o contrato, haciéndolo inoponible a las partes y frente a terceros, entre ellos, la sociedad y los socios. Lo que a su vez, en los términos del artículo 1746 del Código Civil tiene como efecto práctico las restituciones mutuas, entiéndase, restitución al estado anterior. Entonces, si llegare a resultar procedente, en caso de que se hubiere realizado la inscripción en los libros de la sociedad, procederá la eliminación del registro para lo cual el juez en la sentencia deberá disponer en dicho sentido.

Así, es posible ir incluso más allá al plantear que, aun cuando todavía no se hubiere surtido el debate judicial sobre la nulidad de la constitución del usufructo sobre las acciones que adolece de causa ilícita, el parágrafo 1 del artículo 24 de la ley 1258 de 2008 dispone, “El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.”

Incluso, en aquellos casos en los que el usufructo resultare en un riesgo inmediato y palpable, el representante legal deberá también actuar en defensa de los intereses de la sociedad y de los asociados (artículo 23 de la Ley 222 de 1995), pudiendo incluso abstenerse de inscribir determinados actos. En similar sentido, dispone el artículo 416 Código de Comercio al regular tal situación en las Sociedades anónimas: “La sociedad no podrá negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, que se prevén en esta Sección sino por orden de autoridad competente, o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requiera

<sic> determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.” (Subraya fuera de texto)

Planteado lo anterior, en el supuesto de un usufructo celebrado sólo con el fin de defraudar el derecho de preferencia y de presentarse litigio con ocasión a la renuncia de la sociedad a inscribir en su libro de acciones la afectación a la propiedad contenida en el contrato de usufructo o su renuncia a hacer efectivos los derechos económicos y políticos que otorgan las acciones, no habría lugar a condena. Por el contrario, es deber del juez o autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, estudiar la evasión del derecho de preferencia en perjuicio de los intereses de los socios incluso en el mismo pleito.

Finalmente, resulta relevante hacer mención a la **ineficacia<sup>15</sup> de los negocios** celebrados en contravención de los pactos contenidos en los estatutos de la sociedad de que trata el artículo 407 del Código de Comercio<sup>16</sup> y el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, precisando que si bien, de cierta manera en el supuesto que es objeto de estudio, mediante el negocio de usufructo se pretende desconocer mediante fraude el derecho de preferencia que le asiste a los demás socios, ello, en contravención del acuerdo estatutario, no sería esta sanción el vehículo oportuno en el caso concreto.

Al respecto, se debe precisar que, la ineficacia, opera de pleno derecho y sin intervención judicial, por tanto, al no efectuarse propiamente la transferencia de la propiedad, no se materializa de forma directa dicha el presupuesto requerido. De esta manera, el supuesto planteado requiere necesariamente la intervención de una autoridad judicial que, mediante el examen de las circunstancias particulares de cada caso, pueda determinar si, en efecto, las circunstancias fácticas evidencian causa ilícita en el negocio y de ser así, declare la nulidad absoluta del negocio de usufructo, por encontrarlo contrario al orden público y las buenas costumbres como ya fue expuesto.

## **6. Conclusión:**

Como puede observarse, la constitución de usufructo sobre las acciones que se ostentan en una Sociedad por Acciones Simplificadas es una figura plenamente admitida por el ordenamiento jurídico colombiano, y regulada en el Código Civil y el Código de Comercio.

---

<sup>15</sup> Sobre la ineficacia, la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 explico: “(...) en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”

<sup>16</sup> La disposición contenida en el artículo 407 del Código de Comercio es una norma de carácter imperativo en el entendido que no admite pacto en contrario, señalando: “Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma. (...)”

Bajo este entendido, se podría pensar, que resultaría difícil su distanciamiento de los preceptos de validez.

Es de esta manera que, los postulados que aquí se proponen, permiten establecer que el usufructo sobre las acciones de una SAS adolecerá de nulidad absoluta careciendo de validez, en la medida en que su causa sea ocasionar el ingreso y participación de terceros en la sociedad, en perjuicio de los intereses de los socios o incluso de la misma sociedad, al omitir el agotamiento del derecho de preferencia.

Pues, como es el caso de cualquier tipo de relación jurídica surgida en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, se encuentra sometida al cumplimiento de preceptos mínimos que garantizan la buena fe y la lealtad entre las partes.

Finalmente, al momento de dirimir los conflictos que se presentan los asociados, la labor interpretativa a cargo de los jueces, no se limita al desarrollo de aclaraciones en cuanto al significado de postulados particulares, sino en entenderlos en un contexto global y en armonía con los principios que los inspiran.

## Referencias Bibliográficas:

Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos Atípicos*. Madrid, 2000.

Broseta Pons, Manuel. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, 26. Madrid, 1984.

Cavada Herrera, Juan Pablo. *Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2019.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1258 de 2008: Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. (Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008)

Congreso de la República de Colombia. Ley 222 de 1995: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. (Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995).

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 57 de 1887: Código Civil. Colombia (15 de abril de 1887).

Escobar Sanín, Gabriel, and Antonio Rocha Alvira. *Negocios Civiles y Comerciales Negocios de Sustitución*. 2a. ed. revisada y adicionada. Universidad Externado de Colombia, 1987.

Presidente de la República de Colombia. Decreto 410 de 1971: Por el cual se expide el Código de Comercio. (Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971).

República de Colombia. *Constitución Política de Colombia*. (1991).

Reyes Villamizar, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificadas*. Segunda Edición Actualizada. Colombia, 2010.

Reyes Villamizar, Francisco. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*. Bogotá D.C., 2016.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-001918. Colombia (17 de enero de 2006).

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-008595. Colombia (21 de febrero de 2010).

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-027442. Colombia (30 de junio de 2001).

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-027442. Colombia (30 de junio de 2001).

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-039034. Colombia (13 de marzo de 2018).

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-63317. Colombia (30 de septiembre de 2000).

Vallejo Mejía, Jesús. La causa en los negocios jurídicos. En *Estudios de Derecho*, 95–109. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia, 1990.