

DERECHO DE RETIRO ¿REALIDAD O LETRA MUERTA?

*Luis Alfonso Mora Sarria**

RESUMEN

El derecho de retiro, en los términos en que se encuentra consagrado en nuestra legislación resulta un derecho ineficaz, debido a las muchas trabas y exigencias a que se encuentra sometido su ejercicio. Igualmente son pocas las causales presupuesto del retiro, lo que lo hace de extrema ocurrencia. Para poder analizar la encrucijada en que se encuentra nuestra legislación frente al tema en cuestión, se plantea la definición del mismo, las causales existentes y el procedimiento para ejercerlo, para así, encontrar los puntos neurálgicos de la problemática y plantear propuestas que lo conviertan en un derecho realmente efectivo, que cumpla los fines para los que fue creado.

ABSTRACT

The right of retirement, as it appears in our constitution, judging by its effectiveness and application, would seem to be a right which is almost extinct, due to the number of complications and requirements involved in putting it into practice. In the same way, the grounds for retirement are few, **which makes it a common event**, which does not mean to say that it should occur in every case, but that it would be convenient to analyze other possible reasons. To be able to understand the crossroads at which our legislation finds itself on this subject, a definition, the current causes, and the procedure for putting it into practice, are suggested here, with the aim of finding the key points of the problem, putting forward proposals which will make our legislation genuinely effective, thus complying with the task for which it was created.

* Abogado javeriano y asesor legal. Es profesor de derecho comercial general e historia de las instituciones jurídicas en la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho de retiro, conocido también en nuestro ordenamiento como derecho de receso o de retracto, es la figura jurídica que otorga la posibilidad a los socios de retirarse de la sociedad antes del vencimiento del término de duración, con la correlativa exigencia a la sociedad, de la devolución del capital aportado y las utilidades retenidas que al recedente le correspondan. Esta prerrogativa jurídica, se podrá ejercer en el evento que la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios, tome una decisión, la cual debe estar expresamente establecida en el ordenamiento jurídico, como presupuesto del ejercicio del referido derecho.

“Podemos definir el derecho de receso, como aquel que se confiere a los accionistas no conformes con las modificaciones expresamente previstas por la ley, e introducidas por la mayoría al estatuto, para retirarse de la sociedad y obtener el reembolso del valor de sus acciones”¹. En este orden de ideas, es necesario traer a colación las acertadas palabras de Reyes Villamizar, que dice: “... el fundamento del derecho de retiro está en el cambio fundamental de circunstancias (rebus sic stantibus), que puede hacer que algunos socios pierdan el interés de continuar asociados”².

Se aprecia claramente de las definiciones plasmadas, como esta prerrogativa contemplada en favor de los socios, busca protegerlos de posibles perjuicios que pudieren llegar a sufrir, mediante la toma de decisiones que los afecte patrimonialmente o que puedan aumentar su responsabilidad. En este sentido, los socios facultados para ejercer el retracto son aquellos que votaron negativamente - disidentes - y aquellos que no estuvieron presentes en la reunión en la que se tomó la decisión que dio origen al derecho - ausentes.

Determinación lógica, si se tiene en cuenta que quienes votaron afirmativamente, teniendo la oportunidad de hacerlo en contrario, no pueden después pretender retirarse de la sociedad, argumentando que la decisión que

¹ DE PALMA, Roberto y hermanos. *Estudios de Sociedades Comerciales en Homenaje a Carlos J. Zauala Rodríguez*. Buenos Aires, Tomo I: Astrea, 1973. p. 189.

² REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. Bogotá, T. II: Temis, 2002. p. 203

ellos mismos aprobaron, los va a perjudicar o va a resultar en detrimento de sus derechos patrimoniales o en aumento de sus responsabilidades.

2. IMPORTANCIA. FINALIDAD

La importancia de la consagración de un derecho está dada en razón a la posibilidad que pueda ser ejercido con éxito, es decir, que el derecho no se convierta simplemente en un artículo o un capítulo más en todo el compendio de leyes de un sistema jurídico, y que las exigencias para hacerlo efectivo no sean tan absurdas, que lo hagan inaplicable y lo conviertan en un derecho inexistente, sin ninguna efectividad.

Igualmente la finalidad que persigue el derecho de retiro se cumplirá desde el momento que sea viable su ejercicio, de lo contrario no cumpliría el fin para el cual fue creado, y quedaría reducido simplemente a ser una línea más en nuestro ordenamiento. El presente artículo se dedicará exclusivamente a analizar y exponer la realidad en la aplicación del derecho de retracto en nuestro país.

Las sociedades actúan a través de sus órganos de dirección, principalmente por medio de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, donde se toman las decisiones de mayor relevancia en la vida de la sociedad. Decisiones que obedecen al querer mayoritario, en palabras de Gaviria Gutiérrez

La voluntad de la mayoría es la ley suprema de la sociedad; no existe un principio diferente con el cual sea posible gobernar las compañías; ese querer mayoritario tiene, además del apoyo de la ley, el respaldo inequívoco de los socios pues, al firmar el contrato social, todos aceptarán someterse a él sin discusión.³

Se desprende de lo anterior que la ley de las mayorías es la que impera en las compañías, decisiones que tomadas de esa forma obligan a todos los socios, así hayan votado en contra o se encuentren ausentes. De no atender a este principio, la sociedad no podría actuar ni desarrollarse y fue con este

³ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique et al, *Reformas a la legislación mercantil*. Medellín, 1^o: Dike, 1999. p. 15

conocimiento que los socios se sometieron a hacer parte del contrato social, cumpliendo con lo que este impone.

Sin embargo, sucederá que no en pocos casos se tomen decisiones, donde los socios o algunos de ellos no estén de acuerdo con la decisión tomada, no por un simple capricho o no por el hecho de que estén convencidos que no es conveniente para la sociedad, sino porque tal determinación, valorándose en relación con la participación que tengan en la compañía, puede ir en detrimento de sus intereses patrimoniales o en aumento de sus responsabilidades.

Es precisamente en esos eventos donde entra a jugar un papel importante el derecho de receso, ya que es el mecanismo que puede ser interpuesto por el socio ausente o disidente, con el fin de no continuar vinculado a una sociedad a la que por motivos de la decisión tomada, no quiere pertenecer, afectando sus intereses patrimoniales o aumentando su responsabilidad en ella.

No por todas las decisiones que se tomen al interior de las reuniones de socios se puede ejercer el retiro, sino sólo por aquellas que están contenidas expresamente en nuestra legislación como presupuesto indispensable del ejercicio del mencionado derecho.

Esta limitación en la aplicación del retracto, está dada en razón de un principio fundamental en el derecho de sociedades, el cual es el principio de la conservación de la empresa, encaminado a brindarle seguridad jurídica a ella. No sería lógico prohijar que frente a cualquier decisión que se tome en las reuniones de socios, cumpliendo con las reglas de mayorías, la sociedad tuviera que sufrir el retiro de unos socios, con el correlativo reembolso del capital aportado, generando en algunos casos disminuciones de capital que posiblemente afectarían el capital y patrimonio de la sociedad.

En este sentido se ha manifestado Gaviria Gutiérrez, quien considera a la empresa, como “... *unidad de explotación económica organizada para la producción de bienes o prestación de servicios, merece la especial protección*

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

*del legislador, quien obraría torpe e injustamente si no le diera garantías adecuadas o estorbara su actividad con disposiciones incorrectas”.*⁴

Claramente es un principio que se debe proteger por el legislador, pues como el mismo autor expresa “(...) *la empresa es la célula básica de la economía y, por ende, de su buen funcionamiento depende la generación de riqueza y la creación de empleo*”.⁵

Es sin lugar a dudas un principio a defender, pero no a tal extremo de convertirlo en absoluto, desconociendo los perjuicios que le pueden ocurrir a un socio por la toma de determinada decisión y no permitirle el retiro de la compañía a la cual no quiere pertenecer. Resultaría incluso abusivo no conceder el retiro, alegando perjuicio en el patrimonio de la sociedad.

De forma acertada se ha dicho:

*Si bien el derecho de receso puede repercutir desfavorablemente sobre la empresa, esta desventaja debe ser asumida y tolerada como efecto inevitable de una medida que busca asegurar la equidad en el trato con determinados socios (ausentes y disidentes), a los que en ciertos casos y por ciertas razones hay que permitirles su retiro de la sociedad, en nombre y con autoridad de la justicia, valor superior al de la conservación de la empresa.*⁶

Es precisamente en este aspecto donde se presenta el centro del problema, ya que se debe analizar bajo que presupuestos se permite el retiro, y si esos presupuestos son de tal gravedad para el socio que deban estar por encima del principio de conservación de la empresa. Debemos preguntarnos entonces: ¿Qué decisiones deben ser presupuesto del derecho?, ¿hasta qué punto lo debe permitir el legislador?, ¿cómo manejar las posibles disminuciones de capital por el reembolso del aporte?, ¿hasta dónde deben llegar las facultades de la Superintendencia que ejerce la inspección, vigilancia y control? Son preguntas que ya las respondió el legislador, regulando el referido derecho.

⁴ Ibid., p. 29.

⁵ Ibid., p. 30.

⁶ Ibid., p. 30.

A pesar de la respuesta del legislador mediante la consagración del derecho, no quiere decir que se ha regulado correctamente, puesto que es un derecho que puede, por obra y gracia del legislador, terminar reducido a ser una simple disposición escrita, sin ninguna relevancia práctica, perdiendo así su finalidad e importancia.

La inclusión del derecho de retiro en el ordenamiento jurídico, tiene como función, evitar que en decisiones de gran trascendencia para la vida de la sociedad, la ley de las mayorías se convierta en un mecanismo de abuso en contra de las minorías -socios ausentes y disidentes-, tal como lo afirman Solomon y Palmiter

... el derecho societario faculta a las mayorías para aprobar reformas orgánicas, aún en contra de la voluntad de las minorías. La ley de las mayorías le da a la sociedad la flexibilidad que requiere para adaptarse a nuevas circunstancias. También puede convertirse en un instrumento de opresión para forzar a los minoritarios a aceptar un precio injusto por sus acciones, o convertirlos en rehenes de una compañía reestructurada que no contemplaron al entrar en la sociedad ni consideran deseable.⁷

Con esto, no se está fomentando una clase de veto a las mayorías, ni mucho menos la denominada “tiranía de las minorías”. No se puede desconocer de ninguna manera que la ley de la mayoría es la ley suprema de la sociedad, y que sin este principio no sería posible gobernar las compañías “... *ese querer mayoritario tiene, además del apoyo de la ley, el respaldo inequívoco de los socios, pues, al firmar el contrato social, todos aceptamos someternos a el sin discusión*”.⁸

Es evidente que la ley de las mayorías es el mecanismo por el cual se desarrollan las compañías, sin embargo no puede ser defendido a ultranza. No sería ajustado a derecho que una decisión, incluso acorde a la ley, sea de tal trascendencia que en ciertos casos los socios minoritarios se vean verdaderamente afectados por la decisión aprobada, y no cuenten con la posibilidad de retirarse de una sociedad a la cual posiblemente ya no tengan

⁷ LEWIS, Solomon y ALAN, Palmiter, Corporations, examples and explanations, citado por REYES VILLAMIZAR., Op. Cit., p. 203.

⁸ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique et al, op. cit. p. 15.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

ningún interés de pertenecer, y no sólo deseo de pertenecer, sino que su permanencia les traerá efectos patrimoniales negativos.

Siendo así, no se puede tomar la teoría de la conservación de la empresa en el sentido estricto de sus palabras, y no permitir el retiro de un socio en ciertos eventos donde resulte afectado, alegando que fue una decisión tomada cumpliendo todos los requisitos legales, arguyendo además que dicho retiro atentaría contra la seguridad patrimonial de la sociedad. Estaríamos en muchos casos provocando situaciones injustas y perjudiciales frente al fomento de la inversión por parte de pequeños accionistas que lo único que esperan obtener de su inclusión en la sociedad, es un beneficio económico al fin de cada ejercicio social.

Así lo sostiene Gaviria Gutiérrez cuando afirma que:

Sucede, empero, que a veces lo demasiado estricto propicia soluciones injustas, olvidándose además que hay que tratar con benevolencia al socio minoritario situado en la encrucijada de un contrato social generalmente a muy largo plazo y sobre el cual no tiene ninguna posibilidad de influencia y poca esperanza de enajenación.

Adviértase además que, aunque tenga una legalidad irreprochable, hay veces que la mayoría adopta decisiones demasiado duras, casi insoportables para la minoría...⁹

La finalidad de estos planteamientos no es desconocer las decisiones tomadas por una mayoría cumpliendo los requisitos legales; sino que lo que se busca establecer, dándole aplicación y efectividad al retracto es, además de la protección del socio, fomentar la participación de menores inversionistas en las compañías, protegiéndolos de abusos innecesarios, haciendo atractiva su inversión. Si los pequeños inversionistas ven protegidos sus derechos frente a decisiones que los perjudiquen, no sentirán temor de pertenecer a una sociedad donde no tengan influencia en la toma de las decisiones.

Además del fomento del pequeño inversionista, se debe tener en cuenta que en muchas ocasiones, al tomar decisiones la compañía, propicia modificaciones tan drásticas en el contrato social, que prácticamente aniquila la voluntad del socio partícipe, pues esta persona nunca hubiera entrado a ser parte de la compañía en las nuevas condiciones.

⁹ Ibid., p. 16.

Es claro que el derecho de receso no debe aplicarse como regla general, sino como excepción, sólo que esas excepciones bajo las cuales podrá aplicarse deben ser examinadas detenidamente, para no dejar por fuera situaciones que sean perjudiciales y que actualmente no son presupuesto del mencionado derecho, ni tampoco para incluir decisiones colmadas de legalidad, interfiriendo en el proceso de reformas estructurales al interior de las compañías. Igualmente, debe ser revisado su procedimiento, es decir, los pasos que deben seguirse para que el socio, ocurrida la causal, pueda ejercerlo satisfactoriamente y no quede en simple teoría sin aplicación alguna.

3. CAUSALES

Las causales de retiro son los presupuestos indispensables que deben ocurrir para que el socio ausente o disidente pueda ejercer el receso, con el correspondiente reembolso del aporte que a cada socio corresponda. Se debe manifestar que las causales establecidas en nuestra legislación son taxativas y no enunciativas, en atención a lo planteado acerca de la conservación de la empresa, con miras a proteger su capital.

Frente a lo estricto de las causales, y el escabroso camino de su procedimiento, Gaviria Gutiérrez ha expresado:

A pesar de que, en materia de receso, la nueva ley es bastante más amplia que el Código de Comercio, se observa en ella cierta actitud adversa a esta institución; eso es lo que puede pensarse si se acuerda la extrema brevedad del término para su ejercicio y sobre todo las muy escasas causales que lo permiten, reguladas todas de manera bastante estricta.¹⁰

Lo anterior no obsta para decir que se ha hecho un gran esfuerzo por consagrar presupuestos para el ejercicio de retiro, ampliando el espectro de aplicación del mismo, frente a lo que se encontraba establecido antes de la expedición de La ley 222 de 1995. Sin embargo, es necesario manifestar que se trata de un esfuerzo que a la postre puede resultar inútil, pues su éxito depende, no de la ocurrencia de la causal, sino de la voluntad de los asociados que adoptaron la

¹⁰ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Nuevo régimen de sociedades. Medellín, 1ª: Dike, 1996. p. 83.
122

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

decisión consagrada como causal de receso, y en últimas, como se estudiará en próximas líneas, de la institución que ejerza la inspección, vigilancia y control de la sociedad respectiva.

Es precisamente en lo expuesto anteriormente, donde radica el problema de nuestra legislación, pero para poder adentrarnos en ellos, se estudiarán inicialmente las casuales de retiro consagradas en el art. 12 de la Ley 222.¹¹ Son ellas las siguientes:

3.1 La aprobación de fusión, transformación, escisión, cuando tenga como efecto en el socio ausente o disidente, una desmejora patrimonial o un aumento de sus responsabilidades

Decisión totalmente acertada del legislador, la de incluir como presupuesto jurídico de retiro, la aprobación en Junta de Socios o Asamblea de Accionistas, de una fusión, transformación o escisión, y no solamente la de su aprobación, pues es necesario que esta decisión lleve correlativamente una desmejora en el patrimonio del socio ausente o disidente o un aumento en sus responsabilidades, para poder ejercer el derecho de retiro.

Resulta claro que un socio no puede verse obligado a permanecer en una sociedad, cuando en un principio manifestó su voluntad dirigida hacia un determinado tipo societario o régimen de responsabilidad, y que luego por medio de una decisión de la mayoría, de la cual él no fue parte, sean modificadas las reglas del juego, de tal forma que así, nunca hubiera manifestado su voluntad.

Como complemento de lo anterior se trae nuevamente a Gaviria Gutiérrez, quien afirma:

¹¹ Art. 12 Ley 222 de 1995: "EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO. Cuando la transformación, fusión, o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad. En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en bolsa de valores. Parágrafo. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá que existe desmejora de los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos:
1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.
2. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital.
3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción"

Por supuesto que la transformación, la escisión y la fusión deben ser acordadas sin afectar en modo alguno los derechos de los socios; como se ha dicho, el interés de la sociedad debe prevalecer sobre el interés particular de los minoritarios, pero no hasta el punto de afectar los derechos de estos últimos.

Por ello es razonable que, como sucede en Colombia, la fusión, transformación y escisión sí den lugar al recesso, por vía de excepción, cuando tales actos causen un incremento en la responsabilidad del socio o una desmejora en sus derechos patrimoniales, porque tanto aquél como ésta, al ser realizados sin el consentimiento del afectado, no son otra cosa que un acto de desconocimiento de sus derechos, es decir, un atentado virtual o actual contra su patrimonio.¹²

Se aprecia que es una causal que no merece ninguna discusión al respecto, pues es claro que debe permitírsele al socio que se retire, en el evento de tomarse las decisiones ya descritas. El párrafo del art. 12 de la referida norma, establece tres hipótesis bajo las cuales se entiende que un socio puede ver desmejorado su interés patrimonial, circunstancias que obviamente no son las únicas, no encontrando ninguna razón para que el legislador las hubiera consagrado, pues son innumerables los casos donde un socio pueda ver afectado su interés patrimonial en la compañía.¹³

Las hipótesis referidas son:

a) Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital social: supuesto claro frente a la situación del socio, pues no se puede obligar a un socio que tenía el 20% de participación en determinada compañía, y luego que por cierta decisión, quede con el 12% de participación, con las consecuencias que en la toma de decisiones puede traer tal situación.

Sin embargo, respecto de la escisión se debe hacer una aclaración, puesto que en los términos del art. 3 de la ley 222 de 1995¹⁴, si el proceso de escisión produce una desmejora patrimonial en las acciones en cabeza de los socios,

¹² GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique et al. op. cit., p 22.

¹³ Se debe recordar, que para que la transformación, fusión y escisión, sean fundamento del derecho de retiro por parte del socio ausente o disidente, estas decisiones deben ir acompañadas de una desmejora en sus intereses patrimoniales o en aumento de sus responsabilidades.

¹⁴ Artículo 3 ley 222 de 1995 último inciso. "Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquella, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales partes de interés representadas en la Asamblea o Junta de Socios de la escidente, se apruebe una participación diferente."

124

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

debe aprobarse por unanimidad, siendo entonces posible que un voto en contra, termine en el rechazo del proyecto de escisión.

Ahora bien, es bueno anotar que el socio que disienta de objetar la escisión si ve disminuido el valor de su participación, no podrá luego ejercer el derecho de retiro, pues ya tuvo la oportunidad para oponerse. En palabras de Reyes Villamizar:

... debe recordarse lo dicho al mencionar el derecho de veto a que se refiere la nueva ley. En efecto, según esta norma, en los casos de escisión, cualquier cambio en las participaciones de capital origina para el socio el derecho de retiro. Por lo anterior, debe entenderse que esta causal de derecho de retiro por disminución de porcentaje de capital no se aplica a la hipótesis mencionada, porque donde existe un derecho de veto para los asistentes, no puede coexistir el derecho de retiro para los socios disidentes. Ello es así, debido a que el veto implica un poder en cabeza del asociado para impedir que la operación se realice. Así, basta que en la reunión respectiva vote negativamente o incluso que se abstenga de votar, pasa así entorpecer el mecanismo de decisión de la asamblea. El retiro parte del presupuesto de que la decisión se ha adoptado por mayoría. Por ello se concede a los ausentes y disidentes.¹⁵

Por lo tanto, el socio ausente y disidente puede ejercer el derecho de retiro, cuando la transformación o fusión causen una desmejora patrimonial o cuando aumenten su responsabilidad, evento en el cual cabría la escisión como causal del retiro. Este aumento de responsabilidad se da, cuando por ejemplo, gracias a una transformación, la sociedad cambie su tipo social de anónima al de responsabilidad limitada, respondiendo entonces subsidiariamente e ilimitadamente por las obligaciones laborales, situación que no se presentaba en la anónima, agravando de esa forma la responsabilidad del socio. También pueden ejercer el retiro, los socios ausentes respecto de una decisión de escisión, cuando esta produzca una desmejora patrimonial.

b) Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital: el socio puede ver desmejorada la valoración de la acción o cuota, cuando al disminuirse el capital, sea por ejemplo, por asumir pérdidas, el patrimonio decrezca y al dividirlo por el número de acciones que es el mismo, el valor intrínseco se reduce, aclarando que esto produce efectos

¹⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogotá, 2ª: Temis, 1999. p. 87

negativos en el patrimonio cuando tal reducción en el valor intrínseco, no implique un incremento en la participación del socio en la sociedad, ya que resultaría en vez de perjudicado, favorecido.

c) Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción: de gran relevancia resulta esta hipótesis de desmejora patrimonial, ya que es éste uno de los problemas que más afectan a los socios de compañías que no cotizan en bolsa, haciéndolos prácticamente esclavos de una sociedad de la que no quieren ser parte. Es importante mencionar que en los términos del art. 407 del Código de Comercio, en las sociedades que coticen sus acciones en el mercado público de valores, se entenderá por no escrita toda cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las mismas. Queriendo decir lo anterior, que en esa clase de compañías no operaría el retracto, ya que no sería necesario, pues el accionista es libre de vender en el mercado público a precios que éste impone, no siendo necesario el ejercicio del retiro, puesto que estas cláusulas no tendrían ninguna fuerza obligatoria en los socios.

Las tres hipótesis mencionadas anteriormente no operan por si solas como presupuesto del derecho de retiro, ellas deben estar precedidas de una transformación, fusión o escisión¹⁶, e igualmente se presenta el derecho al retracto, en el evento que tales decisiones conlleven aumento de responsabilidad en los socios ausentes y disidentes.

3.2 Cancelación de la inscripción de las acciones en el registro publico de valores

Es la última causal que trae nuestro ordenamiento jurídico como presupuesto del derecho de retiro. Es evidente el perjuicio que pueden sufrir los socios de compañías que coticen en bolsa, por una decisión tomada con las mayorías legales o estatutarias, retirando su inscripción del registro. Salta a la luz, que con esta decisión, las acciones que posea el socio van a perder notablemente la posibilidad de ser negociadas en el mercado, y de no tener la posibilidad de retirarse de la compañía, se estaría sujetando al accionista a una sociedad que

¹⁶ Se debe tener en cuenta al mencionar la escisión como presupuesto del derecho de retiro la salvedad hecha en líneas anteriores, referente al derecho de veto que tiene un socio frente a esta decisión cuando se vea modificada su participación en el capital de la sociedad.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

no cumpliría los fines por los cuales entró a hacer parte. Así lo ha entendido Gaviria Gutiérrez, quien manifiesta que:

Es aspiración sustancial de todo propietario la de mantener abierta la posibilidad de enajenar lo que le pertenece, un derecho de dominio sin oportunidades de negociación es un derecho que ha sufrido un cercenamiento de excepcional importancia; muy pocos aceptan que sus bienes permanezcan indefinidamente en sus patrimonio, por ausencia de adquirentes o imposibilidad para enajenar.

Se comprende, entonces, que el accionista de una sociedad anónima en tales condiciones recibirá muy duro golpe si ella resolviera retirarse de la bolsa, pues pasaría así, de la posibilidad casi inmediata de vender, a la dificultad seria y casi insuperable de no hacerlo.¹⁷

El accionista minoritario, que es en la mayoría de los casos quien se ve afectado por estas decisiones, resulta perjudicado por la decisión de cancelación, puesto que prácticamente la única salida con la que cuenta es venderle a los mayoritarios, quienes muy posiblemente ofrecerán precios irrisorios por la compra de dichos papeles, a pesar de la obligación que existe de nombrar terceros para que fijen el precio de la acción, debido a que en muchas ocasiones por la necesidad del dinero por parte del socio que vende, acepta el precio que el mayoritario le ofrezca.

Consecuente con el interés de las autoridades de proteger el accionista minoritario, la Superintendencia de Valores emitió la Resolución 72 de 2001, modificando el art. 1.1.4.2 de la Resolución 400 de 1995. Estableciendo que cuando se vaya a cancelar la inscripción en el mercado público de valores y se tome la decisión por una mayoría que represente menos del noventa y nueve (99%)¹⁸ de las acciones en circulación, los accionistas que votaron a favor de la misma deberán promover una oferta pública de adquisición en los términos que lo ordena la Resolución 400 referida, en sus arts. 1.2.5.7. y 1.2.5.8, teniendo como destinatarios de la oferta a los accionistas ausentes y disidentes de la reunión en la cuales se aprobó la cancelación.

Esta posición reemplaza el derecho de retiro, en aquellos eventos donde se tome la decisión con las mayorías indicadas, donde los socios ausentes y disidentes

¹⁷ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique et al, op. cit., p. 26.

¹⁸ La norma modificada establecía el porcentaje en noventa y cinco (95%) por ciento de las acciones en circulación.

verán reembolsados sus aportes no por medio del ejercicio del derecho de retiro, sino por medio de la oferta que promuevan los mayoritarios. Siendo así, el derecho de retiro sólo operaría cuando la decisión de cancelación sea tomada por el 99% o más de las acciones suscritas, ya que en este evento los accionistas que tomaron la decisión no están obligados a comprar, por lo tanto la posibilidad que tienen esos accionistas propietarios del 1% o menos, es ejercer el derecho de retiro.

Para la determinación del precio de compra, como producto de la aceptación de la oferta, salvo que las partes acuerden dicho valor, la Resolución 400, ordena adoptar uno de los siguientes mecanismos: 1) tomar la cotización promedio de la acción de los últimos tres meses. 2) determinar el precio con base en un avalúo proveniente de una empresa debidamente acreditada para desarrollar asesoría en banca de inversión. 3) establecer un precio al cual los socios que votaron la cancelación estén dispuestos a vender de tal forma que los ausentes o disidentes opten por comprar.

La anterior exigencia de la Superintendencia de Valores, cumple una finalidad parecida a la contemplada en la Ley 222 de 1995, sobre el derecho de retiro, pero por ser un régimen especial, las sociedades que decidan cancelar su inscripción en el mercado público de valores deben darle cumplimiento, y reembolsar por la vía de la compra los aportes a los ausentes o disidentes, determinando el precio como lo indica la resolución mencionada y no en los términos la Ley 222.

4. SITUACIONES QUE NO DAN ORIGEN AL RECESO

Analizados y estudiados los eventos por los cuales procede el derecho de retiro, queda por dilucidar y por preguntarse si no se han quedado por fuera de nuestro ordenamiento jurídico mercantil, otras situaciones o decisiones, que deberían ser presupuestos del derecho en comento. ¿No se podrán presentar decisiones al interior de las compañías, no estipuladas actualmente como causales de retiro, que produzcan en el socio ausente y disidente desmejora en sus intereses

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

patrimoniales o aumentos en su responsabilidad, generando graves perjuicios en el socio?

Pregunta que nos podremos responder al analizar las siguientes hipótesis. En el evento de una prórroga de duración del contrato social, donde el accionista esperando el vencimiento del término de la compañía y la asamblea o junta de socios decida incrementar el término de duración, situación que él nunca consintió, ya que muy posiblemente al momento de firmar el contrato social, esa duración fue motivo para su inclusión o sino fue el único motivo, si un elemento esencial en su participación. Por eso, la prórroga que se le quiere introducir, prácticamente aniquila su voluntad, obligándolo a someterse a una compañía a la cual no tiene porque pertenecer, ya que como se mencionó, él aceptó entrar con la condición de duración pactada en ese momento.

En este caso podría existir una cláusula donde se estipule que al término de la compañía, nazca el derecho para el socio que disiente de la prórroga, de retirarse con el correspondiente reembolso. *“Al vencer el plazo, el socio incorpora a su patrimonio el derecho al reembolso de su aporte, del cual no puede ser privado ni siquiera por una mayoría abrumadora”*.¹⁹

Igualmente un cambio sustancial en el objeto social de la compañía puede generar en el socio ausente y disidente la posibilidad de retirarse de la compañía, ya que es el objeto social uno de los elementos, por no decir el más relevante, que lo movieron a participar en la sociedad. Un cambio radical en el objeto, sin que este sea conexo o complementario, sino todo lo contrario, diametralmente opuesto al objeto social original, debería otorgarle al socio la posibilidad del retiro.

El problema en esta hipótesis radica en llegar a definir por vía normativa, cuando se está en presencia de un cambio de tales características que sea sustancialmente diverso al objeto original y de origen al retracto. Siendo así, se ha afirmado:

Regresemos, entonces, a la idea central de este apartado, para concluir que dada la importancia del objeto social, como elemento formativo del consentimiento de los socios,

¹⁹ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique et al, op. cit., p. 23

*el cambio que a éste se introduzca y que aparezca como fundamental después del análisis individual del caso, justifica el derecho de retiro de los socios ausentes y disidentes, derecho que, para esta situación concreta, no ha sido reconocido en la legislación Colombiana.*²⁰

La participación en una sociedad se presenta con el fin de realizar actividades específicas, esperando que produzcan un beneficio económico. Por lo tanto los socios o las personas que ingresan a ella, lo hacen de acuerdo a cuál es la actividad a la que la compañía se dedicará, elección que dependerá en no pocos casos, del conocimiento que se tenga en cierto campo de los negocios o del conocimiento que los demás participantes tengan.

Por ejemplo, en el evento que una compañía dedique su objeto social principal a la explotación del negocio del cuero y del calzado, y por una decisión de la mayoría decide intervenir en el negocio farmacéutico, sin conocimiento alguno al respecto, esperando por ejemplo, una futura inversión, evento en el cual resultaría evidente el peligro que corre el socio en este nuevo negocio, y no se le debería obligar a permanecer en ella contra su voluntad y más aún, cuando el objeto social que lo motivó a ingresar en un principio, ha desaparecido totalmente.

En referencia a las propuestas mencionadas como supuestos del derecho de retiro, es menester anotar que como requisito adicional a la simple ocurrencia de ellas, estas deben derivar en una desmejora patrimonial o en un aumento de responsabilidades en el socio ausente y disidente. Sin embargo, se puede agregar una nueva propuesta, como sería el hecho de poner al socio en tal situación de peligro que sea prácticamente inminente su perjuicio de seguir vinculado a la compañía, ya que como lo vimos, el hecho por ejemplo de modificar el objeto social, no de por sí, perjudica al socio patrimonialmente o le aumenta sus responsabilidades, pero si lo pone en riesgo de sufrir un perjuicio económico.

Frente a eventos como el de ampliación del término de duración de la compañía es conveniente que el retiro opere objetivamente, sin necesidad de

²⁰ Ibid., p. 25.
130

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

discusiones que lo hagan nugatorio, operando incluso cuando los estatutos no plasmen la cláusula mencionada en líneas anteriores.

Estas propuestas no buscan desconocer el principio de conservación de la empresa, simplemente buscan un trato equitativo y justo frente al accionista perjudicado por una decisión, y en últimas brindarle seguridad al socio, fomentando su inversión en este sector de la economía.

5. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETIRO

Analizado el derecho de retiro en su aspecto sustancial, se entrará a estudiarlo en su parte procedimental, donde se encontrarán las falencias más graves en su estructura y sobre todo, en su efectivo ejercicio, relegándolo al final, a un simple derecho que no depende de la ocurrencia de la causal, sino de la opinión subjetiva de la entidad encargada de decidir su procedencia o improcedencia.

La ley 222 en su art. 14 regula la forma en que debe ser ejercido el derecho de retiro²¹, estableciendo que el socio ausente y disidente debe informar a la sociedad comunicando al representante legal, dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se tomó la decisión respectiva de su interés en ejercer el retracto, produciendo efectos frente a la sociedad desde la fecha en que comunica en forma escrita su deseo de retirarse. Frente a terceros, el derecho de retiro producirá efectos desde que se inscriba en el registro mercantil o en el libro de registro de accionistas, este último cuando se trate de sociedades anónimas o en comandita por acciones si el socio es comanditario. Esta última resulta una situación absurda, ya que los terceros no tienen acceso al libro referido, protegido por reserva legal. Por eso el legislador debió haber

²¹ Artículo 14 ley 222 de 1995: "Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal.

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

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

Si la asamblea de accionistas o junta de socios, dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, la revoca, caduca el derecho de receso los socios que lo ejercieron, readquieren sus derechos, retro trayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que se notificó el retiro al representante legal."

establecido como única forma de otorgarle efectos al receso frente a terceros, desde la fecha de inscripción en Cámara.

Si existiere discrepancia frente a la ocurrencia de la causal entre el socio a retirarse y la compañía, y no existiere cláusula compromisoria, el conflicto deberá ser resuelto por la entidad que ejerza la inspección, vigilancia y control sobre la sociedad en cuestión.

Sin embargo, luego de tomada la decisión que da origen al retiro por parte de los ausentes y disidentes, la sociedad puede revocar la decisión causal del retracto dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de tal decisión, caducando así el derecho a retiro, restableciendo al socio a la condición en que se encontraba antes del receso. Pero este evento puede prestarse para algunas arbitrariedades, ya que no siempre va a ser posible devolver al socio al estado en que se encontraba. Por ejemplo, qué pasaría en el caso que durante esos sesenta días se tomen decisiones trascendentales para la compañía y sus socios, o se aumente el capital de la compañía y los socios que se retiraron de la compañía no estuvieron presentes por encontrarse excluidos de ella, y sea diluido su capital, o transformado la sociedad en otro tipo societario. Al respecto la ley colombiana no dijo nada, y la solución dependerá de los mecanismos adoptados por la sociedad para devolver al socio al estado en que se encontraba antes o de procesos indemnizatorios por los perjuicios causados.

Sería coherente regular lo anterior, en el sentido que el derecho de retiro solo producirá efectos frente a la sociedad no desde el momento del recibo de la comunicación, ni desde la inscripción en el registro mercantil, sino desde el momento en que la sociedad no pueda revocar la decisión causal del retiro. El problema es que de acuerdo a la norma en cuestión, si la sociedad no revoca la decisión dentro de los sesenta días referidos, podrá hacerlo después, solo que el derecho de retiro no caducará, y el socio, así se revoque la decisión, podrá ejercer el retiro y la sociedad obligarse sin posibilidad de no hacerlo, de reembolsarle lo que al recedente corresponda.

Con el fin de armonizar y plantear una solución a los problemas explicados, considero que los efectos del receso podrían producirse a partir del vencimiento

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

de los sesenta días que la sociedad tiene para revocar su decisión, por lo que el socio nunca estaría, dentro de ese término, inhibido para participar en otras decisiones que la sociedad tome, y en el evento que la sociedad revoque la decisión después del término, y se hallan tomadas decisiones después del plazo referido, no estando el socio presente, éste podrá ejercer el derecho de retiro indistintamente y claro está, si este participó de ciertas decisiones, sería responsable de ellas, puesto que durante ese lapso, él era parte de la sociedad. Frente a la revocatoria de la decisión origen del receso, es claro, de acuerdo a Reyes Villamizar, que:

*... esta determinación de revocatoria solo puede adoptarse con anterioridad a la fecha en que se haya producido la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública de transformación, fusión o escisión. De lo contrario, lógicamente, no procederá la revocatoria, entre otras cosas, porque los efectos jurídicos de la respectiva figura ya han operado plenamente respecto de terceros.*²²

6. REEMBOLSO

Es en el reembolso donde se debe dar la concreción real y efectiva del derecho de retiro, ya que es la devolución por parte de la sociedad al socio recedente, del valor de su aporte, liberándose así de la sociedad a la que ya no quiere pertenecer. Es precisamente en este aparte donde se encuentra la aniquilación del derecho de retiro consagrado en nuestro ordenamiento.

Establecen los artículos 15 y 16 de la Ley 222 de 1995 la forma en que este reembolso se efectúa y las diversas modalidades de hacerlo, para lo que existen tres posibilidades, las cuales son:

Opción de compra: dentro de los cinco días siguientes a la notificación del derecho de retiro por parte del socio recedente, la sociedad ofrecerá su participación a los demás socios para que estos hagan uso del derecho de compra en los quince días siguientes del ofrecimiento, a prorrata de su participación.

²² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos. Bogotá, 2^a: Temis, 1999. p. 91.

Readquisición: en el evento que los demás socios no adquieran la participación, la sociedad ejercerá la segunda opción de compra y debe hacerlo en los cinco días siguientes al del plazo para que los socios ejerzan postura. Esta readquisición solo podrá realizarse en los términos del art. 396 del Código de Comercio, es decir cuando la sociedad posea utilidades liquidas o reservas constituidas para tal efecto, o que a las reservas destinadas para otros proyectos, se les cambie la destinación para este negocio. Readquisición que exige aprobación de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios.

En este punto los administradores deben ser totalmente diligentes, ya que debido al poco tiempo con el que cuenta la sociedad para tomar la decisión, deben usar el plazo que tienen los accionistas para ir adelantando las consultas pertinentes e ir preparando la convocatoria para la reunión de socios, que ha de tomar la decisión respectiva. Si no fueren diligentes podrían caer fácilmente en procesos de responsabilidad, ya que la readquisición en caso de ser viable en los términos del art. 396 referido, es una obligación a cargo de la sociedad, que no puede ser desconocida por ella, incluso ni por su máximo órgano social.²³

Reembolso: en caso que los socios no compren la participación del recedente y la sociedad esté en imposibilidad de hacerlo, o lo hagan parcialmente, como último medio para reembolsarle al recedente, se hará mediante la reducción del capital social de la compañía en una cuantía equivalente al número de acciones que a éste le correspondan.

El precio y la forma de pago de la participación del recedente en cualquiera de los tres casos anteriormente citados, deberá ser fijado por las partes, si existiere desacuerdo se designaran peritos, los cuales si no son designados por las partes serán designados por el Superintendente de Sociedades, Bancario o de Valores según sea el caso en los términos del art. 136 de la Ley 446 de 1998, disposición que deroga parcialmente lo contenido en el art. 16 de la Ley 222. Esta norma determinaba que la designación de peritos correspondería en defecto de designación por las partes, a la cámara de Comercio del domicilio social.

²³ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 221.
134

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

El reembolso, en caso de producirse, deberá efectuarse dentro de los dos meses siguientes al acuerdo en el precio o al dictamen pericial, pudiendo aplazarse si la sociedad solicita y demuestra ante la Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia y control, aduciendo que el receso pondrá en dificultad la estabilidad económica de la sociedad.

Se ha discutido por parte de la doctrina, debido al vacío legislativo existente, si con el fin de reducir el capital de la compañía, se debe acudir y cumplir lo ordenado por el art. 145 del Código de Comercio. Situación que parece resuelta debido a lo expresado por la Superintendencia de Sociedades, que ha afirmado:

Debido a que el reembolso implica una disminución del capital de la sociedad (C. de Co., art. 145), las sociedades comerciales que no estuvieren sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia Bancaria o de Valores, deberán solicitar la autorización previa de esta Superintendencia para realizar dicha disminución.²⁴

Posición que difiere de la doctrina, de acuerdo a diversos tratadistas la regulación contenida en el art. 145 del C. de Co., no es aplicable. Reyes Villamizar²⁵ manifiesta que la Ley 222 ya contempla varios mecanismos anteriores a la reducción de capital para el reembolso de lo aportado por el recedente, siendo entonces esta última un mecanismo subsidiario, puesto que su aplicación dependerá del fracaso de la compra por los socios y de la readquisición por la sociedad, también por las pocas hipótesis causales del receso, hacen de este un derecho de poca aplicación.

Otro argumento en contra del concepto de la Superintendencia de Sociedades, radica en la posibilidad que otorga el art. 16 de la Ley 222 a la mencionada entidad, para que esta pueda, a petición de parte o de oficio dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión originaria del retracto, determinar la improcedencia del retiro cuando a su juicio, dicha disminución afecte sustancialmente la prenda general de los acreedores. Evento que le quita toda procedencia a la aplicación del art. 145 C. de Co., no se entiende la doble facultad que quiere atribuirse la Superintendencia referida, si dicha entidad puede conocer de la aplicabilidad del receso y determinar su improcedencia por afectar a los acreedores, así, la sociedad pueda de acuerdo al art. 145 C. de Co.

²⁴ Circular externa Num. 24, de 12 de noviembre de 1997. Superintendencia de Sociedades.

²⁵ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 222.

reducir su capital, entonces para qué solicitar la autorización de que habla el art. 145 citado, si ella conocerá igualmente del proceso, incluso prohibir su procedencia así se cumplan los supuestos del art. 145 C. de Co.

En este mismo sentido se ha manifestado Gaviria Gutiérrez, quien afirma que el art. 145 del C. de Co. no debe ser aplicado cuando se trate de reducir el capital con fin de rembolsarle el aporte al recedente:

En los casos normales de disminución de capital con reembolso de activos, se aplicará el artículo 145 que sólo autoriza a la superintendencia para aprobarla si la sociedad carece de acreedores o si los que existan consentan en ella o si, una vez efectuada la reducción, la compañía todavía conserva activos superiores al doble de sus pasivos.

En cambio, en el caso de reducción provocada por el receso, la superintendencia no está atada a la necesaria comprobación de alguna de estas tres causales y puede decidir, sin su auxilio, cuándo la prenda común de los acreedores está o no afectada sustancialmente; así, la Superintendencia podrá apreciar que ese efecto se ha producido, aunque los activos superen el doble de los pasivos o podría resolver que no hay afectación sustancial a pesar de que los activos solo superen en un 50% a los pasivos.²⁶

Se aprecia entonces, que la Superintendencia tiene igualmente la facultad de no permitir la disminución del capital, incluso cuando se dan los presupuestos legales para ello, por lo que no se entiende como dicha entidad, conceptúa que si se debe aplicar el art. 145 C. de Co. Sin embargo, no es esta la discusión más relevante frente al ejercicio del receso, puesto que lo que en verdad es importante y que termina aniquilando el lapidario derecho, es la facultad que tiene la superintendencia de prohibir la reducción cuando a su juicio se perjudiquen los acreedores.

No se entiende como, si la sociedad cumple con los requisitos para la disminución de capital anotados, la entidad que ejerce la inspección, vigilancia y control, puede afirmar que se perjudicarán los acreedores por reducir el capital. Si entendemos lo anterior en ese sentido, podríamos afirmar que si la sociedad cumple con el art. 145 C. de Co. no quiere decir esto que se esté protegiendo a los acreedores, lo cual no tendría sentido, pues la norma está

²⁶ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique et al, op. cit., p. 31.
136

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

claramente establecida como protección a los acreedores. Sin embargo, la Superintendencia se atreve a afirmar lo contrario, desconociendo así el espíritu invocado por la norma citada.

Teniendo en cuenta que el conocimiento del proceso de receso lo conoce de oficio o a petición de parte la Superintendencia, no se puede entender como los socios que detentan el poder político y que tomaron la decisión perjudicial para con los ausentes y disidentes, puedan acudir a la Superintendencia y solicitar que no conceda el derecho, y ésta en uso de sus facultades niegue la posibilidad a los ausentes y disidentes de retirarse. Es ilógico que un derecho de tal importancia creado “supuestamente” para proteger a los minoritarios de posibles abusos de la mayoría, sea desconocido por una decisión discrecional de la entidad respectiva, incluso en muchos casos, promovida por la mayoría societaria.

Debería ocurrir, en aras de la coherencia de la norma, que si la causal ocurre y se comprueban sus supuestos, se debe tomar no otra decisión que conceder el derecho de retiro a quien lo solicite, teniendo en cuenta que es la última posibilidad con la que cuenta el socio para retirarse. Además, puede suceder que al socio al que le ofrecen la primera opción no compre y luego la sociedad no readquiera, y posteriormente ese mismo socio o grupo de ellos, solicite a la superintendencia que niegue el retiro, todo propiciado por quien tomó la decisión causal del derecho en cuestión.

Al respecto, en las discusiones de la Ley 222, al interior del Congreso de la Republica, la Superintendencia de Valores y Bancaria en los comentarios al proyecto de ley de modificación al Código de Comercio realizados por el Ministerio de Hacienda al art. 110, “ejercicio del derecho de receso y efectos (nuevo)”, con criterio practico y persiguiendo darle efectos a la intención del legislador de dar efectividad al derecho de receso, dijo: “... precisamente se trata de que sea a los accionistas mayoritarios a quienes se les imponga la obligación de compra, y no a la sociedad, puesto que cuando ella es la obligada se produce un reembolso de aporte y, consecuentemente, una disminución de su patrimonio en desprotección de los acreedores”.

Claro argumento que busca dos efectos; por un lado salvaguardar la seguridad de la empresa y por consiguiente la de los acreedores, y por otro lado, proteger

al accionista que se vea perjudicado por una decisión, ejerciendo con éxito el retracto. Es evidente que los socios que tomaron la decisión causal del derecho de receso sin prever las consecuencias para los otros, sean los obligados a comprar la participación del recedente, sin necesidad de acudir a disminuciones de capital, presumiblemente perjudiciales para los acreedores.

Quien crea el derecho debe correr con la carga de solucionarlo y restablecer el equilibrio, aunque tampoco se debe patrocinar que este derecho se convierta en una vía de salida para el inversionista, sin una justificación clara de los efectos negativos de ciertos actos societarios.

Es necesario advertir, como ya se mencionó, que la Superintendencia de Valores mediante Resolución 72 de 2001, dispuso que cuando la decisión de cancelación del registro público de valores sea tomada por un número de accionistas inferior al 99% de las acciones en circulación, se obliga a los accionistas que tomaron la decisión de cancelar el registro, a iniciar una oferta pública de adquisición a los socios ausentes y disidentes de la reunión donde se aprobó la cancelación. Decisión acertada, porque obliga, al igual que debería suceder con el retiro, a aquellos accionistas que toman la decisión de adquirir la participación de los ausentes y disidentes, convirtiendo así el derecho de retiro en una realidad y no en un derecho que existe en nuestro ordenamiento jurídico, pero que se encuentra postrado al haberse convertido en una decisión discrecional de la Superintendencia respectiva. Así el derecho pierde toda finalidad e importancia para la cual fue creado.

Debemos preguntar: ¿Hasta cuando nuestro legislador va a regular situaciones y conferir derechos sin que al final simplemente sean otro compendio más de letra muerta en nuestro ordenamiento por carecer de toda eficacia práctica. No se entiende así, cuál es el espíritu de nuestro legislador, si el de ahondar en las encrucijadas de nuestros problemas jurídicos, promoviendo soluciones efectivas o el de favorecer a un grupo específico de personas o a un sector determinado? Esta pregunta tristemente no la ha respondido el legislador, o por lo menos el derecho de retiro no es el caso.