

OFICIO 220-041078 DEL 25 DE MARZO DE 2014

ASUNTO: APROBACION DEL REGLAMENTO DE COLOCACION Y SUSCRIPCION DE ACCIONES POR PARTE DE LA JUNTA DIRECTIVA

Me refiero a sus escritos radicados en esta Entidad con los números 2014- 01- 104336 y 2014-01-105481, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta sobre la aprobación del reglamento de colocación y suscripción de acciones, en los siguientes términos:

¿Puede la Junta Directiva de una sociedad anónima, con base en norma especial estatutaria, aprobar la reglamentación de colocación y suscripción, tanto de las acciones en reserva (o reservadas) ordinarias o de capital, que vayan a ser emitidas, por así disponerlo específicamente el contrato social, cuando ello no implica un aumento de capital autorizado y sin que con ello se quiera variar el derecho de preferencia?

Al respecto, me permito informarle que el tema por usted propuesto fue resuelto por el legislador en el artículo 385 del Código de Comercio, en el cual dispone que “Las acciones no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción.

Con excepción de las acciones privilegiadas y de goce, a falta de norma estatutaria expresa, corresponderá a la junta directiva aprobar el reglamento de suscripción”. (El llamado es nuestro).

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende, de una parte, que las acciones no suscritas en el acto de constitución y las emitidas posteriormente por la compañía, serán colocadas de acuerdo con el respectivo prospecto de colocación de acciones, y de otra, que a falta de norma estatutaria expresa, le corresponde a la junta directiva, aprobar dicho reglamento, a excepción de las acciones privilegiadas y de goce, cuya emisión y colocación está en cabeza de la asamblea general de accionistas.

No obstante, es de advertir que para llevar cabo la decisión de suscribir acciones en reserva, la junta directiva de la sociedad deberá aprobar el correspondiente reglamento de colocación de las mismas, de lo cual deberá quedar constancia en el acta respectiva, indicando la fecha en la que se realizó la reunión, los nombres de los participantes, el quórum deliberativo y decisorio, así como los votos con los que se aprobó la decisión de suscribir acciones, la que debe contener las condiciones de la oferta, dentro de los parámetros fijados por el artículo 386 ibídem.

De lo dicho, se concluye que es la junta directiva el órgano social competente para ordenar la suscripción de acciones que la sociedad tiene en reserva; sin embargo, cuando se trate de acciones privilegiadas o de goce, es la asamblea, quien debe autorizar el reglamento de colocación de éstas; en este caso, es preciso tener en cuenta que si los estatutos no prevén este tipo de acciones, debe promoverse su creación

a través de una reforma estatutaria, la que debe solemnizarse y registrarse en la Cámara de Comercio; una vez creadas las acciones en el evento en que no existan o una vez adoptada la decisión de realizar la oferta por el máximo órgano social, se deben fijar las condiciones, en los términos previstos por el artículo 386 ibídem; el acta de la asamblea en la que se incluya el reglamento de colocación, deberá cumplir las exigencias de los artículos 189 y 431 ejusdem.

En cuanto a la suscripción de acciones, dispone el artículo 384 op. cit., que "Es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente".

Se ocupa también el legislador de indicar de manera supletiva, que, a falta de norma estatutaria expresa, le corresponde a la junta directiva la aprobación del reglamento de suscripción, y de la misma forma el contenido del mismo, artículos 385 y 386 del Estatuto Mercantil.

De otra parte, y conforme a las citadas normas, el órgano competente para aprobar el reglamento debe ajustarse a la prescripción del artículo 386 ibídem, que dispone en el ordinal 1º, que el número de acciones que se ofrezca debe ser igual al de las emitidas, es decir, al número de acciones tomadas de la reserva para ser colocadas.

A su turno, el ordinal 2º de la misma norma, señala que debe indicarse la proporción y forma en la cual podrán suscribirse, aspecto que es imperativo cuando en la sociedad se halla pactado el derecho de preferencia de que trata el artículo 388 ejusdem, a favor de los accionistas, salvo que la asamblea con el lleno de requisitos legales y estatutarios haya renunciado al mencionado derecho en la colocación, según lo previene el numeral 5 del artículo 420 ídem.

Por su parte, el ordinal 3º de la norma en estudio, dispone que debe indicarse el plazo para la suscripción el cual no debe ser inferior a quince días ni superior a tres meses, término que debe contarse a partir de la fecha del aviso de oferta; y por último los plazos para el pago de las acciones, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta la preceptiva del artículo 387 op. cit., según el cual, de no hacerse el pago de contado, al momento de la suscripción debe abonarse cuando menos una tercera parte del valor de cada acción.

Así las cosas, la suscripción de acciones está sujeta a reglas precisas señaladas por la ley y los estatutos sociales, a través de las cuales se protegen los derechos de los asociados en igualdad de condiciones y de cuya observancia pende la legalidad del acto y que aquella cumpla con la finalidad propuesta, independientemente de cualquier otra consideración.

Ahora bien, en el caso planteado se tiene que en los estatutos de una sociedad anónima, se estipuló lo siguiente en torno a la emisión de acciones y aprobación del reglamento de colocación respectivo:

"Artículo 56.- Las funciones de la Asamblea General de Accionistas son las siguientes:

(...)

15. Autorizar la emisión de acciones y expedir el reglamento de suscripción de ellas". (Subraya el Despacho).

"Artículo 87.- Funciones de la Junta Directiva. La Junta Directiva de forma conjunta podrá ordenar que se ejecuten todos los actos y contratos sociales que no sean del alcance de la Asamblea de Accionistas, o que correspondiéndole, ésta se los haya delegado a la junta. Entre tales facultades están las siguientes:

(...)

14. Diseñar el modelo de reglamento de suscripción de acciones en reserva". (El llamado por fuera del texto original).

"Artículo 140.- Reglamentación con respecto a las acciones emitidas. **Competerá a la junta directiva expedir la reglamentación aplicable a la suscripción de las acciones reservadas, ordinarias y de capital, que ellas emitan. Cuando se dicte la reglamentación, se dará cumplimiento a las prescripciones legales del caso y se respetará el derecho preferencial de suscripción a favor de quienes sean accionistas al momento de aprobación del reglamento;** este derecho será proporcional a las acciones que posean en ese momento. Si alguno de los accionistas no ejerce este derecho, quienes podrán suscribir las correspondientes acciones no colocadas a prorrata de las que posean. Por consiguiente, los extraños sólo podrán suscribir acciones cuando se hayan agotado las dos opciones anteriores. Sin embargo, la Asamblea General de Accionistas podrá disponer que determinada emisión de acciones ordinarias y de capital sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, siempre que lo haga con lo mayoría exigida por la ley para tal efecto". (Las negrillas son nuestras).

Del análisis de las disposiciones descritas, se infiere que existen dos normas estatutarias que regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho o un mismo asunto, cual es el de aprobar el reglamento de colocación de acciones en reserva, de modo incompatible entre sí, y por ende, es necesario establecer cuál de las dos norma se aplica para el efecto.

Para resolver el problema planteado, nos remitimos al artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que consagra que cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2ª) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior.

Como se puede apreciar, la ley ha establecido tres criterios sucesivos para la determinación de la norma aplicable: a) **la jerarquía** (norma de rango superior prima sobre la de rango inferior; b) **la especialidad** (norma especial prima sobre la norma general); y c) **la temporalidad** (norma posterior prima sobre la norma anterior).

En el caso en estudio, se tiene que al existir dos normas que regulan un mismo asunto, cual es la aprobación del reglamento de colocación y suscripción de acciones en reserva, una que radica dicha facultad en la asamblea general de accionistas (artículo 56), y otra, que le confiere dicha atribución a la junta directiva (artículo 140), **es procedente aplicar el criterio de la especialidad, esto que prima ésta última disposición estatutaria sobre la primera, máxime si se tiene en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 385 del Código de Comercio, le compete a la junta directa aprobar el reglamento de suscripción de acciones**, a excepción, se reitera, de las acciones privilegiadas y de goce, cuya emisión y colocación está en cabeza de la asamblea general de accionistas.

En los anteriores términos, damos respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance del artículo 28 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.