OFICIO 220-180929 DEL 05 DE NOVIEMBRE DE 2014

REF: RADICACIÓN 2014-01-436646 24/09/2014

REF: LÍMITES DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES (ART. 407 CÓD. DE CO.)

En atención a su comunicación radicada bajo el No. de la referencia, me permito manifestarte que la respuesta a su pregunta es negativa. Tratándose de sociedades del tipo de las anónimas, no es viable, ni legal, en sus palabras, consagrar en los estatutos el derecho de admisión para la participación de un nuevo cesionario, condicionando su ingreso a la aprobación de la asamblea general de accionistas, con un porcentaje de votación favorable.

En efecto, así lo ha considerado de tiempo atrás la doctrina de esta Superintendencia al examinar las disposiciones que la legislación mercantil establece en la materia, tal y como se explica en los diversos pronunciamientos que ha emitido en torno al tema, entre ellos en el Oficio 220-048202 abril 28 de 2011, que se refirió precisamente a la improcedencia de cláusulas estatutarias de esa índole.

(...)

“1(...) en primer lugar se tiene que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 379, numeral 3, en concordancia con el 403 del Código de Comercio, las acciones son libremente negociables, salvo que de manera expresa se consagre el derecho de preferencia a favor de la sociedad, de los accionistas, o de ambos.

En concordancia con los anteriores, el artículo 407 ídem, establece que si en el contrato social se estipula el derecho de preferencia en la negociación de acciones, es preciso indicar”....los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad y los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados.... Y al final agrega que “No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma”.

(Subraya fuera del texto)

2. El derecho de preferencia es eminentemente contractual y en virtud del mismo, determinada persona o grupo de personas, tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico. Al respecto, los doctores Luis A. Gómez y Néstor Humberto Martínez Neira en su obra “Asamblea General de Accionistas”, afirman que “la característica más importante del derecho de preferencia es ser abstracto y referido a todos los accionistas pero no materializado en cabeza de ninguno de ellos y propio de la naturaleza del contrato de sociedad anónima y no de la esencia del mismo” (Página 55).

“...esta Entidad se ha pronunciado, señalando que el derecho de preferencia “...es un elemento accidental en relación con el contrato que da origen a la sociedad y por consiguiente, si no está expresamente pactado no tiene ocurrencia, pero al igual que

cuando opera por disposición legal, cuando convencionalmente se pacta se convierte en regla, con el fin obviamente de que surta todos los efectos que de él se derivan y se cumplan estrictamente las obligaciones que el mismo impone, teniendo en cuenta además que de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, las cláusulas del contrato legalmente celebrado constituyen ley para las partes, esto es que los socios se obligan a cumplir las previsiones contenidas en sus estatutos....” (Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1997-Superintendencia de Sociedades, página 30).

Ahora, si bien es cierto las cláusulas del contrato se convierten en regla para las partes, no lo es menos que éstas aplican siempre que no contravengan normas legales imperativas, como el artículo 407 ibídem, que consagra las reglas a cuyo amparo se ejerce el derecho de preferencia, máxime cuando su mismo texto advierte que “...No surtirá efecto la estipulación que contraviniera la presente norma.

Recapitulando es claro que la estipulación del derecho aludido, se traduce en una obligación para los accionistas que pretendan vender todas o parte de sus acciones, de ofrecerlas en primer lugar a la sociedad, a los restantes accionistas o a ambos, según se hubiere convenido, quienes podrán decidir en últimas si aceptan o no la oferta en ejercicio de la facultad que les asiste de adquirir con exclusión de extraños la acciones colocadas en venta.

A su vez es claro que si en esas circunstancias los beneficiarios no hacen uso del derecho de preferencia, el oferente queda en plena libertad de ofrecer las acciones puestas en venta a personas extrañas a la compañía, quienes podrán adquirir las que estimen pertinentes, teniendo en cuenta que en tal caso la operación será procedente cuando así lo determinen discrecionalmente el vendedor y comprador, pues se trata de un acuerdo en el que no intervienen ni el máximo órgano social, ni la junta directiva de la compañía ya que son terceros ajenos por completo al negocio jurídico a celebrar.

Con fundamento en lo anterior (...) debe colegirse en concepto de este Despacho que no se ajustan a derecho estipulaciones que como las descritas, distorsionen el procedimiento para la enajenación de acciones, en el entendido que contraviene disposiciones imperativas como el artículo 407 del Código de Comercio”.

(...)

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los alcances señalados en el artículo 28 del C.C.A., no sin antes advertir que en la P.WEB. es posible consultar entre otros, los conceptos que la entidad emite sobre los temas de su competencia.