

Oficio 220-025815 Del 30 de Abril de 2012

Radicación: 2012-01-069557.

Alcance de la inclusión del D° de preferencia en el control social

Me refiero a su escrito, remitido a esta Entidad a través del Web master de la Entidad, radicado con el número 2012-01-069557, mediante el cual consulta, ¿si siendo socio de una o mas empresas, puede decidir que su cuota accionaria esté a nombre de su esposa o de su hija mayor?, ¿si alguno de los socios puede decidir que no? aunque en los estatutos se encuentre pactado el derecho de preferencia, ya que en realidad no se encuentra vendiendo realmente, sino dejando las acciones a nombre de sus familiares, preguntando en conclusión, si puede hacerlo.

Sobre el particular, y antes de emitir cualquier pronunciamiento es necesario precisar, que los conceptos que la Superintendencia emite en atención a las consultas formuladas sobre las materias de su competencia, tienen sentido general y abstracto y en esa medida no tiene carácter vinculante, ni comprometen la responsabilidad de la misma.

Aclarado lo anterior, procede a continuación efectuar las consideraciones jurídicas que en concepto de este Despacho se impone analizar, pronunciamiento que de acuerdo con la información solicitada, se encuentra fundamentado en tres aspectos que deben ser tenidos en cuenta, para su posterior valoración y definición:

Para comenzar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 379, numeral 3º, 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.

Cláusula que es ley para quienes suscriben el contrato y que de alguna manera salvaguarda el derecho de asociación consagrado en la Carta Política, derecho constitucional que esta íntimamente ligado al principio que rige el derecho societario denominado El animus societatis o affectio societatis.

Concepto que define esta Superintendencia como un elemento esencial del contrato, en los siguientes términos: *El animus societatis o affectio societatis es la intención o propósito de colaboración de los asociados en la empresa común. Es un elemento esencial del contrato de sociedad sin el cual no puede hablarse de sociedad; lo más que puede formarse por las personas que exploten una misma empresa, es una simple comunidad.*

Esa característica del contrato de sociedad hace que sea además y, fundamentalmente "un contrato de colaboración" por cuanto los socios buscan el beneficio económico, de manera conjunta o lo que es lo mismo, colectivamente, De allí que para que el contrato de sociedad tenga validez jurídica sea indispensable la preexistencia, en cada uno de los contratantes, de una voluntad o intención de contraer, es decir, de "un animus societatis o affectio societatis". (Resolución número 00680, Abril 4 de 1973).

Por consiguiente, si quienes suscribieron el contrato social consienten en asociarse con otras personas, supone entonces que el derecho de preferencia pactado, salvaguarda de alguna manera esta potestad, cuando se agota el procedimiento que lo regula.

2. Bajo las consideraciones anotadas, si las partes involucradas en el contrato, desde el principio consienten en asociarse, lo mas lógico, es que al estipularse el derecho de preferencia, el accionista interesado en ceder su participación, ofrezca en primer orden su participación, a quienes de acuerdo con la cláusula son beneficiarios de preferencia para su adquisición, artículo (artículo 407 del Código de Comercio).

3. De otra parte, cabe advertir que la posibilidad de donar las acciones, no exime a quien las enajena, de la obligación atender el procedimiento previsto en los estatutos para llevar a cabo la negociación, presupuesto que de suyo implica ofrecerlas previamente a la sociedad y a los demás accionistas (artículo 407 ibídem) (Oficio 220-67664 de 30 de diciembre de 2004).

En conclusión, cualquier negociación que altere o desconozca el derecho de preferencia pactado, contraviene el contrato social y por ende de acuerdo con el artículo 416 del Código de Comercio, la sociedad podrá negarse a hacer la inscripción de la operación, en el libro de registro de acciones.

Para mayor información e ilustración sobre éste y otros temas societarios, se sugiere consultar la página de Internet (www.supersociedades.gov.co) o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.

En los anteriores términos ha sido resuelta su consulta, no sin antes manifestarle que la misma fue tramitada dentro del plazo legal y con los efectos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.