

OFICIO 220-031228 DEL 25 DE FEBRERO DE 2014

REF: CONDICIONES EN QUE SE EJERCE EL DERECHO CONTRACTUAL DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.

Me refiero a su comunicación radicada bajo el No. 2014-01-000521 mediante la cual describe de una parte, los términos como en los estatutos de una sociedad "X" se halla pactado el derecho de preferencia en la enajenación de acciones y de otra, la composición accionaria de la misma, para luego formular una serie de preguntas en torno a la situación que se presentaría con ocasión de la eventual formulación de venta de la participación por parte de uno de los accionistas y, las condiciones en que se habrían de negociar en ese evento las acciones, teniendo en cuenta que solamente uno de los destinatarios habría manifestado su aceptación a la oferta.

Se trata de determinar en últimas si en esas circunstancias, el único aceptante puede ejercer el derecho de preferencia por la totalidad de las acciones, es decir, adquirir no solo las que proporcionalmente le corresponden, sino "acrecer su derecho hasta el 100%" o, si por el contrario el oferente puede enajenar libremente el resto de las acciones a favor de terceros.

Atendiendo que la inquietud objeto de su solicitud gira en torno a temas sobre los que esta Entidad en extenso se ha pronunciado anteriormente, bastaría para sus fines ingresar a la P.Web: www.superociedades.gov.co donde es posible acceder entre otros a los conceptos jurídicos que la misma emite sobre los asuntos que son materia de la legislación mercantil, como los relativos precisamente a la negociación de acciones que contractualmente esté sujeta al derecho de preferencia. De éstos claramente se concluye que cuando los beneficiarios después de que la oferta les ha sido formulada, no manifiestan interés en adquirir las acciones que les correspondan en función de su participación porcentual, el oferente salvo estipulación expresa en contrario, queda en libertad de escoger a su discreción la persona a quien decida venderlas, bien que sea otro accionista o un tercero, sin que el hecho de que alguno de los coasociados acepte adquirir el porcentaje de las acciones que le correspondan, comporte per se un derecho de acrecimiento en su favor, pues no son esos los alcances del derecho de preferencia.

Sin perjuicio de lo anterior a título meramente ilustrativo es oportuno efectuar una somera síntesis de las consideraciones de orden jurídico que sustentan el criterio de la Superintendencia en el tema de la enajenación de acciones y el ejercicio del derecho de preferencia, cuya estructuración jurídica es necesario conocer para comprender sus implicaciones.

Así se ha puesto de relieve que éste (el de preferencia) es en términos generales, el derecho en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico y en el caso concreto de la negociación de acciones, es aquel de que gozan los asociados a que se les prefiera antes que a un tercero para dicha negociación.

En consecuencia, cuando el derecho de preferencia opera, cualquier asociado que pretenda enajenar total o parcialmente sus partes alícuotas, debe ofrecerlas a sus beneficiarios, bien sean éstos la sociedad, los demás asociados o ambos, para que sean ellos en primer lugar quienes tengan la posibilidad de adquirirlas, de manera que sólo si éstos manifiestan expresa o tácitamente su desinterés por todas o algunas, puedan ser adquiridas por terceros.

Ahora bien, la alusión a un negocio jurídico, supone aquel que se celebra como resultado de una oferta, sujeta tanto a los plazos y condiciones previstos en los estatutos, como a la estructura jurídica que gobierna la oferta o propuesta, lo que de consiguiente remite a los requisitos generales establecidos en los artículos 845 y siguientes del Código citado.

De acuerdo con la disposición referida, la oferta o propuesta del proyecto de negocio jurídico debe contener los elementos esenciales del mismo y ser comunicada al destinatario; a su vez el artículo 407 ibidem, establece que los plazos y condiciones se someterán a los estatutos, pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados, o en su defecto por peritos designados por la respectiva superintendencia, advertencia expresa de que no surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la citada norma.

Así se tiene que es el enajenante, quien deberá señalar claramente en la oferta el valor de su acción y la forma como espera que sea cancelado su precio, lo que supone según los términos del artículo 855 idem, que cualquier modificación a la misma significa que es otro el negocio jurídico ofrecido.

En todo caso y para los fines de que se trata, es preciso enfatizar que de la oferta de venta de acciones sujeta al derecho de preferencia, no se deriva per se ninguna obligación adicional o diferente para el oferente, ni derecho para los destinatarios, que impliquen la necesidad de implementar mecanismos tendientes a garantizar la celebración del negocio entre accionistas, excepto se repite, la obligación que en ese evento se impone de formular la oferta con sujeción a los plazos y las condiciones que los estatutos sociales establezcan en orden a posibilitar que los beneficiarios adquieran en primera instancia las acciones que se hayan de enajenar.

Consecuente con lo expuesto se habrá de tener en cuenta que después de surtido el procedimiento que de conformidad con los estatutos comporte el derecho de preferencia, sin que los destinatarios de la oferta hayan aceptado adquirir las acciones que les corresponde o, cuando las aceptaciones recibidas no cobijen todas las acciones ofrecidas, el propietario quedará en libertad de venderlas a un tercero que puede ser o no coasociado, siempre que éste las acepte en las mismas condiciones que fueron inicialmente propuestas a los accionistas, (o a la sociedad y a éstos, cuando haya lugar a ello).

A ese respecto el criterio reiterado de este Despacho expresa:

“...el derecho de preferencia en la negociación de acciones se radica en cabeza de los asociados una vez realizada una oferta, al formularse la propuesta de un contrato que

contiene todos los elementos del negocio que se pretende realizar. Si alguno de éstos varía, ya no es la misma oferta, y hacer una diferente implica activar nuevamente en cabeza de los consocios la facultad de aceptarla o desestimarla, y con lo cual desplazarían cualquier intento de un tercero de hacer parte de la compañía, quien tendría que esperar el desinterés de los primeros llamados prioritariamente a aceptarla" (oficio 220-22749 del 18 de marzo de 1999)

Por consiguiente, cuando el ofrecimiento no es aceptado por los beneficiarios (...) y hay un tercero interesado en comprar las acciones ofrecidas pero, a un precio diferente, se está en presencia de una variación de las condiciones o una aceptación condicionada, por lo cual habrá de considerarse ésta como una nueva propuesta a la luz del citado artículo 855.

En este orden de ideas, este Despacho ha concluido que "...el asociado que pretenda vender sus acciones, únicamente queda en completa libertad de venderlas a un tercero, siempre que éste las acepte en las mismas condiciones propuestas a los accionistas, (o a la sociedad y a éstos, cuando haya lugar a ello.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes advertir que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual no tiene carácter vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.