

Oficio 220-037730 del 31 de julio de 2007

Asunto: Derecho de preferencia frente a las operaciones de adquisición

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2007-01-132557, por medio del cual eleva una consulta relacionada con la aplicación del derecho de preferencia en un proceso de adquisición de una sociedad en comandita por parte de una sociedad anónima (c), en donde aquella es accionista en una sociedad anónima (b) que contempla en sus estatutos sociales el derecho de preferencia en la enajenación de acciones.

Sobre el particular, y en aras de una mayor claridad a su consulta, este Despacho procede a dar respuesta a la misma, bajo el supuesto de que en el caso planteado se está en presencia de alguna de las siguientes situaciones:

Una fusión por absorción en la que la sociedad en comandita es absorbida por la sociedad anónima (c).

Una adquisición de la mayoría de las participaciones de capital de la sociedad en comandita por parte de la sociedad anónima (c).

Una adquisición de la totalidad de los activos de la sociedad en comandita por parte de la sociedad anónima (c).

Teniendo en cuenta las hipótesis antes señaladas, es preciso entonces analizar cómo opera el derecho de preferencia en cada una de ellas.

1.- FUSIÓN POR ABSORCIÓN FRENTE AL DERECHO DE PREFERENCIA

Como operación de reorganización empresarial que comporta la fusión, la misma genera una serie de efectos jurídicos y económicos entre los que puede citarse el relativo a la transferencia en bloque de la totalidad de los activos de la sociedad o sociedades absorbidas a favor de la sociedad absorbente, lo que significa que se trata de una transferencia a título universal de los bienes, por lo que no se requiere de una multiplicidad de actos jurídicos para llevar a cabo el traspaso de los activos de la sociedad fusionada.

La mencionada característica trae como consecuencia que si dentro de los activos de la sociedad absorbida figuran participaciones de capital en otras compañías, tales participaciones se transfieren a la sociedad absorbente por el solo hecho de la fusión (artículo 178 C.Co), y sin necesidad de adelantar el procedimiento de derecho de preferencia pactado en los estatutos de las sociedades receptoras de la inversión, toda vez que si así fuera se estarían creando requisitos y exigencias al proceso de fusión no contemplados en la ley.

A este respecto resulta conveniente traer a colación lo que sobre el particular ha manifestado la Superintendencia de Sociedades:

"...no se requiere dar cumplimiento a los requisitos previstos para este derecho [de preferencia], en atención a que la transferencia que se realiza por virtud de la fusión, no es una operación individualmente considerada, que pueda estar sujeta a los mecanismos que restringen la negociación en procura de que el socio mantenga estable su participación porcentual en el capital social, ora en razón del elemento intuitu persone, sino que es consecuencia de un acto jurídico de carácter universal que impone la transmisión de todos y cada uno de los derechos de los cuales es titular la sociedad absorbida. [...] Las acciones no pasan de la sociedad absorbida a la absorbente como un acto aislado que tiene como fin sustituirla únicamente en el derecho de dominio que ejerce sobre las acciones (operación esta que implicaría el cumplimiento de una serie de requisitos para posibilitar inversión semejante), sino que se trata de una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida a la absorbente, quien la sustituye en todas las relaciones jurídicas de que es titular, lo cual resulta elemental si se toma en cuenta que aquella sociedad con ocasión de la fusión desaparece" (oficio 220-43828, de julio de 1998).

Conforme con lo anterior, en el caso de la fusión por absorción, en donde la sociedad en comandita como absorbida traspasa la totalidad de sus activos a la sociedad absorbente (sociedad anónima c), entre los que se encuentran las acciones que aquella posee en el capital de la sociedad anónima (b), no se hace necesario dar cumplimiento al procedimiento de derecho de preferencia consagrado en los estatutos de esta última.

2.- ADQUISICIÓN SIGNIFICATIVA DE PARTICIPACIONES DE CAPITAL DE UNA SOCIEDAD FRENTE AL DERECHO DE PREFERENCIA

Cuando se está en presencia de una adquisición por parte de una persona jurídica de la mayoría de las participaciones de capital de una sociedad de cuyos activos hacen parte acciones en otra compañía, el procedimiento de derecho de preferencia que esté