

OFICIO 220-152295 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 2015

Ref.: DERECHO DE PREFERENCIA VENTA DE ACCIONES ACCIONISTA FALLECIDO - Radicación 2015-01-400085.

Aviso recibo de su comunicación radicada en este Despacho con el número de la referencia, mediante la cual formula una consulta acerca del procedimiento que se habría de seguir en el evento que en los estatutos de una sociedad anónima, otorguen derecho a los accionistas para adquirir preferencialmente las acciones de otro accionista que ha fallecido.

Antes que entrar a resolver puntualmente las inquietudes planteadas, es importante advertir que los conceptos que la Superintendencia emite en atención al derecho de petición en a la modalidad de consulta, expresan una opinión general sobre las materias de su competencia y en esa medida no tiene carácter vinculante, ni comprometen la responsabilidad de la misma.

Bajo ese presupuesto, sea lo primero precisar, que en una sociedad anónima no resulta viable que los accionistas en ejercicio del derecho preferencia pactado en los estatutos, puedan acceder a las acciones del socio fallecido, desconociendo las reglas de orden sucesoral de aplicación imperativa, por lo que no existe un procedimiento aplicable a este fin.

A este propósito, es pertinente traer las consideraciones jurídicas, expuestas en el oficio 220-068604 del 5 de junio de 2011, donde este Despacho se pronunció sobre el particular:

(“...”)

“Otro tema relevante frente al derecho de preferencia está en las transacciones de acciones, cuando se liquidan sociedades conyugales o se transfieren por causa de muerte, ya que en dichos asuntos no impera la voluntad del accionista en la transferencia, pues en el caso de la sucesión el propietario ha fallecido y sus acciones o cuotas sociales, de conformidad con las normas sucesorales del Código Civil, deben transferirse a sus herederos y sobre ese derecho de los herederos, la sociedad y los demás accionistas o socios no pueden oponerse o pretender exigir el cumplimiento del derecho de preferencia (subraya fuera del texto).

Igual sucede con el divorcio, que puede ser forzoso o voluntario, pero la liquidación del patrimonio que también puede ser forzosa o voluntaria, a quien finalmente se le adjudique las acciones o cuotas sociales, no está supeditado al derecho de preferencia.

Por lo anterior, el criterio que debe aplicarse, es el de la voluntariedad del acto en la negociación, ya que si la transferencia es voluntaria, siempre deberá estarse a lo resuelto en el derecho de preferencia, claro está desde que se encuentre pactado, por el contrario si la transferencia se da por ministerio de ley, será una norma exceptiva para no aplicar el derecho de preferencia, como es el caso de las sucesiones y las liquidaciones de sociedad conyugal.”

Distinto sería el evento en que los estatutos de la sociedad consagren el derecho de preferencia en la negociación de acciones y quienes decidan vender los derechos sobre las acciones, sean los herederos del accionista, opción que procede según lo ha manifestado este Despacho, entre otros mediante oficio 220-022469 del 15 de abril de 2012, cuyos apartes viene al caso transcribir a continuación:

“...En lo que se refiere a la posibilidad que el heredero de un accionista fallecido ceda la totalidad o parte de sus derechos hereditarios pretendiendo ceder así la condición de accionista del causante en una sociedad en la cual se ha pactado el derecho de preferencia para la negociación de las acciones, entiende esta oficina que tal operación resulta perfectamente viable, siempre que una vez adjudicada la a participación accionaria dentro del proceso sucesorio y previamente a la inscripción de tal adjudicación en el Libro de Registro de accionistas, respecto de la parte accionaria cedida por el heredero se surta el procedimiento estatutaria o legalmente establecido para agotar la posibilidad con que cuentan los demás accionistas para acceder con preferencia a la propiedad de las acciones.

Lo anterior encuentra sustento en la primacía del derecho de preferencia que la ley ha fijado respecto de los accionistas de una compañía quienes, optando por un tipo de sociedad cerrada, prefirieron restringir la libre negociación de su participación accionaria a través del establecimiento en el contrato social del derecho de preferencia, concediéndoles a éstos la posibilidad de adquirir la propiedad de las acciones, antes que terceros ajenos a la misma, en los eventos que alguno de los accionistas manifieste su intención de negociarlas, facultad a que alude el artículo 407 del Código de Comercio, así como el numeral 2) del artículo 403 del mismo ordenamiento cuando establece como excepción a la libre negociación de las acciones el establecimiento en los estatutos del derecho de preferencia citado.

Prueba adicional de lo manifestado resulta ser el mandato establecido en el artículo 414 ídem, el cual, frente a los casos de embargo y venta forzada de acciones, privilegia a la sociedad y a los accionistas para la adquisición de las acciones embargadas en los eventos que se presuma o se haya pactado el derecho de preferencia en la negociación de las mismas.

Así, si bien la adjudicación (por causa de muerte, por venta forzada o por liquidación de la sociedad conyugal), así como la negociación voluntaria, resultan ser los medios para la adquisición de participación en el capital social de una compañía, en el evento que una sociedad anónima disponga en sus estatutos el aludido derecho de preferencia, debe, en cualquier caso, surtirse el procedimiento establecido para agotarlo, so pena de viciar la propiedad sobre las acciones de quien las adquiere obviándolo.

De otra parte, respecto de su inquietud relacionada con el procedimiento para que los herederos den cuenta de la cesión de sus derechos hereditarios a la compañía, con base en lo dispuesto tanto en el parágrafo del artículo 406 ídem, como en el artículo 409 íbidem considera esta oficina que bastará que una vez sea protocolizada la providencia o el acto de partición expedidos dentro del proceso o trámite sucesorio, copia auténtica de la escritura pública, junto con un escrito dirigido a la sociedad, el heredero adjudicatario de las acciones quien cedió sus derechos hereditarios sobre las mismas, informe de tal cesión con el fin de que el representante legal de curso al procedimiento establecido estatutaria o legalmente para agotar el derecho de preferencia en mención.

Agotado el procedimiento en cita, en el evento que haya lugar al reconocimiento del adjudicatario de las acciones como nuevo accionista de la compañía, el representante legal procederá a inscribirlo en el Libro de Registro de Accionistas, anulando a su vez el título correspondiente a las acciones adjudicadas que venía representándolas previamente a la adjudicación y expidiendo otro título a nombre del nuevo accionista.”

Por su parte, en el caso de las SAS hay que tener en cuenta que en materia de retiro o ingreso de socios, la ley 1258 de 2008 que las regula, no contempló norma específica que impida la adopción de reglas que limiten o prohíban el ingreso de terceros como socios; por el contrario, de manera expresa consagra la posibilidad de restringir la venta de acciones hasta por un término de diez años prorrogable por un lapso igual (art. 13), de someter a la autorización previa de la Asamblea cualquier negociación (art. 39) o, de establecer supuestos de exclusión de socios (art.39), todo lo cual indica más bien que su espíritu se orienta a permitir cláusulas que reserven la admisión de terceros.

En síntesis, la regla general para las sociedades de este tipo implica que es posible restringir la transferencia de acciones, de sujetarla a la autorización la asamblea general de accionistas o, al derecho de preferencia, a más de la posibilidad de crear diversas clase de acciones cuyas atribuciones estén dadas exclusivamente a un titular específico de ellas, es decir, pactar que en caso de

venta o fallecimiento del titular de dichas acciones, las acciones pierdan su naturaleza y se conviertan en acciones ordinarias de manera automática (art 10).

Para mayor ilustración cabe señalar desde la expedición de la Ley 1258 de 2008 esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones se ha dado a la tarea de estudiar e interpretar los alcances de las normas que regulan la creación, funcionamiento y extinción de estos nuevos sujetos destinatarios de la legislación jurídica mercantil, en desarrollo de lo cual ha proferido a esta altura una cantidad de conceptos que expresan su criterio sobre temas diversos, todos los cuales son divulgados y pueden ser consultados directamente a través de su P. WEB.

En los anteriores términos su solicitud se ha atendido no sin antes advertir que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.