

OFICIO 220- 230503 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023

ASUNTO DONACIÓN DE ACCIONES – DERECHO DE PREFERENCIA

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, en la cual realiza una consideración relacionada con la donación de unas acciones, para posteriormente plantear una inquietud:

“Consideración

“El conocido derecho de preferencia, como elemento accidental en el contrato social, una vez pactado expresamente, produce plenos efectos entre los miembros de la sociedad. Bajo el supuesto de que un accionista NO desea ser miembro de esa sociedad, y la Asamblea General de Accionistas no le permita al accionista enajenar sus acciones para con un tercero, ¿sería viable que el accionista DONE, ya sea a la misma sociedad o a sus accionistas (a prorrata de la participación en el capital) esas acciones? ¿Podría la sociedad, o alguno de los accionistas, oponerse de recibir a título gratuito las acciones del accionista en cuestión?”

Con base en lo anterior, plantea la siguiente inquietud:

“¿Está obligada una sociedad comercial (S.A.S.) a readquirir las acciones que un accionista desea DONAR a la misma sociedad o a sus accionistas, siempre que esas acciones se hallen totalmente liberadas, atendiendo a la máxima general del derecho, consistente en que “nadie está obligado a permanecer en indivisión”?

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a estudiar su inquietud, conforme las normas legales vigentes sobre la materia y la realización de las siguientes consideraciones,

advirtiéndole que, toda vez que el caso al que se refiere su consulta es particular, la entidad no se referirá concretamente al mismo y, en consecuencia, la respuesta que en este escrito se emita se realiza en términos generales y abstractos, más no referida a un caso particular.

Entrando en materia, y toda vez que su consulta se centra sobre la decisión de una accionista de donar las acciones que tiene en una sociedad por acciones simplificada regulada por la Ley 1258 de 2008¹, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

Partimos de la base que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por un consentimiento mutuo o por causas legales". Con base en esta norma, vemos como la ley reconoce en las personas la autonomía contractual.

En ejercicio de la voluntad privada, las personas pueden constituir una sociedad o con posterioridad entrar a formar parte de su capital social, independientemente del tipo societario adoptado.

Ahora bien, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada, las personas pueden autorregular sus propios intereses económicos, uno o varios asociados en un momento determinado pueden decidir despojarse de un número determinado de acciones o de la totalidad de ellas, en este último caso, con el consecuente retiro de la compañía.

Para que lo anterior tenga efectos, dependiendo de la clase de sociedad que sea, bien puede proceder a ceder sus partes de interés o cuotas sociales, vender sus acciones o donar parte o la totalidad de su participación en la sociedad.

Visto lo anterior y toda vez que la consulta realizada se centra en la donación de acciones en una sociedad por acciones simplificada, debemos hacer referencia a algunos artículos de la Ley 1258 citada, como lo son, entre otros, el de la negociación de acciones, la organización de la sociedad y la remisión que en la misma ley se hace a las normas que gobiernan a la sociedad anónima y en su defecto a las normas que rigen a las sociedades en general.

Por lo tanto, a continuación, se transcriben los siguientes artículos:

“(…)

Artículo 13. Restricciones a la negociación de acciones. En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años,

¹ COLOMBIA. Ley 1258 (5 de diciembre de 2008) “Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada

contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas. Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a que alude este artículo. Artículo 14. Autorización para la transferencia de acciones. Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea.

Artículo 15. Violación de las restricciones a la negociación. Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.

(...)

Artículo 17. Organización de la sociedad. En los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal.

Parágrafo. Durante el tiempo en que la sociedad cuente con un solo accionista, este podrá ejercer las atribuciones que la ley les confiere a los diversos órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluidas las del representante legal.

(...)

Artículo 24. Acuerdos de accionistas. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

Parágrafo 1 °. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

Parágrafo 2 °. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

(...)

Artículo 45. Remisión. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.

(...)"

Tenemos que el artículo 45 de la ley citada, es claro y concreto en señalar que, en lo no previsto en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada, se hace necesario acudir a las disposiciones que gobiernan a la sociedad anónima.

En este sentido, con relación a la donación de acciones por parte de los accionistas en una sociedad anónima, en la cual se encuentra estipulado el derecho de preferencia, esta entidad en el Oficio 220-038831² afirmó lo siguiente:

“... se solicita concepto sobre la viabilidad del derecho de preferencia en la donación de acciones, como se dispuso en la cláusula de los estatutos sociales expuesta en el escrito.

Sobre el particular se debe señalar al respecto que el derecho de preferencia es absoluto, una vez pactado en los estatutos, es decir que cualquier proceso de negociación y tradición de las acciones está sujeto al mismo, como ya se ha reiterado por esta entidad:

(...) Libre Negociación de las Acciones.

Las acciones, en principio son libremente negociables, salvo que de manera expresa

² COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Oficio 220-038831 (3 de mayo de 2019). Asunto: Derecho de Preferencia en la donación de acciones. Consultado el 08/09/2023).

se consagre el Derecho de Preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas o de terceros, como de manera clara lo establece el numeral 3 del artículo 379 del Código de Comercio.

Igualmente, el artículo 403 de la obra mencionada, consagra que "Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes: ... 3) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia." El derecho de preferencia o de opción, se traduce en la facultad que asiste a los actuales accionistas de una sociedad de adquirir con exclusión de extraños, las acciones que sean ofrecidas o bien por la sociedad o por los mismos accionistas.

Es por lo anterior que esta Superintendencia considera que una vez consagrado de manera estatutaria el derecho de preferencia en la negociación de acciones, este abarca en su totalidad cualquier enajenación de acciones que se lleve a cabo, sin tener en cuenta la modalidad escogida, como sería el caso de una donación.

Sobre el particular, esta Entidad ha manifestado lo siguiente: "En este punto es necesario llamar la atención, pues basta para entender que es expresa y manifiesta la consagración del derecho de preferencia en toda su extensión, la estipulación en virtud de la cual se sujeta al mismo la venta de las acciones".

(...)

"Desentrañando como corresponde al sentido de las cláusulas y delimitando su alcance y contenido según la finalidad que la motiva, resulta evidente, por decir lo menos, que aun cuando se emplee el término venta, el derecho de preferencia que en esos términos se consagra abarca indistintamente la enajenación de acciones, cualquiera sea la modalidad en que se realiza (en nuestro caso la donación), con la única salvedad de los casos expresamente señalados por la ley". (Subrayado nuestro).

COROLARIO

En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, a juicio de este Despacho, debe concluirse que en una sociedad donde se encuentra consagrado el derecho de preferencia, para que un accionista pueda proceder a donar la totalidad o parte de sus acciones, es preciso que previamente a la operación todos y cada uno de los accionistas renuncien de manera expresa a la posibilidad de adquirir las acciones para poder llevar a cabo la operación propuesta.

Valga anotar que en los términos del artículo 416 del Código citado, en concordancia con el 406, la sociedad deberá abstenerse de efectuar la inscripción

correspondiente, cuando se hayan pretermitido las formalidades que para la negociación exijan los estatutos o la ley.” (Libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1997- Superintendencia de Sociedades, páginas 31 y 32).

(...)

La Donación Como Contrato.

La donación entre vivos llamada también irrevocable “es un contrato en que una de las partes se obliga a dar gratuitamente una cosa a la otra parte, sin que este se obligue a ninguna contraprestación” (Corte Suprema de Justicia Sentencia de junio de 1975).

Es por lo anterior que el artículo 1473 del Código Civil establece:

“En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este título, se seguirán las reglas generales de los contratos”. En consecuencia para la validez de un contrato de donación se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito; 4) que tenga una causa lícita.

Agrega la misma disposición en su inciso segundo: " La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra."

El precitado artículo enumera como requisitos generales, la capacidad legal, el consentimiento sano, el objeto lícito y la causa lícita, los que a su vez de acuerdo con el artículo 1740 ibídem pueden acarrear la nulidad absoluta o relativa del acto o contrato. Así, el artículo 1741 sanciona con la nulidad absoluta el objeto y la causa ilícitos, la omisión de algún requisito o formalidad exigido para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos o atendiendo a la incapacidad absoluta de quienes los realizan para finalmente señalar que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato...

(...)

(...) Ahora bien, en cuanto al deber de la sociedad de contar con utilidades líquidas para adelantar la negociación, en el caso que nos ocupa no es óbice para llevar a cabo la operación pues evidentemente no debe implicar erogación alguna para la sociedad por tratarse de una donación, es decir de una transferencia de acciones a título gratuito.

Como quiera que la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, el patrimonio de la compañía y el de sus accionistas no se confunden en uno solo. Por tal razón, las decisiones que ellos pretendan adoptar respecto de su propio patrimonio, no tienen que consultar los mismos fines sociales y, por ende, pueden apartarse de la finalidad de lucro que tiene la sociedad comercial.

Ahora, si la finalidad es establecer si los accionistas pueden enajenar a título gratuito o de donación las acciones que suscribieron, es pertinente indicar que ello es perfectamente viable, puesto que las acciones hacen parte del patrimonio individual, del cual puede disponer libremente, de suerte que resulta indiferente que la sociedad tenga ánimo de lucro.

Distinto es que en los estatutos se encuentra pactado el derecho de preferencia en la negociación de acciones, en cuyo caso tiene que ser respetado el procedimiento que éste comporta, aun cuando se trate de una donación. (...)

Ahora bien, en efecto no solo los estatutos señalados, sino el Código de Comercio mediante artículo 416 ha determinado que la sociedad no podrá negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, sino por orden de autoridad competente, o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requieran determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.

De conformidad con lo anterior, las acciones en el caso particular del derecho de preferencia pactado, tienen una limitación para su negociación, es decir que deben cumplir con un requisito para su tradición, entendida esta restricción o limitante para los socios en la libertad de su disposición de acuerdo con lo determinado en el artículo 407 del mismo Código de Comercio que señala que no surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera lo reglado acerca del derecho de preferencia.

Así las cosas, el artículo 897 del estatuto antes mencionado, indica que cuando en el Código se exprese que un acto no produce efecto, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, por lo cual en concordancia con lo determinado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y el artículo 200 del Código de Comercio, el administrador deberá abstenerse de realizar las inscripciones respectivas, en caso que el primer hecho mencionado se suscite, esto en atención a que los actos correspondientes que se suscribieron en contravención a la norma surte los efectos antes descritos y por tanto, no se podrá proceder a las inscripciones de los herederos o legatarios, sin el cumplimiento de los parámetros definidos en la legislación nacional para el derecho de preferencia pactado en los estatutos (...)"

Ubicados en el escenario anterior, se procede a dar contestación a su consulta en los siguientes términos:

Partimos de la base de que las acciones son libremente negociables salvo las excepciones consagradas en la ley. Ahora bien, de encontrarse pactado en los estatutos sociales el denominado derecho de preferencia, la oferta de enajenación de acciones debe realizarse en primer lugar a los demás accionistas y si ninguno manifiesta su interés en adquirir las acciones, sería posible su ofrecimiento a terceros.

Al respecto de la donación de acciones a la sociedad, esta Oficina se ha pronunciado así:

“Bajo ese entendido, frente al primer interrogante hay que estarse a las reglas sobre negociación de acciones previstas en los artículos 403 y SS del Código de Comercio y adicionalmente tener en cuenta si en los estatutos sociales está pactado el derecho de preferencia en la negociación, de suerte que si en tal caso éste se hubiere respetado con anterioridad a la donación pretenda efectuarse en favor de la compañía, no se advierte que exista razón legal que impida la donación de aquellas acciones que no fueron adquiridas por los demás accionistas después de haber tenido la oportunidad de hacerlo, lo que con mayor razón es viable si las acciones son libremente negociables.

Por consiguiente, para que la sociedad pueda readquirir sus propias acciones, deberán cumplirse las condiciones señaladas en el artículo 396 del Código de Comercio, esto es, que las acciones se hallen totalmente liberadas y que la asamblea consienta en ello. No se exigiría en tal caso el requisito que hace referencia a los fondos tomados de las utilidades líquidas para su readquisición, puesto que, por tratarse de una donación, estos no serían necesarios. Además, la mayoría requerida sería la que indica el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

En ese sentido ha concluido antes este Despacho al examinar el tema, como explican entre otros en los Oficios 220-19794 del 26 de marzo de 2003, 220-084306 del 17 de junio de 2009 y 220-092902 del 17 de octubre de 2012, el primero de los cuales trata en forma pormenorizada los presupuestos que determinan la procedencia de la operación en los siguientes términos:

“Conforme a la citada norma, para que opere la readquisición de acciones debe ponerse a consideración del máximo órgano social, en este caso la presunta donación de acciones, a fin de que con el quórum previsto en los estatutos o en la ley, adopte la respectiva decisión.”³.

³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-064205 (11 de mayo de 2016). Asunto: Readquisición de acciones por donación de accionistas a la sociedad y tratamiento de las acciones de goce o industria. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/Nk7gDIqBn95eDcW1fjQR>

Finalmente, es preciso tener en cuenta que no existe norma legal alguna que disponga que una sociedad o un asociado o los asociados de la misma, estén obligados a recibir las acciones que un accionista desee donarles.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y el aplicativo Tesauro.