

OFICIO 220-325457 DE 2 DE ENERO DE 2025

ASUNTO: DERECHO DE PREFERENCIA Y GARANTÍAS MOBILIARIAS

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta una consulta sobre las circunstancias que se presentan cuando en una sociedad se ha pactado estatutariamente el derecho de preferencia de sus acciones a favor de la compañía y posteriormente los socios acceden al otorgamiento de garantías mobiliarias sobre sus participaciones.

La consulta se plantea en los siguientes términos:

"Actualmente represento a la sociedad XXX S.A., la misma que en sus estatutos pactó derecho de preferencia a favor de la sociedad y sus asociados expresados en la escritura pública ya mencionada, con base en dicho derecho se han presentado varias dudas por parte de la gerencia sobre la aplicación y alcance del derecho referido en cuanto a la libre negociabilidad de las acciones de los diferentes socios y los derechos que tiene la sociedad sobre el mismo.

"De acuerdo a lo anterior respetuosamente procedo a elevar las siguientes consultas.

"1. Conforme al artículo 4º Limitaciones al ámbito de aplicación de la Ley 1676 de 2013, ¿Puede un socio en ejercicio de su autonomía constituir sus acciones como garantía mobiliaria, las cuales tienen pactado derecho de preferencia a favor de la sociedad y sus socios?

2. ¿De ser posible dicho acto debe el accionista agotar el derecho de preferencia antes de constituir sus acciones como garantía mobiliaria?

3. ¿De ser posible dicho acto jurídico, la sociedad en ejercicio del derecho de preferencia puede oponerse al contrato de prenda que realizare un accionista con otro o un tercero, es decir negarse a realizar el registro en el libro de accionistas de la constitución de la garantía mobiliaria? De no ser posible la oposición el contrato antes mencionado como puede hacer efectivo la sociedad el derecho de preferencia en los supuestos de los artículos 58, 60, 61, 62 y 63 de la ley 1676 de 2013."

En atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, 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 Superintendencia, se emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver ni a decidir situaciones de orden particular, ni constituye 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 el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Se propone en la petición que se estudia, un presunto conflicto normativo entre el derecho de preferencia pactado en los estatutos de una sociedad anónima y la preferencia que otorga al acreedor la constitución de garantías mobiliarias sobre las acciones, de suerte que la existencia del derecho de preferencia excluya a los asociados la posibilidad de constituir garantías mobiliarias sobre las acciones de las cuales son titulares.

La solución a la cuestión planteada se resuelve simplemente de la diferenciación que debe hacerse en relación con la naturaleza de una y otra institución jurídica.

Es así como el derecho de preferencia es una restricción a la libre negociación de acciones, que prohíbe la transferencia del derecho de dominio que tiene el titular, sin antes haberse ofrecido la venta a los asociados o a la sociedad.

La garantía mobiliaria,¹ por su parte, es un respaldo que ofrece el receptor de un crédito a su acreedor, para cubrir la eventualidad del incumplimiento con el pago prometido.

En tales condiciones, el acreedor con garantía mobiliaria sobre acciones, antes de constituirla, debe tener en cuenta las restricciones estatutarias que puedan existir a la libre negociación de acciones, que es oponible a terceros,² pues en caso de haberse pactado estatutariamente el derecho de preferencia, las garantías mobiliarias constituidas sobre las mismas, no podrán hacerse efectivas en caso de incumplimiento, a menos que se haya surtido y tramitado el derecho de preferencia a favor de los socios o la sociedad en cuyo beneficio haya sido constituido,³

Lo anterior, implica entonces que pueden constituirse garantías mobiliarias sobre acciones respecto de las cuales se encuentre pactado el derecho de preferencia, pero que el alcance de la garantía y la efectividad de los derechos otorgados en la misma se encuentra condicionado por los efectos jurídicos del derecho de preferencia, amparado en norma imperativa.⁴

Los efectos de las garantías mobiliarias con respecto al derecho de preferencia deberán ser establecidos **en cada caso concreto** conforme al alcance de los contratos y singularidades de garantías celebrados, sus características y circunstancias.

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1676 de 2013. "Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias." Disponible en

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html

² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220- 230503 (26 de septiembre de 2023). Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+++220-+230503+++26+DE+SEPTIEMBRE+DE+2023.pdf/4cee98eb-2cf9-05f2-64c1-f40721e8b4f0?version=1.0&t=1696339717569>

³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-032323 (28 de febrero de 2018). Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-032323+DE+2018.pdf/f2e3db54-db2a-e5fd-0345-39afd36ffb37?version=1.2&t=1670899524193>

⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-180929 (5 de noviembre de 2014). Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-180929.pdf/f49269ba-1f65-9ce9-c72a-897cb749b263?version=1.2&t=1670902692088>

A este propósito, corresponderá al acreedor con garantía inmobiliaria afrontar la contingencia de la reclamación, en caso de incumplimiento, en el entendido que el derecho de preferencia no fue modificado por la Ley de Garantías Mobiliarias y que, en consecuencia, **el acreedor garantizado no se convierte en titular de las acciones por el mero incumplimiento del deudor accionista.**⁵

Con base en los elementos brevemente reseñados se atienden puntualmente las preguntas formuladas:

"1. Conforme al artículo 4º Limitaciones al ámbito de aplicación de la Ley 1676 de 2013, ¿Puede un socio en ejercicio de su autonomía constituir sus acciones como garantía mobiliaria, las cuales tienen pactado derecho de preferencia a favor de la sociedad y sus socios?"

Como se indicó anteriormente, el titular de las acciones de la sociedad anónima, en cuyos estatutos se encuentre pactado el derecho de preferencia, puede gravar con garantías mobiliarias sus participaciones, sin que tal gravamen se encuentre dentro de las limitaciones al ámbito de aplicación del artículo 4º de la Ley 1676 de 2013.

2. ¿De ser posible dicho acto debe el accionista agotar el derecho de preferencia antes de constituir sus acciones como garantía mobiliaria?"

Según lo anotado en las consideraciones del estudio precedente, no existe restricción alguna para que un socio grave con garantías mobiliarias las acciones de las cuales es titular, aun cuando en los estatutos sociales se haya pactado el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los socios.

El derecho de preferencia solo se activa en el evento en que el asociado incumpla con sus obligaciones para con el acreedor prendario y este adelante la ejecución correspondiente, caso en el cual el acreedor prendario debe acreditar su legitimación para gestionar ante la sociedad, en el procedimiento de cobro que sea aplicable al caso concreto, la comunicación para que la sociedad o los asociados beneficiarios del derecho de preferencia, ejerzan la opción de adquirir las participaciones.

3. ¿De ser posible dicho acto jurídico, la sociedad en ejercicio del derecho de preferencia puede oponerse al contrato de prenda que realizare un

⁵ COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL. Decreto 1074 de 2015. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo". ARTÍCULO 2.2.2.4.2.30. Ejecución de la garantía según la naturaleza de los bienes en garantía. El acreedor garantizado ejecutará la garantía según la naturaleza del bien en garantía, así...2. En caso de bonos o acciones, ejerciendo los derechos sobre bienes muebles en garantía consistentes en bonos ordinarios o convertibles en acciones no negociados en el mercado público y acciones cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales no representadas por anotaciones en cuenta, incluyendo los derechos de reivindicación, derechos de cobro y derechos a percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos, así el garante no los ejerciera, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 69 de la Ley 1676 de 2013. Cuando el pago directo tenga lugar en relación con garantías mobiliarias constituidas sobre acciones, cuotas y partes de interés representativas de sociedades civiles y comerciales no representadas por anotaciones en cuenta, el acreedor garantizado deberá igualmente informar a la sociedad emisora al momento en que se avise al deudor o al garante acerca del inicio de la ejecución, a fin de observar el derecho de preferencia, para efectos de legalizar la transferencia de la propiedad con base en la ejecución de la garantía y ejercer los derechos propios de la calidad de socio o accionista."

accionista con otro o un tercero, es decir negarse a realizar el registro en el libro de accionistas de la constitución de la garantía mobiliaria? De no ser posible la oposición el contrato antes mencionado como puede hacer efectivo la sociedad el derecho de preferencia en los supuestos de los artículos 58, 60, 61, 62 y 63 de la ley 1676 de 2013.”

Conforme a las prevenciones que anteceden, ni la sociedad anónima, en cuyos estatutos se encuentre pactado derecho de preferencia, ni los socios, pueden oponerse a la constitución de garantías mobiliarias sobre las acciones que uno o más de los asociados decidan otorgar en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y en los términos de la Ley 1676 de 2013.

De otra parte, por mandato de los artículos 410 y 411 del Código de Comercio, las garantías mobiliarias sobre acciones deben inscribirse en el Libro de Registro de Accionistas.⁶

En cuanto al ejercicio del derecho de preferencia, debe ponerse de presente que su procedimiento se encuentra establecido en el artículo 407 del Código de Comercio y que, en concordancia con la Ley de Garantías Mobiliarias y sus decretos reglamentarios, el acreedor con garantía inmobiliaria para poder hacerla efectiva, debe acreditar su legitimidad y gestionar a través del procedimiento de cobro que corresponda noticia a la sociedad y a los socios, para que ejerzan su opción preferencial a adquirir las acciones comprometidas.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar la normatividad, la Circular Básica Jurídica, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta tecnológica Tesauro.

⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-151334 (3 de agosto de 2016). “...Así las cosas, si bien la prenda sobre las acciones debe ser inscrita en el registro de garantías mobiliarias, se hace necesario que la sociedad tome nota del gravamen en el libro de registro de accionistas, con el objeto de instrumentar las determinaciones contractuales respecto del ejercicio de la calidad de accionista. Para tal propósito, el accionista garante debe informar a la sociedad adjuntando el certificado expedido por el registro y dejar claro los derechos que incorpora el gravamen y que inciden directamente en las relaciones con la sociedad y los demás accionistas”. Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-151334.pdf/e33140e7-9030-b07a-1674-f40747f119c4?version=1.2&t=1670902342907>