

220-52478, agosto 14 de 2003

**Ref.: Derecho de preferencia en la negociación de acciones**

Se recibió su escrito radicado en esta Entidad con el número 2003-01-124364, a través del cual formula una consulta respecto del derecho de preferencia en la adquisición de acciones en los siguientes términos:

1. Naturaleza jurídica
2. Licitud de la misma y causales de ilicitud
3. Requisitos para la incorporación en los estatutos cuando no es fundacional
4. Requisitos para la eliminación
5. Contenido de la cláusula estatutaria

A fin de absolver sus inquietudes es oportuno manifestar, que en el entendido de que su consulta se refiere a la enajenación o negociación de acciones, orientaremos nuestras consideraciones al derecho de preferencia en esta clase de operación.

1.- Respecto de la naturaleza jurídica, tenemos que la esencia del derecho de preferencia en la negociación de acciones, está plasmada en el ordinal 3º del artículo 379 del Código de Comercio a través del cual el legislador de una parte, establece como principio la libre negociabilidad de las acciones y, de la otra, deja a la autonomía de la voluntad la **posibilidad de pactar** el derecho de preferencia en la negociación de acciones, de donde podemos deducir, que el mencionado derecho tiene naturaleza contractual pues para que pueda aplicarse es necesario que los accionistas así lo acuerden, bien sea al momento de la constitución o durante el transcurso de la vida social.

Así mismo, a fin de que dicha estipulación sea oponible a terceros y a la sociedad, debe hacer parte de los estatutos sociales de conformidad con lo previsto por el artículo 118 del Código de Comercio según el cual: Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, **ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas.**

En armonía con las anteriores normas el artículo 407 del Código de comercio que regula el procedimiento a seguir en la negociación de acciones respecto de las cuales exista derecho de preferencia, en lo pertinente dice: Si las acciones fueren nominativas **y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación**, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los socios podrán ejercerlo (...), lo cual corrobora que el pacto que adopte el derecho de preferencia debe, necesariamente, hacer parte de los estatutos sociales.

2.-En cuanto a la licitud de la cláusula y a las causales de ilicitud, debe estarse a las reglas relativas al objeto de la declaración de voluntad que en el caso del derecho de preferencia, radica en la **obligación de hacer la oferta** de las acciones con sujeción al derecho de preferencia, cuya licitud pende de que la cláusula se pacte conforme lo establece el legislador, es decir, que si bien es cierto pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad consagrar el pacto de preferencia, una vez acogido debe observarse en un todo lo previsto por el legislador para el efecto. A contrario sensu, la ilicitud en este caso provendría de un pacto de preferencia que fuera contrario a las normas que lo regulan y en el caso específico de la enajenación en los previstos en el artículo 1521 del Código Civil.

3.-Para incorporar el derecho de preferencia en la negociación de acciones en los estatutos, es necesario una reforma estatutaria a cuyo efecto el máximo órgano social debe adoptar la decisión con el lleno de requisitos legales y estatutarios del caso y posteriormente elevarla a escritura pública e inscribirla en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social (artículo 186 del Código de Comercio en concordancia con el 187, atribución 1ª y el artículo 158 ibidem).

**4.-Teniendo en cuenta que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, la supresión de la cláusula que consagra el derecho de preferencia en la negociación de acciones requiere de una reforma estatutaria en los términos anotados en el numeral que precede.**

5.-Tal como se desprende de lo manifestado a lo largo de este oficio, el contenido de la cláusula debe hacer referencia expresa al derecho de preferencia y al procedimiento a seguir para ejercer tal derecho, artículos 379, ordinal 3º del Código de comercio en concordancia con el artículo 407 ibidem.