

220-63317

Asunto: Negociación del derecho de preferencia en la suscripción de acciones.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el numero 464.541-0, por medio de la cual hace mención de un reglamento de colocación de acciones elaborado por la Junta Directiva de una sociedad anónima y donde se consagra el ejercicio del derecho de preferencia en la suscripción.

Indicadas las condiciones del reglamento, expresa que uno de los accionistas en la oportunidad para suscribir comunicó por escrito a la sociedad la cesión de su derecho de suscripción a un tercero y el beneficiario, si bien no manifestó expresamente dentro del plazo establecido su aceptación por escrito, si consignó dentro del término fijado, en la cuenta bancaria de la sociedad, el porcentaje del precio que le correspondía después de la hora fijada (18:00 p.m.) y procedió a remitir vía fax a la sociedad su aceptación, el último día en que vencía el plazo para suscribir.

Con base en dicha situación plantea una serie de inquietudes, para lo cual es pertinente realizar previamente las siguientes consideraciones de orden temático y jurídico, en aras a ubicarnos en el escenario adecuado para absolverlas de manera concreta.

EL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES

Es un contrato eminentemente consensual que se entiende válidamente celebrado entre la sociedad y el suscriptor, una vez la persona destinataria de la oferta, acepta oportunamente obligarse en los términos del reglamento de colocación; para que se perfeccione el contrato basta que el aceptante de la oferta pague las acciones que suscriba en la forma y términos indicados en el reglamento.

El artículo 384 del Código de Comercio consagra que "La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos.

A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionistas y a entregarle el titulo correspondiente".

EL DERECHO DE PREFERENCIA EN TERMINOS GENERALES

Sea lo primero precisar que, en términos generales, el Derecho de Preferencia es eminentemente contractual, en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico.

Esta Superintendencia ha considerado que el derecho de preferencia o de opción, se traduce en la facultad que asiste a los actuales accionistas de adquirir con exclusión de extraños, las acciones que la sociedad mantiene en reserva, y en proporción al número de sus acciones.

Conforme lo establecido en el artículo 388 de la Legislación Mercantil, el citado derecho se da frente a toda nueva suscripción de acciones, donde los accionistas tienen derecho a suscribir preferencialmente las acciones que les corresponden teniendo en cuenta para ello la proporción que para tal efecto se determine, a menos que por estatutos se haya pactado el que la colocación de acciones se realice sin sujeción al mencionado derecho o que el máximo órgano social de la compañía haya decidido lo contrario, conforme lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 420 ibídem.

El derecho de preferencia en la suscripción de acciones, fundamentalmente concede la posibilidad de que los asociados mantengan en la sociedad, su participación porcentual dentro de la composición del capital social y puedan con ello conservar el mismo poder patrimonial y político dentro del ente jurídico.

Al respecto, los doctores Luis A. Gómez y Nestor Humberto Martínez en su obra "Asamblea General de Accionistas", afirman que "la característica más importante del derecho de preferencia es ser abstracto y referido a todos los accionistas pero no materializado en cabeza de ninguno de ellos y propio de la naturaleza del contrato de sociedad anónima y no de la esencia del mismo" (pagina 55).

NEGOCIACIÓN DEL DERECHO DE PREFERENCIA

El derecho de preferencia se predica entorno a tres escenarios diferentes, cuales son: en la suscripción de acciones, en la negociación de acciones **y en la negociación del derecho de suscripción de acciones. Es en este último escenario, donde debemos necesariamente ubicarnos.**(se resalta).

Sobre el particular, esta entidad ha sostenido que "Todo accionista está autorizado por la ley (artículo 389, obra citada), para negociar libremente su derecho de suscribir las acciones que le corresponden en cada nueva emisión de acciones, desde la fecha del aviso de oferta, salvo que en los estatutos sociales esté pactado expresamente el "derecho de preferencia en la negociación del derecho de suscripción de acciones" y a renglón seguido expresa que "para que opere el derecho de preferencia en cada uno de los casos citados, se deben cumplir los requisitos exigidos por la ley, para cada uno de ellos en particular; por lo tanto no se puede predicar que al pactar dicho derecho de preferencia para una o las dos primeras situaciones, éste se haga extensivo a la negociación del derecho de suscripción de acciones" (Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995-Superintendencia de Sociedades, pagina 194).

Igualmente es pertinente anotar que **la negociación del derecho de suscripción**, opera cuando así lo acuerdan previamente tanto el cedente como el cesionario, toda vez que es un acuerdo en el que no intervienen ni el máximo órgano social ni la junta directiva de la compañía respectiva, ya que son terceros ajenos por completo a dicha negociación.

Es así como la negociación realizada debe ser puesta oportunamente en conocimiento de la sociedad ofertante por la parte cedente, en cuanto que informa sobre su voluntad de aceptar las acciones objeto de la oferta y la consiguiente negociación de su derecho a favor de un tercero y por parte del cesionario del mismo, en cuanto que es quien ejercerá el derecho a suscribir en esta ocasión, teniendo como base el reglamento de colocación de acciones respectivo.

Sobre la negociación del derecho de preferencia, el profesor José Ignacio Narvaez manifiesta que esta "opción no es absoluta, por cuanto no es un elemento de la esencia de la sociedad ni un derecho principal sino accesorio, y que por proyectarse hacia el interés exclusivo del accionista, éste puede renunciarlo expresamente, o también de manera tácita simplemente no ejerciéndolo cuando se le ofrezcan las acciones de toda nueva emisión" (Tipos de Sociedad, Editorial Legis 1999, pagina 373).

Es claro entonces que el derecho de preferencia en la negociación de acciones, así como la negociación del citado derecho, deben necesariamente ubicarse dentro del marco del reglamento de suscripción de acciones y es bajo los parámetros de este último como deben desarrollarse.

Realizadas las anteriores precisiones, se procede a contestar sus inquietudes, agrupándolas, ya que giran todas en torno a un mismo tema:

1 " A la luz de la normatividad jurídica y básicamente en los términos del citado reglamento, el contrato de suscripción de acciones, que en principio es consensual, se entendería ser un negocio solemne, por haberse sujetado su perfeccionamiento por la Junta Directiva, con sujeción a los estatutos, a que el consentimiento se formalizara en forma escrita?"

" Si la aceptación a la oferta no se da en forma escrita, como lo ordena el respectivo reglamento, si no tácitamente, se entiende celebrado el contrato de suscripción aún cuando la sociedad (A) solamente hubiera conocido de tal situación una vez vencido el plazo para suscribir?".

" Si la aceptación escrita de la oferta se dio con posterioridad a las 6.00 de la tarde (18.00 PM) del último día limite para aceptarla, se entiende celebrado el contrato de suscripción?".

" La falta de la solemnidad de aceptación "por escrito" conllevaría a no tener por suscritas las acciones?".

Visto que el contrato de suscripción de acciones es un contrato eminentemente consensual, es claro que por el hecho de establecerse dentro de los lineamientos del reglamento ciertas condiciones, como es que la aceptación de la oferta sea manifestada por escrito, no le da a éste la connotación de solemne.

En efecto, cuando el contrato es consensual, basta el solo encuentro de las voluntades para que éste se lleve a cabo. Es tan consensual el contrato de suscripción de acciones, que la ley le ha dado amplio juego a la voluntad de las partes para que ellas establezcan formas de expresión de la misma, como por ejemplo, que la aceptación de la oferta realizada, se manifieste por escrito, que se transmita vía fax, que se otorgue ante notario, entre otras condiciones.

Ahora bien, puede ocurrir que a pesar de haberse establecido determinadas condiciones, una o todas no se cumplan, sin que esa circunstancia conlleve a que se vea afectada la existencia misma del contrato, sin perjuicio

claro está de que pueda ser solicitada su resolución por la parte que se sienta afectada; en otras palabras, el contrato existe hasta que medie declaración judicial que vuelva las cosas a su estado original, si hay lugar a ello. No es posible olvidar que las solemnidades establecidas para la celebración de determinados contratos están claramente consagradas por la ley.

De otra parte, independientemente de que la oferta haya sido aceptada mediante comunicación escrita, como era la condición establecida en el reglamento de suscripción o de manera tácita, lo que le da plena validez al negocio que de ella deriva, **es que la aceptación de la misma haya sido conocida oportunamente por la sociedad oferente, es decir que la compañía se entere del asentimiento dentro del término establecido previamente en el respectivo reglamento, pues en caso contrario no se entiende celebrado el contrato de suscripción de acciones** (se resalta).

Tenemos entonces como se hace indispensable para llevar a cabo el contrato, que la aceptación de la oferta por parte de la persona legitimada para suscribir, independientemente de que ella sea el accionista a quien se le formuló inicialmente la oferta o el tercero, cesionario del derecho de suscripción de acciones, se lleve a cabo antes de que venza el plazo estipulado, aceptación que supone la sujeción a las condiciones fijadas y se materializa en el pago efectivo del valor correspondiente

Respecto a la forma de aceptación de la oferta de suscripción referida, el profesor José Ignacio Narvaez, afirma que "mientras la oferta de acciones ha de ser siempre escrita, la aceptación puede darse verbalmente o por escrito; o ser simplemente tácita, vale decir, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto (el de suscripción), pues ésta producirá los mismos efectos que la expresa siempre que la sociedad tenga conocimiento de tal hecho dentro del plazo de la oferta (C. Co., art. 854)".

Igualmente, el citado tratadista anota que "manifestada la aceptación de cualquier accionista, ya la emisión no puede ser revocada ni modificada por la asamblea general de accionistas porque se ha perfeccionado la suscripción así sea parcial, de las acciones ofrecidas" (Tipos de Sociedad, editorial Legis, 1999, página 361).

2 " Si el accionista (B) cedió su derecho de suscripción y así lo notificó en forma escrita a la sociedad dentro del término oportuno para suscribir, se entendería por ese solo hecho que el cesionario (C) ha aceptado la oferta que se le cede o a su vez éste debía, en el (SIC) lugar del accionista cedente, manifestar su aceptación en forma escrita?".

" Al sujetarse el primer pago de las acciones a la aceptación de la oferta, la cual a su vez se ordenó debía ser en forma escrita, se entendería que, así no se hubiera formalizado la aceptación escrita, el contrato de suscripción se celebró por el solo hecho de consignar el accionista el primer pago en el término de la aceptación de la oferta, aún cuando la sociedad (A) no hubiere conocido este hecho?".

Partiendo de la base de lo expuesto anteriormente, debe recalarse que cuando se formula la oferta al accionista correspondiente, independientemente de que él acepte la oferta o negocie su derecho de suscripción, lo que es indispensable y que da lugar a que se entienda celebrado el contrato de suscripción de acciones, es que la sociedad oferente conozca la aceptación de la misma dentro del término establecido.

Así, ha de entenderse que hay aceptación cuando en la oportunidad exigida, se expresa manifiestamente la intención de suscribir las acciones ofrecidas, indicando la cesión del derecho en favor de un tercero determinado, de donde ya a éste le bastaría para perfeccionar la suscripción, efectuar el pago en las condiciones determinadas, o desechar el derecho cedido bien por que exprese su renuncia expresa o deje precluir el término para suscribir.

Cosa diferente sería que el tercero involucrado en la negociación, es decir el beneficiario de la cesión del derecho a suscribir, al haber consignado parte del porcentaje que le correspondía en las cuentas corrientes de la sociedad ofertante, y que no comunicó dicha actuación dentro del término establecido, exija la devolución del mismo mediante un procedimiento de carácter civil, si estuviere en entredicho su aceptación.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.