

220-73778, noviembre de 1998

REF : Derecho de preferencia en la suscripción de acciones.

Me refiero a su comunicación radicada en esta Entidad con el número 312,565, por medio de la cual informa sobre una colocación de acciones que aprobó el Máximo Órgano Social de la compañía el pasado 27 de Julio, consulta sobre el citado tema, concretamente sobre lo contemplado en el parágrafo del artículo 3 de los estatutos sociales de la sociedad TRANSPORTES FONTIBON S. A. , el cual dice :

"En la colocación de las acciones que se encuentran en reserva, junto con las que emitan posteriormente, en el Reglamento se tendrán en cuenta primero los socios propietarios de vehículos afiliados a la empresa, si sobran serán vendidas a socios sin vehículo y por último a particulares".

Teniendo en cuenta lo consagrado en dicho parágrafo, indaga "si legalmente es viable esta selección de quienes pueden hacerse a estas acciones, o si por el contrario en dicha colocación accionaria pueden participar todos y cada uno de los accionistas, en la proporción indicada en la ley, sin distingo de ninguna naturaleza, en otras palabras, existe legalmente el derecho de preferencia en la suscripción de acciones ? y si es así, en que consistiría éste ? Igualmente existe algún mecanismo de ley por medio del cual se pueda suspender la venta de nuevas acciones ? Si es así, en que consiste éste ?Cuál sería su procedimiento, plazo y demás directrices ?.

Afirma que las inquietudes surgen por una inconformidad existente entre algunos socios de la compañía, quienes consideran que la colocación de acciones, de acuerdo con lo pactado en los estatutos, se debe realizar "primero a los socios propietarios de vehículos afiliados a la empresa y no de manera genérica, sin discriminación a todos los socios".

Sobre el particular y con el fin de dar claridad a los interrogantes planteados, consideramos pertinente realizar las siguientes consideraciones :

1.- La Superintendencia de Sociedades ha expresado 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 acciones.

Los doctores Luis A. Gómez y Néstor Humberto Martínez, en su obra "Asamblea General de Accionistas", Librería Fuente Jurídica, 1979, pagina 55, consideran que la característica más importante del derecho de preferencia es ser abstracto y "referido a todos a 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".

2.- Ahora bien, es indispensable distinguir entre la aplicación del Derecho de Preferencia en la suscripción de acciones y en la negociación de acciones, partiendo de la base de que el citado Derecho solamente se puede pactar para acciones nominativas y que no estén inscritas en bolsas de valores.

Sobre la aplicación del Derecho de Preferencia, la Superintendencia de Sociedades mediante oficio AN-7751 del 22 de marzo de 1991(Doctrinas y Conceptos Jurídicos-1995 S. de S., paginas 193, 194 y 195) sostiene que el referido derecho se puede presentar en tres casos, cuales son :

"1. En la suscripción de acciones : El derecho de preferencia en la suscripción de acciones es de origen legal (art. 388 del Estatuto Mercantil), en virtud de él, todos los accionistas tienen la opción de adquirir, con exclusión de terceros, las nuevas acciones que la sociedad vaya a colocar, en proporción al número de acciones que posea en el momento en que el órgano facultado apruebe el respectivo reglamento. Este es un derecho abstracto que se concreta cuando se recibe la oferta de parte del representante legal de la sociedad, quien es el encargado de velar porque se respete dicho derecho de preferencia. Sin embargo, estatutariamente o por decisión del Máximo órgano Social, se puede hacer la colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, mencionado....".

3.- Tenemos entonces como, el derecho de preferencia en la suscripción de acciones, lo tienen por mandato legal todos los accionistas, a menos que estatutariamente se consagre lo contrario o que el Máximo Órgano Social renuncie a el citado derecho, para no ser aplicado en una determinada suscripción de acciones.

Para el caso objeto de su consulta, resulta oportuno traer a colación el concepto emitido mediante oficio 220-15057 del pasado 7 de abril, en el cual este Despacho expresó su criterio sobre el particular, por lo que a continuación se transcribe la parte pertinente :

"1. En una sociedad todo poder emana del Máximo Órgano Social, el cual constituye el órgano deliberante de la compañía, conformado por los asociados directamente o por sus apoderados legalmente constituidos, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 184 y 185 del Código de Comercio, reunidos en las condiciones fijadas en los estatutos o en su defecto en la ley y sus decisiones son la concreción de la llamada voluntad social.

2. Si bien el Estatuto Mercantil, permite dentro de la autonomía de la voluntad privada, que los asociados convengan libremente aquellas estipulaciones que sean convenientes a sus intereses particulares y colectivos, tal libertad está limitada, en el caso de las sociedades comerciales, a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario, amén de que no vulneren normas de carácter imperativo.(ordinal 14 del artículo 110 del Código de Comercio).

3. El contrato de sociedad puede contener cláusulas de muy diversa índole. Así, mientras muchas de sus estipulaciones son de interés exclusivo de los asociados, como ocurre con las que reglamentan la forma de repartir las utilidades sociales, el ejercicio de los derechos de preferencia, de voto y de inspección o los relacionados con la forma de composición de la Junta Directiva de la compañía, en la cual se fijan ciertos requisitos que cobijan de manera general a todos los asociados, en el sentido de que deben reunir ciertas condiciones para llegar a ella, otras estipulaciones trascienden al mundo externo y afectan en mayor o menor grado los intereses de terceros, por cuya razón merecen, con mayor justificación que las primeras, una adecuada publicidad. Tal ocurre con las cláusulas que tienen que ver con el objeto social, que delimita la capacidad legal de las compañías así como aquellas que regulan lo relacionado con la representación legal. Dentro de estas últimas, revisten particular importancia para los terceros, aquellas estipulaciones que establecen limitaciones a las facultades de los representantes legales.

4. Ahora bien, es claro que la autonomía de la voluntad privada, que opera en el caso que nos incumbe, emana fundamentalmente de un acto de las partes, que no puede ir en contra de una normatividad legal previamente fijada y que abarca el orden público y las buenas costumbres.

5. Visto lo anterior, debemos entrarnos en los derechos de los socios de una compañía, los cuales operan independientemente del monto de la participación en el capital, los cuales, tratándose de una sociedad por acciones son :

- a- Exigir un título que acredite la calidad de accionista.
- b- Libertad de transferir sus acciones, salvo que se encuentre pactado el derecho de preferencia.
- c- Adquirir acciones de manera preferente de la compañía.
- d- Participar en la distribución de las utilidades cuando haya lugar, previa aprobación de los Estados Financieros por el Máximo Órgano Social.
- e- Asistir con voz y voto a las reuniones de la Asamblea General de Accionistas.
- f- Ejercer una fiscalización aguda y permanente sobre la compañía, con el fin de enterarse del manejo de los negocios sociales, dentro de la cual se incluye el ejercicio del derecho de preferencia.
- g- Exigir que se le permita desarrollar dentro de la compañía, actividades que puedan ser benéficas para la misma y no permitir que por circunstancias que van en contra de sus intereses, puedan implantarse requisitos que por una u otra razón le hagan peligrar su permanencia en la sociedad.

Los derechos que hemos mencionado se encuentran estrechamente vinculados a la calidad de accionista, pues corresponden necesariamente a la respuesta que el ordenamiento brinda a la realización de un aporte por parte del socio, razón por la cual no sería posible concebir la existencia de la calidad de socio, sin el ejercicio de los referidos derechos. En esta línea de pensamiento, debemos señalar que las estipulaciones que se pacten en torno a ellos no pueden bajo ningún aspecto cercenarlos, ni ponerles talanqueras que lo hagan nugatorios, so pretexto, como lo hemos afirmado, de plasmar en ellos la denominada voluntad privada, pues ellas corresponden a la condición o estatus de socio (status socii).

Sobre este particular, resulta de especial importancia traer a colación la opinión autorizada del profesor José Ignacio Narváez sobre el particular : "Ciertamente las estipulaciones del pacto social o las decisiones de los órganos corporativos no pueden vulnerarlos, y menos aún hacer tabla rasa de ellos. Por su legitimidad se reputan intangibles y en verdad pugna con el más elemental sentido de justicia que a cualquiera de los socios se le cercenen. Ni el régimen convencional ni órgano social alguno o la autoridad pública tienen competencia para abolirlos o cercenarlos. Por eso se afirma que son inviolables. Inclusive se consideran irrenunciables mientras el respectivo derecho no se genere en favor del asociado. Sólo una vez concretizado, el socio puede dejar de ejercerlo" (Teoría General de las Sociedades. Séptima Edición actualizada 1996, página 144).

6. Vale la pena, en aras de mayor claridad sobre lo anotado, tener en cuenta que en este caso se trata de una compañía, en la cual los asociados una vez realizados los aportes que le corresponden, dejan en gran parte de tener

importancia en cuanto a la persona del asociado se refiere, toda vez que en este tipo de sociedad lo sobresaliente es el capital como tal, cosa diferente son las llamadas sociedades de personas, en las cuales el intuitus personae prima por encima de cualquier circunstancia ; en estas compañías las personas se unen y permanecen en comunidad teniendo en cuenta la calidad de la misma y es allí donde caven bajo ciertos parámetros restricciones para el ingreso a la sociedad.

Sobre el tópico anterior, el profesor José Ignacio Narvaez dice : "...En las sociedades que se constituyan intuitus personae, los asociados se conocen a fondo mutuamente y se dispensan un alto grado de confianza los unos a los otros. Ese elemento subjetivista desempeña un papel esencial, puesto que en el funcionamiento de la sociedad se reflejan las crisis, las enfermedades, la quiebra, la interdicción y la muerte de cualquiera de los asociados. En cambio, en las sociedades que se forman intuitus pecuniae o intuitus rei, los atributos y condiciones personales de los accionistas carecen de esa importancia, puesto que el factor primordial es el capital necesario para acometer la empresa social. En definitiva, en toda sociedad los elementos personal y real son indisolubles tanto en la constitución como en su desenvolvimiento exterior".(obra citada, páginas 46 y 47).

7- En cuanto al contenido de las estipulaciones a las cuales se refiere, debemos señalar :

7.1 De conformidad con el mandato contenido en el artículo 388 del estatuto mercantil, los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento.

La regla anterior es susceptible de ser modificada habida consideración que por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia.

(...)

Debemos señalar que si los accionistas en desarrollo de la autonomía que la ley les reconoce decidieron con el lleno de las formalidades legales y estatutarias pertinentes consagrar en los estatutos una regla propia en cuanto a la disposición de las acciones en reserva, reconociendo muy probablemente el interés que la compañía registra en el sentido que los accionistas propietarios de vehículos los mantengan afiliados a ella, como un aliciente o estímulo para que los accionistas colaboren de esa manera en el desarrollo de los negocios por parte de la compañía y se obtengan resultados especialmente beneficiosos en particular para la sociedad y de contera para los accionistas, con tal estipulación no se evidencia violación de la ley...".

4. En este orden de ideas, siendo consecuentes con lo afirmado, frente a sus inquietudes, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

a.- Si en los estatutos sociales de la compañía se ha renunciado de manera expresa al derecho de preferencia en la suscripción de acciones, a la luz de las disposiciones legales vigentes, es plenamente válido.

b.- El derecho de preferencia en la suscripción de acciones existe en la medida en que no se haya renunciado a él de manera expresa en los estatutos o que el máximo órgano social no lo considere para una determinada suscripción de acciones.

c.- El derecho de preferencia, como se le indicó , es 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.

d.- Por último, es preciso tener en cuenta que el máximo órgano social de la compañía, reunido conforme a las normas legales y estatutarias pertinentes, puede antes de que sean colocadas o suscritas las acciones, revocar o modificar la emisión de acciones. (Artículo 383 del Código de Comercio).

Ahora bien para efectos de la colocación de nuevas acciones, debe estarse a lo consagrado en el reglamento respectivo, el cual le corresponde elaborar a la junta directiva de la compañía, a menos que estatutariamente se le asigne dicha facultad a la asamblea general de accionistas. Valga anotar que una vez efectuada la oferta de las acciones con sujeción al reglamento válidamente aprobado, la misma se vuelve obligatoria (artículo 847 del Código de Comercio).

Expuesto lo anterior, debemos manifestarle que dentro de la normatividad legal imperante, no existe disposición alguna que permita suspender de forma directa, valga decir, sin tener en cuenta al órgano rector, una emisión o colocación de acciones.

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.

