

220-75774

Asunto: Negociación del derecho a la suscripción de acciones

Se refiere el Despacho a la comunicación radicada con el número 479.210-0, mediante la cual solicita una aclaración al concepto 220-63317 de 2000, relacionado con diferentes aspectos de la negociación del derecho a la suscripción de acciones, reiterando en primer término que los aspectos puestos en consideración en su escrito ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de este Despacho en el oficio citado. Por lo cual en la respuesta dada a los interrogantes planteados habrá de remitirse el Despacho en primer término al criterio expuesto de manera amplia y clara, en el citado documento.

1. LA OFERTA Y SU ACEPTACION

La colocación de acciones responde a una oferta, que siempre que no exista disposición estatutaria en contrario o medie decisión de la asamblea respecto de la renuncia al derecho de preferencia, habrá de dirigirse en primer término a los asociados.

Una vez recibida la comunicación que contiene los requisitos mínimos del contrato de suscripción, el accionista debe en forma temporánea comunicar su aceptación con la finalidad de vincular el consentimiento de la sociedad y el suyo propio para lograr la coincidencia de voluntades que requiere el contrato de suscripción de acciones.

Si se fijó como condición de la aceptación que la misma deba ser por escrito, así habrá de cumplirse, salvo que tanto el oferente como a quien se dirige la propuesta realicen actos inequívocos de ejecución del contrato de suscripción propuesto. Así por ejemplo, si dentro del término de la oferta el accionista consigna y la sociedad da por recibido el valor de la suscripción a la vez que entrega los títulos provisionales, pese a no haber recibido la aceptación por escrito, el oferente está reconociendo y en consecuencia su aceptación tácita vincula su consentimiento para darle existencia al contrato de suscripción (artículo 854 C.Co), con la plenitud de los efectos producidos por este negocio jurídico.

En efecto, debe entenderse que la aceptación por escrito no es condición del contrato de suscripción sino que es la forma escogida para la adhesión a la propuesta, en virtud de la cual el oferente ante una oferta que de suyo tiene carácter irrevocable, compromete su voluntad en la celebración del contrato propuesto.

2. CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN

El contrato de suscripción está definido por el artículo 384 del ordenamiento mercantil, señalando los dos extremos de las prestaciones, de una parte el suscriptor, sea un asociado o un tercero que presta su consentimiento que lo obliga pagar un aporte de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a los estatutos sociales; y de otra, la sociedad emisora, que se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente. Negocio jurídico que acentúa su carácter consensual por la expresa previsión legal según la cual la suscripción de acciones no estará sometida a formalidades especiales y podrá acreditarse por cualquier medio de prueba (artículo 394 C.Co)

De lo expuesto se deriva que se trata de un contrato eminentemente consensual entre una sociedad por acciones y el accionista o tercero destinatario de la oferta, que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta.

Así que debidamente aceptada la oferta, surge para el suscriptor la obligación de pagar el precio y respetar los estatutos sociales y para la sociedad emisora el deber de emitir los títulos provisionales y reconocer la calidad de accionista.

El asunto entonces se circunscribe en determinar cuándo se forma el acuerdo de voluntades, en qué momento se encuentran el consentimiento del proponente y del destinatario de la oferta, para fijar así el instante mismo del perfeccionamiento del contrato de suscripción, que se repite es eminentemente.

Sobre el particular existen diferentes teorías derivadas del régimen que estructura la oferta, que deberá estudiarse en el caso particular planteado. Si el destinatario de la oferta acepta en forma escrita y dentro del término establecido, entonces el contrato de suscripción se perfecciona en el momento de la expedición de la respuesta (artículo 845 C.Co). Pero si se trata de aceptación tácita por la ejecución de hechos inequívocos de ejecución del contrato, el contrato se perfeccionará siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos de la oferta (artículo 850 ídem).

Desde luego, es posible que una vez celebrado el contrato alguna de las partes estime que en él existe un vicio que afecte la existencia o validez del mismo, lo que implica que ejerza las acciones pertinentes para restablecer las

cosas a su estado original, alegando no radicar en el negocio jurídico las condiciones de la esencia o de la naturaleza propias de cualquier negocio jurídico como las establecidas en el artículo 898 del código de comercio como requisitos de existencia (solemnidades sustanciales exigidas por la ley y cuando falte alguno de sus elementos esenciales), por ejemplo pretermitir el reglamento de suscripción o haberse producido en forma extemporánea la aceptación; o que afectan su validez viciando el acto de nulidad absoluta, por ejemplo cuando ha sido realizada por una persona interdicta (artículo 899 ibídem); o adolezca de ciertos elementos que lo hagan susceptible de anulación (artículo 900 ídem), suscrito por ejemplo bajo coacción o en el error invencible que era su obligación aumentar su aporte a través de la suscripción.

3. CONTRATO DE CESION DEL DERECHO DE SUSCRIPCION

En los términos del artículo 389 del ordenamiento mercantil, el derecho a la suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta.; negocio del cual debe dar el titular aviso a la sociedad mediante un escrito que indique el nombre del cesionario o cesionarios, sin más requisitos adicionales.

Es decir, se trata de un contrato que se perfecciona por el simple consentimiento entre el cedente (accionista) y cesionario (tercero), en virtud del cual éste último adquiere la posibilidad de suscribir el porcentaje que corresponde al asociado. Sin embargo, para que tenga efectos respecto de la sociedad deberá serle notificada, para lo cual bastará una simple comunicación escrita por parte del cedente indicando el nombre del cesionario (Artículo 894 ibídem).

Una vez informada la sociedad de la cesión del derecho a suscribir, es decir del privilegio de suscribir con prescindencia de cualquier otro el porcentaje de que se es titular al momento de la emisión, resta que el cesionario acepte la oferta que en principio se dirigió al accionista. Esta aceptación, desde luego debe hacerse en las mismas condiciones del reglamento y dentro del término establecido para el destinatario original, so pena de incurrir en inexistencia el contrato de suscripción por ausencia total del consentimiento que únicamente puede ser formado dentro del plazo establecido en la oferta y que se consigna obviamente en el reglamento de colocación.

En consecuencia, debe distinguirse el contrato de cesión del derecho a suscribir, con el contrato de suscripción:

- a. El contrato de cesión se celebra entre un asociado y el tercero, donde la sociedad únicamente actúa en forma pasiva recibiendo la notificación de la cesión para efectos de entender que existe un destinatario que se subroga en el derecho del accionista a aceptar la oferta de suscripción. El de suscripción, vincula a la sociedad con el suscriptor, sea éste un asociado o un tercero que por éste hecho adquirirá tal condición, y se perfecciona en el momento de la aceptación de la oferta; si no existe una manifestación expresa o tácita por parte del destinatario debe entenderse su desinterés por suscribir y en consecuencia no realizado ningún contrato de suscripción.
- b. Una vez perfeccionado el contrato de cesión, el accionista no podrá aceptar en su nombre la oferta pues ya no es el destinatario de la misma sino que ahora este extremo es ocupado por su cesionario.
- c. El contrato de cesión tiene como objeto el permitir aceptar una oferta que puede o no finalizar con la celebración de un contrato de suscripción de acciones; en tanto que en el contrato de suscripción el objeto mismo es una participación en el capital de una sociedad representado en acciones.
- d. El contrato de cesión del derecho a suscribir no genera obligación para el cesionario del pago de las acciones ofrecidas ni el sometimiento a los estatutos de la sociedad, en tanto que el contrato de suscripción sí tiene tales efectos, es decir pagar el valor de la suscripción en los términos del reglamento y observar en todo los estatutos de la sociedad en que adquiere la calidad de accionista.
- e. El contrato de cesión da la calidad de destinatario de una oferta; el de suscripción otorga la calidad de accionista.
- f. El aviso dado por el cedente a la sociedad no suplente la voluntad del cesionario en la aceptación de la oferta, pues en últimas éste puede o no aceptarla o aceptar la totalidad o sólo una parte de las acciones ofrecidas, con las mismas facultades del destinatario primigenio. En efecto, la circunstancia de ceder el derecho de suscripción no dota al cedente de un poder especial que permita aceptar la oferta en nombre del cesionario.

En estas condiciones se da respuesta a la consulta formulada advirtiéndole que la misma tiene el alcance señalado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Rad. 479.210-0