

OFICIO 220-182158 DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Ref: INGRESO DE UN NUEVO ACCIONISTA EN UNA SAS- DERECHO DE PREFERENCIA

Esta oficina recibió el escrito remitido por el Web Master y radicado con el No. 2016-01-416556 mediante el cual, previa exposición de unos hechos formula los siguientes interrogantes:

1. Qué procede cuando un accionista interesado en vender la totalidad o una parte de sus acciones, luego de realizar el procedimiento estatutario no las compra ni la empresa ni otro accionista, cuando la ley contempla que las acciones son libremente negociables, pero la empresa tiene reglado el derecho de preferencia y en las asambleas los accionistas han manifestado que no pueden llegar terceros a beneficiarse de los logros de la compañía?
2. El accionista interesado en vender le puede vender a un tercero?
3. El accionista también puede colocar las acciones a mayor valor con el fin que la empresa, ni los accionistas las compre, para luego manifestar que un tercero se las compró, se las canceló al precio que el pedía ya que es un negocio entre las partes y que como el ya realizó el negocio de la empresa está en la obligación de aceptar la negociación y proceder a registrar al nuevo accionista en los registros de la compañía?
4. Ante esta situación como debe de proceder la junta directiva consiente que accionista obró de esa forma con el fin de entrar a un nuevo accionista?
5. La junta debe aprobar la transacción, o cómo debe proceder?
6. Para el ingreso del nuevo accionista, la asamblea es la que debe autorizar el ingreso del nuevo accionista, o la junta directiva tiene la facultad de aceptar la transacción tal como lo plantea el accionista?

Aunque es sabido, no está demás advertir que de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Entidad sobre las materias a su cargo, mas no está dirigido a resolver situaciones concretas, menos a asesorar a los usuarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o estipulaciones contractuales, en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales.

Tampoco es posible encaminarlo a definir los alcances o la validez de decisiones adoptadas por el máximo órgano social o la junta directiva, o de negocios en particular, pues sus respuestas en esta instancia, se repite, son generales y abstractas, por lo cual no tienen carácter vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

Bajo el presupuesto anterior, antes que una respuesta puntual procede efectuar algunas consideraciones a partir de la doctrina que ha sido proferida en torno al régimen de las SAS, no sin antes llamar la atención en que los antecedentes de la consulta parecen sugerir la existencia de un conflicto o controversia en una negociación de acciones, susceptible de ser ventilado ante esta Superintendencia a través de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles (Literal a) del numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso), razón de más para insistir que la respuesta en esta instancia carece de efectos vinculantes.

De la negociación de acciones en las SAS

“En primera instancia hay que poner de presente que la citada ley (1258 de 2008 que creo las SAS) se caracteriza por su flexibilidad en cuanto permite que los particulares definan con un gran margen de amplitud las reglas a las que habrán de someterse los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad. De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar "libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento", amén de la premisa general que el artículo 45 ibídem establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legal que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas y por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio.

En esa medida se observa que si bien el artículo 3º determina que la SAS es una sociedad de capitales, el contexto de la ley recoge la orientación del régimen francés que sirvió de inspiración a la misma, en el reconocimiento del elemento intuitu personae que podría asumir esta nueva forma asociativa, al consagrar facultades expresas que permiten limitar estatutariamente la libre negociación de las acciones con estipulaciones que van incluso más allá del simple derecho de preferencia, como las que permiten restringir la venta de acciones hasta por un término de diez años prorrogable por un lapso igual (art. 13), someter a la autorización previa de la Asamblea cualquier negociación (art. 14) o, establecer supuestos de exclusión de socios (art.39).) lo cual indica que en lugar de impedir la adopción de reglas que limiten o prohíban el ingreso de terceros como socios, el

espíritu de la Ley se orienta a permitir más bien cláusulas que reserven la admisión de terceros

Así en resumen se tiene que la transferencia de acciones se sujeta a los mismos parámetros legales que aplican para las sociedades por acciones, esto es que al ser libremente negociables, basta el endoso sobre el mismo título y el registro de los mismos en el libro de accionistas, salvo que en los estatutos se prevean reglas excepcionales que impongan el cumplimiento de otras condiciones. En tal caso el artículo 15 ibidem advierte: Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho". (220-022300 Del 04 de Marzo de 2013)

En este orden de ideas frente a las inquietudes planteadas es claro que para determinar las reglas a que está sujeta la negociación de acciones, hay que remitirse a los términos y condiciones que estipulen los estatutos sociales, atendiendo que la autorización previa del máximo órgano social para la negociación o transferencia de las acciones, es diferente al derecho de preferencia al que alude el artículo 407 del Código de Comercio, pues mientras éste constituye un privilegio que les permite a sus beneficiarios acceder en primer lugar a las acciones objeto de la oferta, la primera no es más que un permiso previo para que la negociación pueda llevarse a cabo, permiso que en ningún caso posiciona a la asamblea como interesada en el negocio de adquisición de acciones, sino que constituye una formalidad anterior la negociación, posterior a la cual, cuando sea del caso, corresponde agotar el procedimiento a que haya lugar para el ejercicio del derecho de preferencia establecido a favor de la sociedad, de los accionistas o de ambos.

Ahora, se ha visto como el derecho de preferencia en la negociación de acciones no fue contemplado legalmente en la SAS, lo cual no obsta para que éste sea incluido, con sus propias características, en los estatutos sociales. Para el caso de la sociedad anónima, las normas legales aplicables no permiten que el aludido derecho sea renunciado por parte de la Asamblea de Accionistas en nombre de los accionistas, incluso de los no presentes o disidentes, toda vez que éste bien que se haya estipulado a favor de la compañía o de los accionistas, es de carácter personalísimo y el procedimiento para su agotamiento incluye que el representante legal informe a cada uno de ellos y espere su respuesta para comunicársela al accionista vendedor, tal como se desprende del artículo 407 del Código de Comercio, el cual exige que al establecerse el derecho de preferencia, *"...se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo."*

Por su parte en lo atinente al procedimiento a seguir para efectos de la negociación, la doctrina de esta Entidad ha efectuado las siguientes precisiones (Oficio 220- 56452 de 27 de octubre de 2004)

“(…)

Por tanto, cuando el derecho de preferencia opera, cualquier asociado que pretenda enajenar total o parcialmente sus partes alícuotas, debe ofrecerlas a los demás socios para que sean éstos en primer lugar quienes tengan la posibilidad de adquirirlas, de manera que sólo si éstos manifiestan expresa o tácitamente su desinterés por todas o algunas, puedan ser adquiridas por terceros.

Ahora bien, la alusión a un **negocio jurídico**, supone aquel celebrado a consecuencia de una oferta, sujeta tanto a los plazos y condiciones previstos en los estatutos, como a la estructura jurídica que gobierna la oferta o propuesta, lo que de consiguiente remite a los requisitos generales establecidos en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio.

Según la norma invocada, la **oferta o propuesta** del proyecto de negocio jurídico debe contener los elementos esenciales del mismo y ser comunicada al destinatario; a su vez el artículo 407 ibídem, establece que los plazos y condiciones se someterán a los estatutos, pero el precio y la forma de pago serán definidos por los interesados.

En este caso el interesado es el enajenante, quien determinará claramente en la oferta el valor de su acción y la forma como espera que sea cancelado su precio; de ahí que según los términos del artículo 855 ídem, cualquier modificación a la misma significa que es otro el negocio jurídico ofrecido.

En tal virtud, si el ofrecimiento no es aceptado por los beneficiarios del derecho de preferencia y hay un tercero interesado en comprar las acciones ofrecidas pero, a un precio diferente, estamos en presencia de una variación de las condiciones o una aceptación condicionada, por lo cual habrá de considerarse ésta como una nueva propuesta a la luz del citado artículo 855.

En consecuencia, al tratarse de un proyecto de negocio diferente al inicialmente ofrecido a los asociados, éste habrá de ser dirigido a los accionistas en los nuevos términos fijados por el enajenante, bien que la variación sea en el precio o en las condiciones de pago, de forma que aquellos puedan considerar la nueva oferta y eventualmente aceptarla de acuerdo con nuevas condiciones.

En este orden de ideas, este Despacho ha concluido que "...el asociado que pretenda vender sus acciones, únicamente queda en completa libertad de

venderlas a un tercero, cuando éste las acepte en las mismas condiciones propuestas a los accionistas.

Como corolario, debe decirse que el derecho de preferencia en la negociación de acciones se radica en cabeza de los asociados una vez realizada una oferta, al formularse la propuesta de un contrato que contiene todos los elementos del negocio que se pretende realizar. **Si alguno de éstos varía, ya no es la misma oferta, y hacer una diferente implica activar nuevamente en cabeza de los consocios la facultad de aceptarla o desestimarla, y con lo cual desplazarían cualquier intento de un tercero de hacer parte de la compañía, quien tendría que esperar el desinterés de los primeros llamados prioritariamente a aceptarla"** (Oficio 220- 22749 del 18 de marzo de 1999)". (resaltado fuera de texto)

La anterior argumentación permite resolver los interrogantes planteados de la siguiente manera.

1. Siempre que en los estatutos de la compañía se contemple el derecho de preferencia en la negociación de acciones, éstas deben ofrecerse en primer lugar a los demás accionistas y/o a la sociedad, según se haya previsto en el contrato, pero es el desinterés expreso o tácito de llevar a cabo el negocio, lo que le permite al oferente ofrecerlas a un tercero, es decir, por agotamiento del trámite previsto para el ejercicio del derecho de preferencia, el accionista interesado en vender total o parcialmente sus acciones, recupera la libertad para ofrecerlas libremente a un tercero. (Art. 403 Núm. 2º y 407 del Código de Comercio).

Téngase en cuenta que el ofrecimiento al tercero es consecuencia de la no aceptación o desinterés de sociedad y/o a los accionistas, según sea el caso, en adquirir las acciones ofrecidas, luego siendo el mismo negocio jurídico, el precio y la forma de pago, entre otras condiciones, no pueden variar según sea el destinatario de la oferta.

De ahí que en el concepto transcrito la Entidad, con fundamento en la ley, concluye que si alguno de los elementos del negocio –precio y forma de pago- que se pretende realizar varía del beneficiario del derecho de preferencia al tercero, ya no es la misma oferta, por lo que habrá de agotarse nuevamente el trámite previsto en el contrato social.

“(..).”

Finalmente, hay que poner de presente el principio general según el cual nadie está obligado a permanecer en sociedad, de manera que si persiste la reticencia de la asamblea general de accionistas para aceptar el ingreso de un tercero, se

podrá acudir a la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, mediante la presentación de una demanda formal, a efectos de verificar la existencia de un eventual conflicto societario, como inicialmente se anotó.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en las normas del C.P.C. invocadas y que en la P. WEB de esta Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, la Cartilla sobre SAS y la Circular Básica Jurídica, entre otros.