

**DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN PREVISTO EN EL CONTRATO SOCIAL Y
REGLAS PARA LA INTEGRACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA**

Si bien uno de los derechos que confiere la acción a su titular es el de negociarla libremente, el legislador previó en el artículo 403 de algunas de las excepciones que limitan dicho derecho, entre otras situaciones, de manera clara consagró que no se pueden negociar libremente, aquellas acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencial

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Concepto Jurídico No 220-003942 del 02 de Febrero de 2006

El derecho de preferencia en la negociación previsto en el contrato social y reglas para la integración de la junta directiva

Solicita ilustración sobre los siguientes temas:

1. “Es válido el derecho accionario de un socio de una Sociedad Anónima que ha recibido el título en transferencia del socio originario, pero que el protocolo requerido para su transferencia y aceptación no figura en las Actas de ..”. (Para tal efecto transcribe el artículo 13 del contrato social que regula el derecho de preferencia en la negociación y suscripción de acciones, lo que en el escrito denomina como “Protocolo”).

Sobre el particular, me permito manifestarle que si bien uno de los derechos que confiere la acción a su titular es el de negociarla libremente (Art. 379 numeral 3º. del Estatuto Mercantil), el legislador previó en el artículo 403 de algunas de las excepciones que limitan dicho derecho, entre otras situaciones, de manera clara consagró que no se pueden negociar libremente, aquellas “...acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia” (numeral 2º).

De la norma citada se infiere que, salvo que en los estatutos sociales se consagre el derecho de preferencia, las acciones son libremente negociables, es decir, su titular puede enajenarlas total o parcialmente a los accionistas o a terceros, sin que para ello requiera autorización o agotar procedimiento contractual o legal alguno.

Por el contrario, cuando vía estatutaria se pacte el derecho de preferencia, habrá de especificarse si el accionista que pretenda negociar sus acciones debe ofrecerlas previamente a los demás accionistas y la sociedad o, viceversa, primero ofrecerlas a la sociedad y luego a los accionistas, antes de ofrecerlas a terceros. Sin embargo cualquiera que sea el orden o las reglas previstas debe indicarse los plazos y condiciones dentro de los cuales pueden ejercer tal derecho, tal como lo prevé el artículo 407 del Código Cit., restricción que dicho sea de paso, habrá de indicarse en los títulos que la compañía expida a los accionistas, con el fin de evitar posibles confusiones o perjuicios a terceros que pretendan o estén interesados en adquirir acciones de la compañía (numeral 2o. del artículo 401 ibidem), procedimiento que debe ser observado obligatoriamente en toda negociación de acciones, teniendo en cuenta que solo se entenderá suspendido mientras la sociedad tenga sus acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, conforme lo señala el mencionado artículo 407.

Entonces, como lo pactado es ley para las partes (Art. . C.), las condiciones, reglas y procedimiento previstos en el contrato social, son de obligatoria observancia tanto por lo asociados propiamente dichos como por el representante legal y el revisor fiscal, a quienes por ley les corresponde velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que por violación de la ley o de los estatutos puede imponer la Entidad que ejerce inspección, vigilancia o control sobre el ente jurídico (Art. 23 Núm. 2º de la Ley 222/95 y 1º Art. 107 Núm. 1º del Código de Comercio).



CONFECAMARAS
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Ahora bien, de la lectura al artículo 13 transcrito en su comunicación, el derecho de preferencia se regula de la siguiente manera “Los accionistas que deseen enajenar sus acciones, deberán ofrecerlas en primer lugar a la sociedad..... Vencido el termino anterior, si la asamblea de accionistas no hace procedimiento alguno o si deciden no adquirir las acciones o determina adquirirlas parcialmente, el Gerente de la sociedad oficiará a los demás accionistas..... las acciones no adquiridas por la sociedad o por los socios podrán ser cedidas libremente a terceros. ...” (El resaltado no es del texto).

De acuerdo con las anteriores precisiones de orden legal y los estatutos de la sociedad, antes de que las acciones puedan ser adquiridas por un tercero, debe agotarse el procedimiento para que la sociedad, en primer lugar, y luego los accionistas, manifiesten si están interesados en adquirir, total o parcialmente, las acciones ofrecidas en venta por su titular.

Bajo ese contexto, lo que se impone como obligatorio es la observancia del contrato social y no procedimientos contenidos en actas del máximo órgano social, a menos, claro esta, que ella contenga la renuncia expresa al derecho de preferencia consagrado a favor de la sociedad y de los accionistas (Art. 388).

2. En caso de que la persona de que trata el punto primero del presente escrito, llegue a ser miembro de la junta directiva y ocupe el cargo de presidente de la misma, pregunta si ese nombramiento es valido. De no serlo, los actos producidos en su ejercicio son válidos o pueden ser tachados de nulos.

Al respecto, el artículo 434 del Código de Comercio, señala la forma cómo se integra la junta directiva, advierte que la misma debe componerse con no menos de tres miembros con sus respectivos suplentes. Por su parte, el artículo 436 ibidem, señala que los principales y suplentes serán nombrados por el máximo órgano social para períodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente.

Como bien se observa, no existe disposición que establezca como condición para ser miembro de una junta directiva ser accionista de la sociedad, de ellas como del numeral 4º del artículo de Co., que expresa “Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda”, se colige claramente que tal función corresponde a la asamblea general de accionistas, sin condicionar la elección de los miembros a cualidades o calidades que la ley no señala.

En ese orden de ideas, salvo que en los estatutos sociales se consagre como condición que para ser parte de la junta directiva debe ostentar la calidad de accionista, nada impide para que personas ajenas a la compañía sean designados para ocupar dicho cargo y a que a la vez pueda desempeñarse como presidente de la misma.

Sin embargo, como se anotó anteriormente, al ser función del máximo órgano social tanto la elección como la remoción de sus administradores, nada obsta para que en cualquier momento se haga una nueva elección de la junta, mediante el sistema del cuociente electoral, o proveer el cargo o cargos vacantes por unanimidad, conforme lo señala el artículo 197 Ob. Cit.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que el presente pronunciamiento fue resuelto dentro del plazo legal y que los efectos del mismo son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Oficina Jurídica

Bogotá, D.C., 30 de abril de 2006



CONCEPTOS, DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA