

OFICIO 220-150012 DEL 29 DE JULIO DE 2016

ASUNTO: RENUNCIA AL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA CESIÓN DE CUOTAS.

Me refiero a su escrito radicado bajo el número 2016-01-351533, mediante el cual transcribe el texto de cláusula estatutaria que regula la cesión cuotas en una sociedad de responsabilidad limitada, en la que se establece que no obstante la sujeción a las reglas contempladas en los artículos 362 y SS del Código de Comercio “los socios podrán renunciar al derecho de preferencia y a las reglas generales de cesión en forma colectiva o individual”, y a ese propósito consulta:

- Si partir de esa cláusula, a dicha sociedad le es aplicable (por remisión del Art. 372 del C. Co.) la renuncia al derecho de preferencia en los términos regulados en el inciso 3 del artículo 388 del C. Co. y numeral 5 del Art. 420?
- Es decir, si podría renunciarse de manera colectiva con una mayoría del 70%?”, teniendo en cuenta el concepto emitido por esta entidad a través del oficio 220-034368 del 11 de abril de 2013.”

Al respecto es preciso advertir que si bien esta Superintendencia con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos no se dirigen a definir el alcance de contratos, actos o decisiones de carácter particular, máxime referidas a compañías cuyos antecedentes desconocen.

Bajo ese presupuesto, antes que una respuesta de carácter vinculante sobre sus interrogantes, la opinión de este Despacho es que no resulta ajustada a derecho la interpretación planteada, en sentido de que por virtud de la cláusula estatutaria aludida, se pueda renunciar al derecho de preferencia en la cesión de cuotas de manera colectiva, con el voto de la mayoría del 70% de las cuotas, so pretexto de la aplicación de las disposiciones legales citadas, entre otros porque el concepto que al efecto cita, se refiere a la facultad que le asiste a la asamblea general de accionistas en la sociedad anónima, para disponer que una emisión de acciones se pueda suscribir sin sujeción al derecho de preferencia según los términos del inciso 3° del artículo 388 del Código de Comercio, decisión que en tal caso debe adoptar la asamblea con sujeción a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 420 del Código de Comercio.

Aunque la razón anterior es suficiente para desestimar la interpretación que su solicitud propone, es pertinente traer algunos apartes del oficio 220-15279 del 21

de marzo de 2007, relativo al tema de la cesión de cuotas, y principalmente al alcance que debe dársele al artículo 372 del Estatuto Mercantil. .

(...)

“Establece la mencionada disposición:

“En lo no previsto en este Título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”

(La negrilla para llamar la atención).

Como puede observarse, la remisión solo opera en la medida en que los artículos especiales aplicables a las sociedades limitadas (353 a 372 ídem), no regulen precisamente la materia respectiva, o resulten insuficientes para desarrollar el punto que corresponda.

En cuanto refiere al derecho de preferencia en las sociedades limitadas, o lo que es igual, la facultad que le asiste a los socios para adquirir proporcionalmente a su participación en el ente económico, y con exclusión de extraños, las cuotas objeto de cesión, o aquellas provenientes de un aumento de capital, tenemos que el Legislador estableció aquella facultad en el artículo 363 ibídem, norma cuyo tenor literal es como sigue:

“Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurridos este lapso los socios que acepten la oferta tendrán derecho de tomarlas a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta”. (Subraya fuera del texto)

Por lo tanto, autorizados como se encuentran los asociados para pactar libre y voluntariamente el derecho de preferencia en la cesión de cuotas, resulta claro que de acogerse tal opción, puede adoptarse el procedimiento previsto para el efecto en el artículo 363 del C. de Co. (una de las razones de la remisión), o aquel estipulado libremente entre las partes objeto de negociación. (Subraya fuera del texto)

Corolario con lo expresado, y a título de información, los elementos mínimos de la cesión de cuotas con sujeción al derecho de preferencia son:

a. Que preceda una oferta o propuesta de la enajenación de las cuotas.

- b. Que la oferta se haga a través del representante legal de la compañía, teniendo en cuenta que es el medio de comunicación externa e interna de la sociedad, por lo tanto intermediario necesario entre el proponente y los destinatarios de la oferta.
- c. Que el representante legal de inmediato de traslado de la oferta a los socios.
- d. El plazo para la aceptación de la oferta es de quince días, el cual debe entenderse en días hábiles de acuerdo con lo previsto en el artículo 829, parágrafo primero del Código de Comercio.
- e. Los socios tienen derecho a tomar las cuotas en proporción a las que posean al momento de la oferta, sin perjuicio de que el derecho del cual no se haga uso, acrezca de la misma forma (proporcionalmente) a los demás asociados.
- f. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta”

Acorde con lo anterior, es claro que si bien el artículo 363 del Código de Comercio consagra el derecho de preferencia en la cesión de cuotas con sujeción al procedimiento legal indicado, el mismo precepto permite que la voluntad social prescinda de este derecho en los estatutos, o establezca las condiciones en que no se será ejercido, caso en el cual preferirán y serán de obligatoria aplicación las estipulaciones estatutarias acordadas.

Tal sería el caso de la cláusula que estipula que los socios podrán renunciar al derecho de preferencia y a las reglas generales de cesión en forma individual o colectiva, expresión esta última que en concepto de este Despacho significa que la manifestación en tal sentido, podrá ser expresada por todos los socios como grupo o colectividad, esto es por la totalidad de las personas que ostenten la calidad de socios de la compañía, bien que lo haga cada uno de forma separada para luego sumarla todas o que de manera simultánea la totalidad exprese su determinación, sin que ningún caso pueda equipararse la renuncia colectiva, a una decisión de la junta de socios, órgano social que sólo tendría competencia para pronunciarse sobre ese aspecto, en la medida en que los estatutos sociales de manera expresa le confirieran dicha función.

Distinto sería que en reunión de junta de socios llevada a cabo con la participación unánime de los socios que conformen el capital social, éstos expresen todos su voluntad en tal sentido, sin que por esa circunstancia se le atribuya en carácter de decisión del máximo órgano social.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con el alcance previsto en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, como la Circular Básica Jurídica.