

OFICIO 220-002294 DEL 13 DE ENERO DE 2014

ASUNTO: ESTATUTARIAMENTE, EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA NO PUEDEN CONTEMPLARSE LIMITACIONES A LA LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LAS ACCIONES DISTINTAS DE LAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 403 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Me refiero a su escrito radicado en esta superintendencia con el número 2013-02-028578 mediante el cual presenta algunas inquietudes relacionadas con la posibilidad de que en los estatutos de una sociedad anónima, como fruto de una decisión adoptada por mayorías ordinarias y con carácter general, se pacten cláusulas del siguiente tenor:

“TAG ALONG (Derecho de acompañamiento): En virtud de esta cláusula, cuando cualquiera de los accionistas pretenda enajenar a cualquier título a un tercero, cualquier porcentaje de su participación en la sociedad, deberá informar a los demás accionistas para que estos decidan si participan en la enajenación en los mismos términos acordados con el tercero, evento en el cual se deberán enajenar acciones de todos los accionistas que manifiesten interés en participar en la enajenación, de acuerdo con su porcentaje de participación, ateniendo (sic) al número de acciones y porcentaje total que el tercero está dispuesto a adquirir.

DRAG ALONG (Derecho de Arrastre): En virtud de esta cláusula, cuando cualquiera o algunos de los accionistas que representen más del 20% de participación en el capital suscrito y pagado, reciban de parte de un tercero una oferta por una cantidad de acciones superior a la de su participación accionaria, podrá obligar a los demás accionistas, a enajenar a favor del tercero, las acciones necesarias para atender la oferta.

-Sindicación del voto, con lo cual los accionistas previamente se obligan a votar en un mismo sentido, en relación con temas que se definan previamente entre los accionistas.

-Cláusula de negociación cooperativa, con la cual, cuando cualquiera de los accionistas tengan interés en buscar alternativas de negociaciones de las acciones, se obliga a involucrar activamente a los demás accionistas, en la búsqueda, estructuración y cierre de la negociación, de modo que no se bloquee la participación accionaria.

-Regulación de mecanismo de salida, como medio para solucionar eventos de bloqueo, situaciones de desacuerdos insuperables y liquidaciones de inversiones temporales de terceros.

-Cláusulas de permanencia de los accionistas y estabilidad en porcentajes de participación.

-Cláusulas de confidencialidad y no competencia entre los accionistas.

Política de distribución de dividendos en la cual se establezca la periodicidad, el porcentaje de las utilidades a repartirse, la forma de pago, así como la creación de reservas con destinaciones específicas.

-Cláusula de resolución de conflictos o cláusula arbitral.”

Específicamente, sus consultas son:

“A. ¿Puede la Asamblea de Accionistas de la sociedad anónima (X), mediante reforma estatutaria, incluir y regular en los estatutos sociales de la compañía, las cláusulas TAG ALONG y DRAG ALONG, cláusulas propias de un Acuerdo de Accionistas, decisión de reforma que se aprobaría con la mayoría simple de los accionistas, y que formalizada obligaría a todos los accionistas?

B. ¿Qué otras cláusulas propias de los Acuerdos de Accionistas pueden regularse en los estatutos de la sociedad anónima (x)? ¿Existe alguna cláusula propia de los acuerdos de Accionistas que no pueda ser incluida en los estatutos de la sociedad anónima (X) vía reforma estatutaria?”

R/. Sobre el particular, se tiene que la libertad de contratación está sostenida tanto en la libertad individual, como en la autonomía de la voluntad privada, libertad que en la actualidad hace parte integrante del derecho a la libre empresa (Art. 333 C.N.), el cual, sin embargo, no es absoluto, ya que se encuentra limitado y regulado por las formas imperativas legales.

La libertad de contratar implica que las partes pueden fijar el contenido del contrato, pero respetando las normas que resultan imperativas en cada caso.

Según el artículo 1519 del Código Civil, “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación....”, derecho público que tiene su razón de ser en la protección de derechos colectivos o de particulares que en razón de su condición de minorías puedan verse afectados frente al poder de las mayorías.

En el caso de las sociedades anónimas, las acciones en las cuales se encuentra representado su capital resultan, en principio, libremente negociables. No obstante, la ley ha dispuesto taxativamente los casos en los cuales puede presentarse la vulneración a su libre negociabilidad, tal como se colige del artículo 403 del Código de Comercio el cual dispone:

“ARTÍCULO 403. <EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE ACCIONES>. Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

- 1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
- 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;

- 3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
- 4) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.”

En armonía con el transcrito artículo 403 del Código de Comercio, encontramos que el artículo 379 ídem corrobora la libertad de negociación de las acciones, “a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos”. Tal derecho de preferencia es aquel al que alude el artículo 407 ibídem.

Por su parte, tenemos que la enajenación de acciones es el resultado del ejercicio de la libre facultad de disposición de un bien propio como atributo del derecho real de dominio amparado en los términos del Art 69 del Código Civil y, como tal, faculta al dueño para disponer de sus cosas, derecho que no puede ser restringido sino en los casos que específicamente resulte legalmente factible hacerlo.

En el presente caso, se tiene que los únicos eventos contemplados en la ley en los cuales se limita la libertad de negociación de las acciones, son aquellos a que se refiere el artículo 403 del Código de Comercio, antes citado; por lo tanto, considera esta oficina que no resulta viable que estatutariamente puedan preverse situaciones adicionales a las preconcebidas en la ley con las cuales se disponga en forma general de la libertad contractual de los accionistas respecto de la negociabilidad de sus acciones.

Situación diferente se presenta frente a pactos privados celebrados entre accionistas tendientes a fijar condiciones en la negociabilidad de sus acciones, los cuales no pueden ser confundidos con los pactos entre accionistas a que se refiere el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, cuya única materia de pacto será la posibilidad de votar en igual o determinado sentido durante una reunión de Asamblea General de Accionistas, entre otros de los asuntos específicamente previstos en tal precepto. Sobre este particular, es criterio de esta superintendencia, que “...no es viable, al amparo del artículo 70 de la mencionada Ley 222, celebrar acuerdos sobre temas distintos a los señalados taxativamente. Se debe precisar en todo caso, que ello no obsta para que los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada puedan celebrar discrecionalmente acuerdos sobre otros asuntos, como serían los que contengan condiciones relacionadas con la enajenación de acciones, caso en el cual éstos, que la doctrina ha denominado tradicionalmente acuerdos privados, resultarán plenamente válidos entre los socios que los suscriben, pero a diferencia de los anteriores, no tendrán carácter vinculante frente a la compañía ni a los demás asociados” (Oficio No. 220-009238 del 11 de marzo del 2004).

Así las cosas, para dar respuesta a sus interrogantes, se tiene que no resulta viable en las sociedades anónimas fijar estatutariamente una limitación a la libre negociabilidad de las acciones, libertad que incluye tanto la de querer venderlas, como la de no querer hacerlo) distinta a las específicamente contempladas en la ley, así como tampoco cualquiera otra situación que en virtud del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, pueda, según su tenor, ser objeto de convención entre accionistas, lo cual no obsta para que a través de acuerdos

privados entre accionistas se pacte cualquiera situación legal relacionada con sus propios asuntos, que afecten únicamente sus propios intereses, pacto que únicamente tendrá efectos vinculantes entre sus suscriptores.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, los cuales tienen el alcance a que alude el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.