



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

SUMARIO:

1. DEFINICIÓN
2. FUNDAMENTO
3. NATURALEZA JURÍDICA
4. CARACTERES
 - a. Irrenunciabilidad e Inderogabilidad
 - b. Cesibilidad
5. FORMA DE OPERACIÓN
 - a. Presupuestos
 - i. Resolución de Aumento de Capital
 - ii. Titularidad
 - iii. Forma Y términos
6. MARCO LEGAL EN COSTA RICA
 - a. Código de Comercio
 - b. Ley reguladora del mercado de valores

Resumen: En la presente investigación se exponen los criterios doctrinales generales sobre el Derecho de Suscripción Preferente tales como la definición, fundamento, características y naturaleza jurídica, así como su regulación a nivel nacional.



DESARROLLO

1. DEFINICIÓN

"Hoy día, casi todas las legislaciones acuerdan el derecho de suscripción preferente, también llamado derecho de opción.

(...)

Es un poder otorgado por la ley al socio para adquirir, antes que cualquier tercero extraño a la sociedad y dentro de un plazo determinado, una parte proporcional a su aporte, del aumento efectivo realizado en el capital social."¹

2. FUNDAMENTO

"El fundamento de este derecho "se conecta por la generalidad de la doctrina, y con toda corrección, a la protección de la participación del socio en los aumentos del capital social".

(...)

Podemos decir junto con CERTAD, JIMNEZ MORUA. COCO CORRENTI y otros que la razón de ser del derecho de suscripción preferente su "ratio" la constituyen dos factores la conservación de la participación social, y la salvaguarda de la posición patrimonial del socio, a título personal nos atreveríamos a afirmar que dichas razones están fundamentalmente basadas en la protección de! derecho de propiedad como una emanación del derecho real que se tiene sobre las acciones o cuotas tendiente a proteger el aspecto cualitativo de la propiedad."²

3. NATURALEZA JURÍDICA

"CERTAD nos señala que este es un tema muy debatido por los distintos autores pero que existen dos perspectivas distintas desde la cuales se puede abordar como derecho subjetivo y como agregado de la acción.

1-Como Derecho Subjetivo: Se trata, según Messineo, de:" El derecho (personal) de opción(rectius: el derecho de suscribir nuevas acciones, correspondiente al socio) es un poder, más que una prelación(o, sea, preferencia); es un derecho exclusivo de suscripción; sólo que, en caso de falta de ejercicio en tiempo, tal derecho se pierde y, en ciertas condiciones, puede ser ejercitado por otros, no considerando aplicable a tal derecho la teoría general de los contratos.

(...)

El derecho de opción, por su propia naturaleza de derecho patrimonial, es cesible; o sea cualquier socio puede traspasarlo, sin embargo en sociedades donde el traspaso de las participaciones sociales se encuentre restringido a cumplir con requisitos legales o estatutarios deberán respetarse los mismos. Aquí nos encontramos



con el problema de que en una sociedad como nuestra sociedad de responsabilidad limitada el derecho que pretendiera cederse a terceros- por ser el plazo disponible para ejercerlo de caducidad, a partir del acuerdo si estuvo presente o de la comunicación del mismo si no lo estuvo- puede fácilmente caducar por un traslape del plazo para ejercer el derecho y del plazo que indica el artículo 86 del C. Co. si no se diera el "placel" por lo que de no ejercitarse el tanteo por parte de algún socio caducaría el derecho sin poder negociarse y sin reportar ningún beneficio a su titular."³

4. CARACTERES

a. Irrenunciabilidad e Inderogabilidad

"La doctrina alemana ha establecido que como consecuencia de la constitución de la sociedad, los socios poseen tanto un derecho abstracto de opción como un derecho concreto.

El derecho abstracto se traduce en aquél derecho del socio, para con la sociedad, a la oferta de las nuevas acciones emitidas en razón de un aumento de capital y con preferencia a terceros. El derecho se refiere a todos los eventuales aumentos de capital, es decir, es un derecho preexistente.

En cuanto al derecho concreto, podemos entenderlo como el complemento necesario de un hecho jurídico de formación sucesiva, que se traduce para el socio en el derecho a suscribir las nuevas acciones que la sociedad ha ofrecido.

(...)

Otro punto digno de aclararse, es el que se refiere a la diferenciación entre exclusión como acto permitido a la sociedad y renuncia al derecho por parte de los socios como tales.

(...)

No es permitida entonces la renuncia general de los socios a su derecho preexistente de preferencia, pero sí a su derecho concreto de suscribir acciones, en determinado aumento de capital.

NOBILI señala que la renuncia al derecho concreto puede ser manifestada tanto antes como después de la oferta de las acciones por parte de la sociedad, y también antes de la deliberación de aumento de capital. Para poderla efectuar válidamente, el socio solo debe conocer el número de acciones nuevas que podría suscribir ejercitando el derecho de opción. La ley, entonces, no impone para la renuncia requisitos más rigurosos, sino que cumple con los mismos de la exclusión.

Por nuestra parte, consideramos que el establecer el derecho de suscripción preferente en una norma de carácter imperativo, reviste enorme importancia, dado que se fundamenta en intereses dignos de tutelarse.

(...)



Por último, podemos señalar que la legislación colombiana considera a la opción como un derecho, no tan sólo renunciable, sino también derogable en forma abstracta por cláusula estatutaria expresa.

"Los accionistas de toda sociedad anónima gozan entre otros, del derecho patrimonial de suscribir preferencialmente las acciones que emita la compañía, y este derecho no puede ser desconocido o vulnerado sino mediante pacto expreso, contenido en el contrato social, o decisión en contrario de la asamblea general de accionistas, tomada con el voto unánime de todas las acciones suscritas."⁴

b. Cesibilidad

"El derecho de suscripción es negociable dentro de las mismas condiciones que la acción, siempre y cuando no existan cláusulas estatutarias que restrinjan la libre transmisibilidad de las acciones.

"Normalmente el derecho de suscripción preferente se ejercita o se cede por medio de un bono o cupón que actúa como título accesorio de la acción y que con su desprendimiento modifica el contenido literal de la certificación impuesta en la misma acción que carezca de estos títulos accesorios."

También puede ejercerse mediante estampillado de las acciones.

(...)

Válida es, sin embargo, la cesión del derecho para un determinado aumento de capital no deliberado aún o bien, un aumento ya deliberado en el que aún no se ha verificado la oferta. Esto es, que es cesible el derecho concreto de opción.

Como regla general, el negocio será concluido después que las condiciones de emisión de las nuevas acciones sean determinadas, pues el cedente y el cesionario deben conocer, por lo menos, el número de acciones a suscribir y el precio de emisión.

Las cesiones sucesivas a la oferta, pueden realizarse por causa de muerte o por actos inter-vivos. Al heredero o legatario del accionista se les transferirá los derechos de las viejas acciones, el solo derecho de suscripción, ó la propiedad sobre las nuevas acciones si la opción ya había sido ejercitada por el causahabiente.

Los actos inter-vivos, quedan sujetos a las reglas generales de la compraventa, donación, permuta, etc.

NOBILI también nos señala que en caso de invalidez del aumento de capital, el negocio de cesión resulta nulo, por carecer de objeto. Por el contrario, si el aumento de capital se revoca, se procede a la resolución del contrato de cesión."⁵



5. FORMA DE OPERACIÓN

a. Presupuestos

i. Resolución de Aumento de Capital

"HALPERIN, GIRÓN TENA, BRUNETTI Y FISCHER son ejemplo de otros tratadistas que consideran que la asamblea es el único órgano competente para tomar decisiones que modifiquen la existencia o funcionamiento del ente social.

De tal forma que, la sociedad en sí misma es libre de decidir un aumento de capital, pero además se debe deliberar acerca del derecho de opción garantizado por la ley.

La asamblea entonces, puede determinar en el aumento de capital, todas las condiciones de oferta de las nuevas acciones a los socios, u ordenar al Consejo de Administración la fijación de las condiciones de la opción."⁶

ii. Titularidad

"El derecho de suscripción preferente, se concede a los accionistas como tales. Por esto, constituye un accesorio de la acción y circula con ella aumentando su valor-

Para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el derecho de opción también se concede para quienes figuran como titulares de cuotas de participación en la escritura social.

O sea, que serán titulares para ejercitar el derecho de preferencia, quienes sean miembros de la sociedad-

La suscripción, sin embargo, puede ser efectuada por otros sujetos en nombre del titular. Esto es, que pueden existir sujetos legitimados a la suscripción, como lo serían los representantes legales o voluntarios."⁷

iii. Forma Y términos

"La oferta de las nuevas acciones, debe hacerse por parte de la sociedad, con una determinada formalidad establecida por la ley.

En primera instancia, se advirtió en los diferentes sistemas alguna dificultad en el ejercicio del derecho de suscripción preferente en virtud de la escasa publicación y cortos plazos. Igualmente, éstos no debían alargarse tanto, como para entorpecer la capitalización de la sociedad.

(...)

La publicación de la oferta también debe indicar el lugar, el término y las formalidades requeridas para la suscripción.

La determinación de un lugar específico no debe caer dentro del abuso de la mayoría, es decir, no debe ser una localidad de imposible acceso para algunos accionistas.

(...)

En cuanto al término, tanto la legislación argentina como italiana,



establecen un plazo de 30 días, contados a partir de la última publicación.

La decadencia del término importa la extinción del derecho de aceptar la oferta de la sociedad. Además, el ente social es libre de fijar un término mayor de aquél establecido por la ley, pero no puede fijar un término menor por cuanto la ley establece un período mínimo en defensa del socio."⁸

6. MARCO LEGAL EN COSTA RICA

a. Código de Comercio⁹

ARTÍCULO 82.- En los aumentos de capital social se observarán las mismas reglas que en la constitución de la sociedad; los socios tendrán preferencia para suscribirlo, en proporción a sus partes sociales. A este efecto, si no hubieren asistido a la asamblea en que se acordó el aumento, deberá comunicárseles lo resuelto en la forma indicada para la convocatoria de asamblea. Si algún socio no ejerce el derecho que este artículo le confiere dentro de los quince días siguientes a la comunicación, se entenderá que renuncia a él y el aumento de capital podrá ser suscrito y pagado por los otros socios en la misma proporción indicada. El aumento podrá ser suscrito por terceros en cuanto no haya socios que lo suscriban, si se llenan los requisitos legales para su admisión como nuevos socios.

ARTÍCULO 139 bis.- (*) En caso de pignoración de acciones, el derecho de voto corresponde al socio, tanto en asambleas ordinarias como extraordinarias, salvo pacto en contrario, al acreedor pignoraticio en asambleas ordinarias y al socio de las extraordinarias.

En caso de usufructo de las acciones, el derecho de voto corresponde, salvo pacto en contrario, al usufructuario en asambleas ordinarias y al nudo propietario en las extraordinarias.

En los dos casos anteriores, el derecho de suscripción preferente corresponde siempre al socio. Si tres días antes del vencimiento del plazo, el socio no consignare las sumas necesarias para el ejercicio del derecho de opción, éste deberá ser enajenado por cuenta del socio por medio de un agente de bolsa, o de un agente libre.

(*) El artículo 139 bis ha sido adicionado mediante Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7201 de 10 de octubre de 1990.

b. Ley reguladora del mercado de valores¹⁰



ARTÍCULO 27. Objeto

Las bolsas de valores tienen por único objeto facilitar las transacciones con valores, así como ejercer las funciones de autorización, fiscalización y regulación, conferidas por la Ley, sobre los puestos y agentes de bolsa.

Se organizarán como sociedades anónimas y deberán ser propiedad de los puestos de bolsa que participen en ellas. Su capital social estará representado por acciones comunes y nominativas, suscritas y pagadas entre los puestos admitidos a la respectiva bolsa.

En ningún caso, la participación individual de un puesto de bolsa en el capital podrá exceder del veinte por ciento (20%) del capital total de la sociedad.

Cuando se decreten aumentos en el capital social, los puestos de bolsa tendrán derecho a suscribir una participación, en el capital de la sociedad, igual a la que ya poseen. La cantidad de acciones no suscritas de estos aumentos, prioritariamente y de conformidad con el respectivo pacto social, podrán ser suscritas por los restantes puestos en la misma proporción que ellos tengan en el capital total. Únicamente después de ejercido el citado derecho de prioridad por cada puesto, los demás podrán incrementar sus suscripciones individuales dentro del límite establecido en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 46.- Derecho preferente

El derecho de opción o suscripción preferente, inherente a los títulos accionarios vendidos a plazo, corresponderá al comprador. Si él lo solicita con la antelación indicada en el reglamento de la bolsa, el vendedor deberá ponerlo en condiciones de ejercitar el derecho o ejercitarlo él mismo por cuenta del comprador, si este le sule los fondos necesarios.

A falta de solicitud del comprador, el vendedor deberá procurar la venta de la prioridad por cuenta de aquel, al mejor precio posible, por medio de un agente de bolsa.



FUENTES CITADAS

-
- ¹ JIMÉNEZ Morua, Rosa María y QUESADA Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, pp. 147 y 148. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2151).
- ² AZOFEIFA Cascante, Marielena y CARRANZA Vargas Esteban. Posibilidad de aplicar por analogía las normas de la Sociedad Anónima a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y viceversa, específicamente en cuanto al derecho de suscripción preferente y el derecho de información. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2000, pp. 280 y 282. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 3658).
- ³ AZOFEIFA Cascante, Marielena y CARRANZA Vargas Esteban. Posibilidad de aplicar por analogía las normas de la Sociedad Anónima a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y viceversa, específicamente en cuanto al derecho de suscripción preferente y el derecho de información. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2000, pp. 283 y 285. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 3658).
- ⁴ JIMÉNEZ Morua, Rosa María y QUESADA Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, pp. 159 a 161 y 164. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2151).
- ⁵ JIMÉNEZ Morua, Rosa María y QUESADA Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, pp. 164 a 166. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2151).
- ⁶ JIMÉNEZ Morua, Rosa María y QUESADA Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, p. 169. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2151).



-
- ⁷ JIMÉNEZ Morua, Rosa María y QUESADA Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, p. 171. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2151).
- ⁸ JIMÉNEZ Morua, Rosa María y QUESADA Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, pp. 174 y 176. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 2151).
- ⁹ Código de Comercio. Ley N° 3284. Costa Rica, 27 de mayo de 1964.
- ¹⁰ Ley reguladora del mercado de valores. Ley N° 7332. Costa Rica, 17 de diciembre de 1997.