

Laudo Arbitral

Humana S.A., Compañía de Medicina Prepagada

v.

Humana Vivir S.A., EPS;

Previsión Médica Integral Ltda., Previmedica Ltda.; Vivir S.A., Medicina Prepagada

Agosto 25 de 1997

Audiencia de laudo

En Santafé de Bogotá el día veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) a las tres de la tarde (3:00 p.m.) se reunió, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá situado en la Carrera 9ª N° 16-21 piso 4º, el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros doctores Antonio De Irisarri Restrepo, quien preside, Pablo Cárdenas y Adolfo Urdaneta, y la secretaria doctora Carmenza Mejía Martínez. Asistieron los apoderados de las partes doctores Luis Hernando Parra, Rafael Bernal, Jorge Hernán Gil y Martín Vidart N.

Se procede a iniciar a la audiencia dentro de la cual ha de proferirse el laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, en la siguiente forma:

Corresponde al Tribunal de Arbitramento pronunciar el fallo sujeto a su decisión, previas las siguientes consideraciones:

1. El tribunal fue convocado por demanda de Humana S.A., Compañía de Medicina Prepagada contra a) Humana Vivir S.A., E.P.S.; b) Previsión Médica Integral, Previmedica Ltda., y c) Vivir S.A., Medicina Prepagada. Estas sociedades tienen su domicilio en Santafé de Bogotá excepto Vivir S.A., que está domiciliada en la ciudad de Bucaramanga.
2. Se invocó el capítulo XIV arbitramento. Artículo ciento veintinueve cláusula compromisoria, de los estatutos de Humana Vivir S.A., E.P.S.
3. Los árbitros se designaron por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, aceptaron y se posesionaron. Estos eligieron su presidente y nombraron la secretaria, quien tomó posesión ante el presidente del tribunal. Fijaron los honorarios y gastos del tribunal, los que se consignaron oportunamente por las partes. Así mismo se dispuso comunicar al señor Procurador General de la Nación la constitución de este tribunal. (actas 1 y 2).
4. Conforme al auto que se dictó en la audiencia del 19 de mayo de 1997, el tribunal se declaró competente para dirimir las controversias sometidas a su decisión (acta 3) y decretó las pruebas solicitadas por los señores apoderados de las partes. De oficio decretó pedir al señor revisor fiscal de Humana Vivir S.A., E.P.S., certificar sobre la composición accionaria de quienes eran titulares de las acciones el 11 de noviembre de 1995 y después de la negociación de acciones de esta sociedad; al Superintendente de Valores respecto a si las acciones de Humana Vivir S.A., E.P.S., se encontraban inscritas en alguna de las bolsas de valores que funcionan en el país; además dispuso el registro de la demanda en el libro de registro de accionistas de Humana Vivir S.A., E.P.S., previo otorgamiento de caución por el solicitante la cual no fue prestada y negó por improcedente la inscripción de la demanda en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por solicitud de los señores apoderados de las partes se aceptó el desistimiento de las declaraciones de parte de los representantes legales de Humana S.A., Compañía de Medicina Prepagada, de Humana Vivir S.A., E.P.S., y de la exhibición de los documentos por esta sociedad. Así mismo, del reconocimiento de la firma de la señora Gloria Fonnegra. (acta 3 fl. 180).

5. La demanda de Humana S.A., Compañía de Medicina Prepagada, reúne los requisitos para considerarla como

demanda en forma. Esta fue contestada oportunamente por las demandadas. Las partes, personas jurídicas, han estado representadas por abogados titulados.

6. Los señores apoderados de las sociedades demandadas propusieron lo que ellos denominaron “ilegitimidad en la causa por activa”, “ilegitimidad en la causa para demandar” e “ilegitimidad en la causa por parte del demandante”. Además, “carencia de causa”, y “la excepción de fondo de falta de causa”.

Si bien las califican como excepciones de mérito, el tribunal estima que la sociedad demandante sí tiene legitimidad en la causa, por cuanto en la fecha de negociación de las acciones objeto de este proceso, se hallaba vinculada jurídicamente con las sociedades demandadas, por razón del contrato de sociedad que todas ellas celebraron al constituir la sociedad Humana Vivir S.A., E.P.S., por medio de la escritura pública 758 del 13 de marzo de 1995 de la Notaría Veinticinco del Círculo de Santafé de Bogotá (fls. 1 a 30 del cdno. de pbas.) (C.C., art. 1602, y C. Co., arts. 98 a 120). Además, la actora era titular de 398 acciones el 11 de noviembre y el 15 de diciembre de 1996, según el certificado del revisor fiscal de Humana Vivir S.A., E.P.S. (fl. 135 cdno. de pbas.).

Igualmente, es la opinión del tribunal que, respecto a la negociación de las 216 acciones de Humana Vivir S.A., EPS, llevada a cabo entre Vivir S.A., Medicina Prepagada y Previsión Médica Integral Previmedica Ltda., el estatuto social al cual estaban ligadas ellas y la Sociedad Humana S.A., Compañía de Medicina Prepagada las partes era ley válida entre las mismas. Por consiguiente el tribunal negará estos medios de defensa alegados por los señores apoderados de las sociedades demandadas.

7. El tribunal se sujetó al procedimiento señalado en las normas legales pertinentes. No obstante, haberse intentado la conciliación en la etapa interior a la actuación del tribunal, este celebró la audiencia de conciliación el 25 de junio de 1997 (acta 5), en la cual las partes no llegaron a ningún convenio sobre la materia en disputa.

En esta misma fecha y en distinta audiencia (acta 6) los señores apoderados de las partes alegaron de conclusión y entregaron a la secretaría el texto de sus intervenciones. (fls.191 a 213 cdno. ppal.)

8. No observándose ninguna deficiencia o irregularidad que afecte el proceso o implique su nulidad, el tribunal estudia a continuación la materia sujeta a su decisión, así:

Consideraciones del tribunal

El punto sometido a la decisión del tribunal se contrae a establecer si la negociación de 216 acciones de la sociedad Humana Vivir S.A., Entidad Promotora de Salud “Humana Vivir S.A., E.P.S.” llevada a cabo entre las sociedades Vivir S.A. Medicina Prepagada, de una parte, y Previsión Médica Integral Ltda. “Previmedica Ltda.”, de la otra, se celebró irregularmente y es, por consiguiente nula, como lo pretende la sociedad convocante, o si dicho negocio jurídico fue celebrado y perfeccionado con pleno acatamiento a la ley y a los estatutos de la sociedad primeramente nombrada, como lo sostienen las sociedades convocadas.

En orden a resolver el punto objeto de la litis, el tribunal analizará primeramente, las normas contenidas en el Código de Comercio referentes a la negociación de acciones de las sociedades anónimas, y en segundo lugar, se ocupará de las disposiciones que sobre la materia contienen los estatutos de “Humana Vivir S.A., E.P.S.” Previamente, sin embargo, se hace necesario adelantar algunas consideraciones que contribuyen a delimitar más precisamente el ámbito de la causa en litigio.

En ese orden de ideas, se anota:

a) Las partes solo discuten la regularidad y validez de la negociación de la cantidad de 216 acciones de la sociedad “Humana Vivir S.A., E.P.S.” de que era titular la sociedad “Vivir S.A., Medicina Prepagada”, a que se refiere el punto 3 del acta 42 de la junta directiva de dicha sociedad (fls. 50-52, cdno. de pbas. 1) Está, pues, fuera de toda discusión la legitimidad de la negociación de las 60 acciones adicionales de que trata, también, la mencionada acta 42 de la junta directiva de la sociedad últimamente nombrada;

b) Es un hecho plenamente acreditado que dentro del plazo estipulado, solo uno de los accionistas de “Humana Vivir S.A., E.P.S.”, la sociedad Previsión Médica Integral Ltda., “Previmedica Ltda.”, manifestó al representante

legal de la sociedad primeramente mencionada, tener "... interés en hacer uso del derecho de preferencia que le corresponde, para adquirir el paquete total de las 216 acciones ofrecidas por Vivir S.A., en uno de sus oficios fechado el 11 de noviembre de 1995". Agregando, a renglón seguido, que "Para tal efecto, quedamos a la espera de sus gestiones que permitan adelantar las conversaciones propias del negocio relacionadas con el objeto, precio, forma de pago y demás condiciones complementarias" (cdno. de pbas. 1, fl. 67, negrilla fuera del texto);

c) Tampoco son materia de la controversia sometida a la decisión del tribunal, ni se ha argumentado ni discutido nada por las partes, los aspectos atinentes al pago de las acciones negociadas entre las sociedades Vivir S.A., Medicina Prepagada, de una parte, y Previsión Médica Integral Ltda. "Previmedica Ltda.", de la otra, ni las condiciones o modalidades de tal pago.

Hechas las interiores consideraciones previas, entra ahora el tribunal a examinar el tema de la negociación de las acciones de las sociedades anónimas, a la luz del Código de Comercio.

El principio general que gobierna la materia está constituido por la libre negociabilidad de las acciones, como claramente se desprende de lo dispuesto por los artículos 379, numeral 3º y 403 del Código de Comercio. Las excepciones legalmente previstas al principio de la libre negociabilidad de las acciones de las sociedades anónimas son las contempladas por el mencionado artículo 403 del estatuto mercantil, a saber:

- a) Las acciones privilegiadas;
- b) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
- c) Las acciones de industria no liberadas, a menos que medie autorización de la junta o de la asamblea, y
- d) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor prendario.

De las anteriores excepciones al principio general sobre libre negociabilidad de las acciones de las sociedades anónimas, la única que al proceso interesa es la referente a las acciones comunes en relación con las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia. (C. Co., art. 403, núm. 2º).

El derecho de preferencia en la negociación de acciones está regulado, en cuanto a lo que deben contener los estatutos, por el artículo 407 del Código de Comercio, en armonía con el 403 ya citado, normas de las cuales se deduce que el derecho de preferencia en la negociación de acciones debe estar previsto expresamente en los estatutos sociales y que en los propios estatutos deben indicarse, además, los plazos y las condiciones dentro de las cuales podrá ser ejercido. De dichos preceptos fluye, también, que los titulares del derecho de preferencia pueden ser la sociedad misma, sus accionistas o ambos, según lo consagren los estatutos sociales.

En cuanto concierne tanto al precio como a la forma de pago de las acciones, no son aspectos que deban ser objeto del pacto estatutario, sino producto del libre acuerdo entre vendedor y comprador de las acciones. No obstante, si no hay acuerdo, tanto el precio como la forma de pago o ambos extremos, serán fijados por peritos designados por las partes o, en su defecto, por la respectiva superintendencia.

La ley sanciona con la ineficacia las estipulaciones estatutarias que contravinieren lo preceptuado en el inciso primero del artículo 407 del estatuto mercantil y advierte, además, que la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones se tendrá por no escrita mientras la sociedad tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores.

Aspectos tales como la cesión del derecho de preferencia en la negociación de acciones; la proporción en que la sociedad o los accionistas o ambos pueden hacer uso del derecho de preferencia; la manera de proceder cuando solo uno de los accionistas acepte la oferta; qué sucede cuando son varios los aceptantes y reducido el número de acciones ofrecidas, etc., son asuntos que la ley mercantil colombiana solo reglamenta parcialmente. En consecuencia, tales aspectos pueden ser regulados en el estatuto social en el sentido y con la amplitud que los asociados quieran darle, a condición de que las estipulaciones correspondientes no resulten contrarias al orden público, a la moral o las buenas costumbres. Tal es la doctrina que fluye de los artículos 15 y 16 del Código Civil, aplicables a los asuntos de carácter mercantil por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Código de Comercio.

Ahora bien. Sobre la naturaleza, finalidades y alcances del derecho de preferencia en la negociación de acciones de las sociedades anónimas, que en la legislación interior al Código de Comercio de 1971 se conocía con el nombre de “derecho de retracto”, la doctrina nacional y, particularmente la sentada por la Superintendencia de Sociedades, que el tribunal comparte en lo esencial, ha dicho lo siguiente:

“En términos generales, el derecho de preferencia es aquel en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico, y en el caso particular de la negociación de partes alícuotas en las sociedades mercantiles, es aquel que tienen los asociados a que se les prefiera antes que un tercero, para dicha negociación.

“De acuerdo con ello, cuando opera el referido derecho, todo asociado que pretenda negociar total o parcialmente sus partes alícuotas, debe hacer oferta de ellas a sus consocios, para que sean estos quienes en primer lugar tengan posibilidad de adquirirlas y solo si expresa o tácitamente manifiestan su desinterés por todas o alguna de las alícuotas ofrecidas, sí puedan ser adquiridas por terceros.

“(…).

“Atendiendo a la filosofía del derecho de preferencia y particularmente a la finalidad del mismo, es este un derecho de orden patrimonial pero de carácter abstracto, ya que sus titulares, esto es, los asociados, lo conservan como una mera expectativa que solo se concreta cuando se formula la oferta de venta ...

“(…).

“En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta si se es o no accionista de la sociedad. En el evento positivo, los accionistas que deseen participar de la negociación, deben manifestarlo expresamente, para que accedan a la venta en proporción al número de acciones que posean en la sociedad. En caso negativo, es necesario que se hayan agotado todos los pasos que permiten el ejercicio del derecho de preferencia a los accionistas, para (que) si aún quedan acciones por negociar, se proceda a realizar el ofrecimiento correspondiente.

“... con relación a la posibilidad de ceder el ejercicio del derecho de preferencia, este acto es plenamente viable siempre y cuando en los estatutos sociales se hayan (sic) fijado dentro de las condiciones para el ejercicio del referido derecho, la posibilidad de su cesión (art. 407 íd.), de tal manera que el accionista pueda no adquirir la parte proporcional que de las acciones ofrecidas le corresponda y en su lugar lo haga otro accionista o un tercero en forma similar a como lo prevé el artículo 389 del estatuto mercantil para el caso del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones.

“... si en los estatutos solo está pactado el derecho de preferencia mas no existe estipulación alguna respecto al asunto en comento, este despacho es de la opinión que en tal evento no es posible la referida cesión, ya que si uno de los derechos fundamentales que la acción confiere a su titular es el de la libre negociabilidad de la misma, entendida esta no solo en cuanto a la oportunidad sino a la determinación de la parte con quien se negociaría, es obvio que el derecho de preferencia con el cual puede limitarse dicha libertad de negociación, debe circunscribirse solamente al alcance que permite su definición, esto es, a la mera oportunidad de los accionistas o de la sociedad o de ambos, según sea el caso, de adquirir o no las acciones ofrecidas y no a ir más allá, pues ello atentaría contra el derecho fundamental referido; por consiguiente, es del resorte del accionista oferente ante el desinterés de sus coasociados la libre escogencia del adquirente de las acciones respectivas” (ofi. 220-15496, ago. 19/94, publicado en Doctrinas y Conceptos Jurídicos de la Superintendencia de Sociedades, 1995, págs. 185 a 187. Las negrillas no son del texto).

Con anterioridad y dentro de similar orden de ideas, la propia Superintendencia de Sociedades se había pronunciado así en relación con el derecho de que se trata:

“Si los estatutos sociales tienen pactado el derecho de preferencia en la negociación de acciones, los propios estatutos deben prever, según lo ordena el artículo 407 del Código de Comercio, los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas puedan ejercerlo.

“El accionista que pretenda vender sus acciones deberá entonces formular su oferta a través del representante legal,

quien dará el traslado correspondiente para que, dentro del término pactado, pueda ejercitarse el referido derecho manifestando por escrito su decisión de aceptar la oferta.

“Si vencido el plazo de la oferta, ni la sociedad ni ningún accionista ha formulado aceptación, el oferente queda en plena libertad de vender sus acciones a un tercero de su elección, pues está satisfecha ya la condición estatutaria necesaria para que los contratantes recuperen la libertad de negociación de sus acciones, que se consagra en el artículo 403 del citado código.

“La forma como las acciones en venta se distribuyen entre los accionistas destinatarios de la oferta se rige por lo que esté pactado en los estatutos, y ordinariamente depende de cuántos sean los que la hayan aceptado.

“Si solo un accionista aceptó, a él se le transfieren todas las acciones ofrecidas. Si fueren varios los aceptantes y los estatutos nada dicen al respecto, se reparten las acciones entre ellos, a prorrata de las que posean, asignándoles el número entero de acciones que les corresponda según dicha proporcionalidad, pues no se pueden transferir fracciones de acciones. Si por ser numerosos los aceptantes y reducido el número de acciones en oferta, no se alcanza a satisfacer toda la demanda, se atiende hasta donde lo permita el número de acciones ofrecidas y se considera terminada la oferta para los accionistas que acepten cuando aquellas se hayan agotado, aplicando al efecto lo previsto en el artículo 849 del Código de Comercio” (ofi. 01452 de feb. 10/78, publicado en el C. Co., Legis, al pie del art. 407. Las negrillas son del tribunal)

Obra además en el expediente (cdno. de pbas. 1, fl. 128 y ss.), el concepto contenido en oficio 220-35922 de fecha 26 de agosto de 1996, en el cual la Superintendencia de Sociedades, a solicitud del representante legal de la sociedad “Previsión Médica Integral Ltda., Previmedica Ltda.”, expresó sobre el particular lo siguiente:

“(…).

“Así las cosas se tiene frente al caso de la sociedad objeto de su consulta que la cláusula que estipula el régimen de preferencia para la venta de las acciones, establece que salvo determinación en contrario adoptada por el máximo órgano social, los accionistas que dentro del término acepten la oferta podrán adquirir una cuota parte de las acciones que se ofrezcan en proporción al porcentaje que tengan del capital suscrito.

“Tal estipulación supone que efectivamente las acciones ofrecidas serán adquiridas proporcionalmente y por consiguiente, habrá lugar a aplicar dicha proporción siempre que sea necesario distribuirlas entre dos o más de los destinatarios de la oferta que hayan manifestado su aceptación.

“De ahí que mientras no medie de parte de la asamblea general de accionistas determinación en contrario para efectos de la negociación de que se trate y uno solo de los accionistas en ejercicio del derecho de preferencia acepte la oferta dentro del término, es lógico que puede él adquirir la totalidad de las acciones ofrecidas.

“Aunque no cabe duda respecto de la anterior aseveración, llama la atención el hecho de que dentro de la (sic) etapas subsiguientes del procedimiento estipulado en el artículo 34 de los estatutos para el ejercicio del derecho de preferencia, el numeral 6º establece que si vencido el término de que dispone el gerente para comunicar al accionista oferente la intención de otro u otros accionistas interesados en adquirir las acciones ofrecidas, el solo silencio indicará que ninguno de ellos tiene interés en ejercitar el derecho de referencia, y que en ese evento las acciones podrán ofrecerse a terceros extraños a la sociedad. Esto corrobora que existiendo aceptación de la oferta por parte de uno de los accionistas, al mismo le asistirá el derecho de adquirirlas todas” (las negrillas son del texto y del tribunal).

El tribunal comparte y hace suyas las interiores apreciaciones de la Superintendencia de Sociedades porque las encuentra razonadas, razonables y completamente ceñidas a lo que se desprende de la regulación contenida en el Código de Comercio sobre el derecho de preferencia en la negociación de acciones de las sociedades anónimas y, además, ajustadas a la reglamentación incorporada en el artículo trigésimo cuarto de los estatutos de la sociedad “Humana Vivir S.A., Entidad Promotora de Salud-Humana Vivir E.P.S.”, como a continuación pasa a verse.

Conviene examina ahora, así sea sucintamente, la forma en que los accionistas de la sociedad Humana Vivir S.A., entidad promotora de salud “Humana Vivir S.A., E.P.S.” consagraron en el estatuto social el derecho de

preferencia en la negociación de las acciones de la sociedad.

La regulación sobre el particular se halla plasmada en el artículo 34 de los estatutos contenidos en la escritura pública 758 del 13 de marzo de 1995 de la Notaría 25 del Círculo de Santafé de Bogotá (cdno. de pbas. 1, fls. 1 a 30).

De la atenta lectura del precepto estatutario en mención, cuya transcripción resulta innecesaria para los efectos de la presente providencia, fluye que el mismo cumple con los requisitos legales imprescindibles de ser expreso, y de señalar en forma precisa los plazos y las condiciones necesarias para su ejercicio. En cuanto a la titularidad del derecho de preferencia en la negociación de acciones, el precepto la circunscribe explícitamente a los accionistas de la sociedad. No se extiende, como ya lo puso de presente el tribunal, a la sociedad misma.

La norma estatutaria en comentario contiene, además, una prolija y un tanto confusa regulación de otros aspectos accidentales propios de su naturaleza (tales como el procedimiento de valoración pericial en caso de que algún accionista considere demasiado onerosas las condiciones de la oferta). Se extiende minuciosamente, además, en la reglamentación de otros aspectos que son, en realidad de verdad, ajenos al derecho de preferencia en la negociación de acciones. Es lo que acontece con todas y cada una de las disposiciones incluidas a partir de la expresión contenida en el numeral 6º según la cual "... el solo silencio indicará que ninguno de los accionistas tiene interés en hacer uso del pacto de preferencia y podrá entonces el gerente ofrecer tales acciones a terceros extraños a la sociedad ...", pasando por el derecho de receso del accionista interesado en vender sus acciones o la disolución de la sociedad.

Dentro del conjunto de reglamentaciones contenidas en el artículo 34 de los estatutos de la sociedad "Humana Vivir S.A., E.P.S." verdaderamente concernientes al derecho de preferencia en la negociación de acciones, el tribunal considera relevantes para la decisión que habrá de adoptar, las siguientes:

A. El accionista que desee vender sus acciones debe ofrecerlas a los demás por conducto del representante legal, mediante comunicación escrita, que debe indicar el precio, plazo para el pago, forma de pago y demás condiciones y modalidades de la transferencia.

Aunque la disposición no lo dice, el tribunal entiende que la oferta puede ser por la totalidad o por parte de las acciones de que sea titular el accionista interesado en negociarlas.

B. El representante legal de la sociedad, tan pronto reciba la comunicación mencionada, debe en forma inmediata remitir copia de ella a cada uno de los accionistas, distintos del oferente, haciéndoles saber la fecha de vencimiento "de la opción" para ejercer el derecho de preferencia.

C. Los restantes accionistas disponen de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciben la copia de la comunicación de oferta para manifestar por escrito y también por conducto del representante legal de la sociedad, si tienen o no interés en hacer uso del derecho de preferencia y en caso afirmativo en qué proporción.

D. Vencido el plazo antes mencionado, si varios accionistas aceptan la oferta podrán adquirir una cuota parte de las acciones ofrecidas en venta en proporción al porcentaje que tengan en el capital suscrito de la sociedad, a menos que por voluntad de la asamblea general de accionistas, en decisión adoptada por mayoría absoluta de los votos presentes y representados, se acuerde algo en contrario.

E. La sociedad, por conducto de su representante legal, dispone de un plazo de 10 días hábiles, contados desde que venza el plazo de que dispone cada accionista para manifestar si ejerce o no el derecho de preferencia, para comunicar al accionista interesado en vender sus acciones si sus consocios van a ejercer o no el derecho de preferencia.

F. Si los accionistas que manifiesten querer hacer uso del derecho de preferencia consideraren muy onerosas las condiciones propuestas por el oferente o se trata de un negocio jurídico que no acepta la sustitución de la cosa que se recibe, como ocurre con la permuta, podrán solicitar el concurso de un perito imparcial para que determine el precio de la transacción que se desea realizar. El estatuto prevé la forma de designar el perito y dispone que "hecha la regulación en dinero, la transacción —léase la negociación— es obligatoria para las partes por el avalúo que el

perito hiciera pues tal enajenación se traduce en una compraventa cuyo precio es el determinado por el perito ya mencionado”.

G. Se contempla que vencido el término de 10 días que tiene el representante legal de la sociedad para comunicar al accionista oferente la intención de otro u otros accionistas en adquirir las acciones ofrecidas, el solo silencio indicará que ninguno de los accionistas tiene interés en hacer uso del derecho de preferencia, caso en el cual podrá el representante legal de la sociedad ofrecer las acciones a terceros extraños a la sociedad.

La regulación estatutaria reseñada satisface parcialmente, a juicio del tribunal, los requisitos y exigencias consagrados en los artículos 379, numeral 3º, 403, numeral 2º y 407 del Código de Comercio y se ajusta a la doctrina nacional y en particular, a la de la Superintendencia de Sociedades sobre el derecho de preferencia en la negociación de acciones de las sociedades anónimas ya memorada en otro aparte de esta providencia.

Ello no obstante, el tribunal considera conveniente detenerse en el examen de la disposición a que hace referencia el párrafo D de las interiores consideraciones, toda vez que la demanda finca sus pretensiones en un supuesto desconocimiento de lo que allí aparece expresado (num. 3º del art. trigésimo cuarto de los estatutos sociales de “Humana Vivir S.A., E.P.S.”).

En el numeral 2º del artículo trigésimo cuarto de los estatutos se pactó: “Los accionistas que acepten la oferta podrán adquirir una cuota parte de las acciones que se ofrecen en venta en proporción al porcentaje que tengan del capital suscrito salvo que por voluntad expresada en una decisión tomada en reunión ordinaria o extraordinaria de la asamblea general de accionistas por mayoría absoluta de los votos presentes y representados en ella acuerden algo en contrario”.

A juicio del tribunal, la interpretación correcta de esta parte del artículo 34 de los estatutos, dada su redacción, el significado de la oración “en proporción al porcentaje que tengan del capital suscrito”, como predicado del término “los accionistas que acepten” (habida cuenta de que el oferente no puede ser aceptante de su oferta), es la de que solo es posible tomar el tanto por ciento de las acciones de quienes acepten la respectiva oferta, cuando tales titulares lo sean en número plural, y en razón de que la proporcionalidad se toma no frente a todos los destinatarios sino respecto de quienes la acepten. En manera alguna cuando solamente uno de los destinatarios de la misma, excluido naturalmente el oferente, sea quien la acepte “pura y simplemente”. Igualmente, porque esta es la forma para que esta cláusula produzca efectos (C.C., art. 1620). Así mismo, porque no es posible aplicar la regla proporcional, o comúnmente conocida como “regla de tres”, cuando no existen varios términos para recurrir a la razón aritmética.

Además, y en el supuesto de someter la proporcionalidad a la decisión de la asamblea general de accionistas, para que esta la modifique, tal como lo sostiene la parte demandante con base en la cláusula que se analiza, a juicio del tribunal ello solo sería posible en los casos en que fueren varios los aceptantes de las acciones ofrecidas, y no cuando únicamente uno de los accionistas ejerce su derecho de preferencia, lo que guarda armonía con lo señalado en el párrafo interior.

Así mismo, sujetar el derecho de preferencia a la voluntad de la asamblea, aceptando que esta regulación se incluye en los estatutos, implica una restricción adicional al derecho esencial de negociar libremente las acciones que podría calificarse de ineficaz y, que por lo tanto, no requiere de pronunciamiento judicial (C. Co., arts. 1º, 403, 407 y 897).

Así las cosas, encuentra el tribunal que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, y así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo.

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir la controversia entre Humana S.A., Compañía de Medicina Prepagada, de una parte, y Humana Vivir S.A., E.P.S., Previsión Médica Integral, Previmedica Ltda., y Vivir S.A., Medicina Prepagada, por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probados los medios de defensa o excepciones de mérito propuestos por los señores apoderados de las sociedades demandadas.
2. Negar las pretensiones de la demanda.
3. Condenar en costas a la sociedad demandante, cuya liquidación se hará a continuación.
4. Disponer la protocolización de este expediente en la notaría que elija el señor presidente del tribunal. Si las sumas destinadas a esta protocolización no fueren suficientes, la parte demandante queda obligada a pagar el excedente a la orden del presidente del tribunal.
5. Expedir copias auténticas de este laudo a cada una de las sociedades que han intervenido y una adicional para el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.
6. Una vez vencidos los términos legales, entréguese a los árbitros y a la secretaria, el saldo de sus honorarios.
7. En el supuesto que las sumas causadas por los gastos del tribunal resultaren inferiores a las fijadas, se reembolsará a las partes lo que les corresponda.

Liquidación de las costas:

Como agencias en derecho se fija la cantidad total de seis millones de pesos (\$ 6.000.000), a razón de \$ 2.000.000 para cada uno de los apoderados de las sociedades que integran la parte demandada.

A cargo de la sociedad demandante y a favor de las demandadas, se determinan las siguientes sumas, previa la liquidación, así:

Consignado por las partes convocadas para honorarios, gastos de funcionamiento y de protocolización del expediente \$ 6.078.960

Agencias en derecho \$ 6.000.000

Total \$ 12.078.960

Esta suma deberá ser pagada por la sociedad demandante a favor de las sociedades convocadas, distribuida entre ellas por partes iguales, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

Según informe secretarial, luego de descontados los gastos incurridos por el tribunal por la cantidad de \$ 49.624, la partida que queda para protocolización del expediente es de \$ 1.075. 876.

Notifíquese y cúmplase.

El laudo anterior quedó notificado en estrados a las partes y del mismo la secretaria hizo entrega de copia auténtica a cada una, con las constancias de ley.

Finalizado lo anterior se levantó la sesión, previa firma del acta por quienes en ella intervinieron.
