

OFICIO 220-206012 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

REF.: De la prenda sobre cuotas sociales para garantizar obligaciones del socio con la sociedad.

Me refiero al escrito radicado bajo el número 2017-01-422724, a través del cual se solicita aclarar, reconsiderar y/o complementar el criterio de este Despacho expuesto mediante Oficio 220-097573 de junio 2 de 2016, que a su vez remite al Oficio 220-103596 del 6 de septiembre de 2011, respecto de la imposibilidad que surge para que el socio en una sociedad de responsabilidad limitada constituya prenda sobre sus propias cuotas a favor de la sociedad, con el fin de respaldar obligaciones contraídas con la misma.

Para el efecto expone una serie de argumentos que en seguida procede resumir así:

A. La ejecución prendaria a través de la readquisición de las cuotas sociales, no es la consecuencia obligada de la garantía prestada mediante la prenda de cuotas sociales por parte del socio de la sociedad de responsabilidad limitada para respaldar obligaciones que él tiene con dicha compañía, puesto que en el evento que le dé solución a la obligación, la única función que habría prestado es la de haber servido de garantía, no de pago.

B. Los artículos 410 y 411 del Código de Comercio que regulan la prenda sobre acciones, que son aplicables a la prenda sobre cuotas sociales según doctrina reiterada de este Despacho, y que se refieren a la manera como se perfecciona la prenda y a los derechos de acreedor prendario, no señalan de manera expresa ni de ellas se infiere tácitamente que no puedan darse en prenda acciones de la sociedad para garantizar la obligación de un socio o de un tercero.

C. La función económica de la prenda, de servir de garantía del cumplimiento de una obligación principal, permite que en los eventos en que el deudor no pueda cumplir con su compromiso, el bien dado en garantía sea rematado y con el producto de su venta sea solucionada la obligación; por ende, en este caso no se presentaría readquisición de las cuotas dadas en prenda.

D. La finalidad jurídico-económica de la prenda permite, no sólo ejercer el derecho real de persecución del bien dado en garantía, sino que a través de la prerrogativa plasmada en el artículo 411 del Código de Comercio, es posible que el deudor otorgue al acreedor prendario el derecho de percibir los dividendos que produzcan, con los cuales podría ser posible pagar el crédito garantizado sin necesidad de que se presente la readquisición, por parte de la sociedad, de las cuotas recibidas en prenda.

E. La finalidad propia de la prenda no es que el acreedor se quede con el objeto dado en garantía, incluso el pacto comisorio estaba prohibido hasta antes de la expedición de la Ley 1676 de 2013 sobre Garantías Mobiliarias y, aún más, en la mencionada ley se permite pagarse con la cosa dada en garantía mobiliaria tan sólo bajo ciertas circunstancias excepcionales.

F. Termina argumentando que en el caso puntual de la readquisición de las acciones dadas en prenda, podría llegarse a obtener el repago de la acreencia

con el producto de su venta e incluso distribuir el resto entre los socios como utilidad o darle la destinación prevista en los numerales 2 y 3 del artículo 417 del Código de Comercio.

G. Concluye la consultante que las anteriores reflexiones demuestran que no es posible afirmar de forma categórica que no es viable constituir prenda de las propias cuotas sociales en garantía de una obligación que el socio tenga con la compañía de la que forma parte. Como consecuencia de ello, solicita aclarar que la prenda de cuotas sociales, ‘...cuando el deudor es un socio y el acreedor es la misma sociedad emisora, es válida, legalmente viable y además operante, con las restricciones que pueden presentarse en el caso de una dación en pago o readquisición de las cuotas.’

Con el fin de abordar el análisis del tema, es pertinente traer a colación las consideraciones fundamentales que han llevado a este Despacho a sostener de tiempo atrás que no es viable en su criterio la constitución de prenda por parte de un socio deudor, sobre las cuotas que le pertenecen en la sociedad acreedora. Para el efecto, se parte de la base de la aptitud que tienen las cuotas sociales para ser dadas en prenda (garantía mobiliaria) como se establece en las normas generales que previstas en los artículos 1200 y SS del Código de Comercio y de manera expresa para el caso de las acciones de la sociedad anónima, en los artículos 410 y 411, amén de la remisión efectuada por el artículo 372 ídem.

Así, al revisar los diversos pronunciamientos en torno al tema, se aprecia con claridad que la razón fundamental de la tesis expuesta, entre otros en los oficios citados, radica en el precepto legal que exige como requisito para que una sociedad pueda adquirir sus propias acciones, o en su caso las cuotas, que lo haga con fondos tomados de las utilidades líquidas de la sociedad o de la reserva que se hubiere creado para tal efecto (artículo 396 del C. de Cio) A ese propósito la Superintendencia ha considerado que en tal condición se revela la intención del legislador de ‘...no alterar otras cuentas del balance general que generarían inevitablemente la disminución del capital social, en detrimento de la prenda común de los terceros en general y de los intereses de los mismos accionistas.’ (Oficio 112798 de diciembre 20 de 1999)

Así lo indica el Oficio 220-103596 del 6 de septiembre de 2011, en el cual se lee: ‘...ha sido reiterada la doctrina de esta entidad, en el sentido que la única manera en que la sociedad puede incluir en su patrimonio títulos de participación emitidos por la misma compañía es por el mecanismo conocido como readquisición de acciones, con lo cual se descarta la posibilidad de recibir como garantía las propias acciones y, eventualmente, ejecutarla para satisfacer la deuda contraída por el socio con la compañía.’

Otro tanto se expone en el Oficio 220-097573 del 2 de junio de 2016, donde, invocando las razones que le han servido de fundamento a este Organismo, en especial en el proveído anteriormente aludido, se recalca la imposibilidad de aceptar como prenda acciones de la misma sociedad para garantizar obligaciones que un accionista suyo tiene con ella, en el cual afirma ‘...Por su parte, otras son las consideraciones adicionales a tener en cuenta cuando se trata de entregar en

garantía acciones o cuotas de la misma sociedad, atendiendo que como es sabido, la prenda confiere al acreedor la facultad de exigir el pago de su crédito con cargo al bien dado en garantía, en cuyo caso el bien pignorado corresponde a un valor emitido por el propio acreedor o lo que es igual, representativo de su capital social, lo que a la postre tornaría inoperante la garantía, dada la imposibilidad de que la propia sociedad adquiriera y registre como un activo (inversiones) acciones o cuotas sociales de sí misma.'

Por la misma razón tampoco es admitida a juicio de esta Entidad, la posibilidad de traspasar, en dación en pago a nombre de la sociedad, las acciones que el accionista deudor posea en la compañía emisora, con el fin de solucionar una obligación suya en favor de aquella. (Oficio 220-28547 del 11 de julio de 2001), razón que sin duda constituye una seguridad para los terceros acreedores de la sociedad y de sus mismos accionistas, como quiera que procura que el capital de la sociedad en todo caso quede indemne en la operación a que haya lugar.

En cuanto hace a las formalidades el Oficio 220-97573 antes mencionado, remite al concepto en que en su oportunidad señaló '...En este sentido entonces debe anotarse que mientras el Código de Comercio se refiere en forma especial a la prenda no solo del interés social[1], sino igualmente de las acciones[2], guarda silencio en lo que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, considera este despacho, a pesar de la similitud existente entre las 4

cuotas y las partes de interés[3], que no es dable aplicar a las sociedades de responsabilidad limitada la norma especial de las sociedades colectivas (art. 300), pues el legislador concibió el artículo 372[4], de donde se infiere en concordancia con los artículos 361 y 411 ibidem, que en el caso de prenda sobre las cuotas sociales, solo es viable el registro en el libro de socios del gravamen sobre ellas constituido, bastando para el efecto solo el documento, público o privado, a través del cual se hizo la correspondiente negociación, en orden a ejercer ante la sociedad los derechos que se confieran al acreedor.'(Oficio 220-18333 del 7 de mayo de 2000)

Ahora bien, teniendo en cuenta que frente caso concreto objeto de examen, no existe ninguna disposición legal que establezca requisitos referidos en particular a la prenda de acciones y/o cuotas , como si lo hizo el legislador respecto de la figura de la readquisición, es procedente analizar la normatividad general sobre la materia, incluida, claro está, la relativamente reciente de garantías mobiliarias contenida en la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, a la luz de la cual puede advertirse la posibilidad de reevaluar las consideraciones que ha tenido la Entidad, así como las conclusiones a las cuales ha llegado anteriormente.

Sin embargo, antes de adentrarse en este aspecto, se torna imperioso poner de relieve las circunstancias particulares respecto de cada la sociedad para determinar la viabilidad de otorgar préstamos a sus accionistas, pues es ese el supuesto ante el cual surgiría la necesidad de garantizar el pago efectivo de la obligación que contraiga el socio, con las acciones o cuotas de la propia sociedad, frente a lo cual, ineludiblemente prevalecen las reglas dirigidas a la preservación del capital social, que es garantía de cumplimiento de las obligaciones contraídas por la compañía con terceras personas en desarrollo de su objeto.

Y es que como la doctrina de esta Entidad lo ha reiterado, los contratos de mutuo con los propios accionistas o socios de la compañía aunque no están expresamente prohibidos, constituyen operaciones de carácter excepcional que se encuentran supeditadas a unos determinados presupuestos, cuya verificación es responsabilidad de los administradores a la luz de los artículos 23 y 24 de la Ley 222 de 1995, y que deben ser necesarias para el desarrollo del objeto social.

A ese propósito ilustran entre otros los Oficios 220-64518 del 30 de octubre de 2000 y 220-224747 del 17 de diciembre de 2013, cuyos apartes explican:

“ sin perjuicio de lo que estipulen los estatutos de la sociedad a ese respecto, las transacciones que se efectúen entre la sociedad y los socios por concepto de préstamos a éstos, habrán de estarse por regla general a las condiciones que sean acordadas entre la sociedad y él o los socios acreedores, considerando que en ese evento la prestación no

obedece a la relación del socio para con la sociedad por su calidad de tal, sino al contrato de mutuo que hubieren celebrado.

‘... Lo anterior en el entendido que se trate de operaciones realizadas en desarrollo del objeto social y dentro del giro ordinario de los negocios de la empresa, toda vez que si bien el mutuo u otorgamiento de préstamos, no está prohibido en el caso de las sociedades comerciales, si está condicionado a la verificación de unos determinados presupuestos por cuyo cumplimiento deben responder los administradores, a quienes les compete igualmente tomar las medidas y ejercer las acciones a que haya lugar para exigir las garantías y hacer efectivo el pago de las obligaciones.

(...)

‘...Se concluye dentro de este análisis, que las operaciones de mutuo aún entre vinculadas, también deben responder a los criterios expresados como el teleológico, la conservación del patrimonio social y el privilegio en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en desarrollo del objeto social principal. (...)Y, es que no podría aceptarse como desarrollo del objeto secundario que el administrador tome parte del efectivo y lo coloque de manera imprudente produciendo un deterioro patrimonial, so pretexto de la necesidad de una sociedad perteneciente al grupo empresarial del que haga parte ya que la primera de sus obligaciones es que antes de efectuar cualquiera operación evalúe en forma detenida el riesgo que recae sobre la operación con miras, esencialmente, a preservar los activos de la sociedad, individualmente considerada que en últimas es la prenda general de los acreedores.’

‘Así mismo, la entrega a título de mutuo de la liquidez de la empresa no puede desplazar el cumplimiento de las obligaciones ordinarias y exigibles de la empresa, pues privilegiar actividades meramente relacionadas con la empresa, sobre el cumplimiento de las acreencias adquiridas en desarrollo del objeto social iría en contravía de las facultades asignadas a los administradores que están, en primer término, circunscritas a los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (inciso 2 del artículo 196 C.Co.).’

En este sentido entonces es claro entonces el carácter excepcional que reviste el otorgamiento de préstamos por parte de la compañía a sus asociados, que como fue

visto se supedita al cumplimiento de las condiciones señaladas, atendiendo que al representante legal del respectivo ente le corresponderá velar por que la garantía que presenten los accionistas para respaldarlos, sea idónea y suficiente de manera que no queden al descubierto ni la sociedad ni los terceros acreedores de la misma, por las obligaciones sociales.

Pues bien, hecha la precisión anterior sobre el mutuo con asociados, procede analizar el tema a la luz de las reglas de la Ley 1676 de 2013, en primer lugar del artículo 3º, según el cual el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante. En el inciso primero enumera los bienes sobre los cuales puede recaer la garantía mobiliaria, dentro de los que se incluyen las acciones o cuotas sociales, y dispone que tiene por finalidad garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras, sin importar la forma de la operación o quién sea el titular de los bienes en garantía. El inciso tercero de la citada norma establece que cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, etc., dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.

Como se sabe, el contrato de prenda o garantía mobiliaria no constituye por sí un título traslativo de dominio, puesto que su finalidad es tan sólo garantizar una obligación principal. Pero eventualmente puede traer como consecuencia la tradición del bien dado en prenda, como ocurre cuando el deudor no honra su obligación y el acreedor se ve obligado a obtener la solución de su acreencia haciendo uso de su derecho real de garantía representado en la prenda. Aunque no siempre el acreedor prendario puede acceder a la titularidad del bien dado en prenda, con ocasión del incumplimiento de su deudor. En efecto, el artículo 58 de la mencionada ley dispone que en caso de incumplimiento del deudor, se puede ejecutar la garantía por el mecanismo de adjudicación o realización especial de la garantía real regulada en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso o de ejecución especial de la garantía, en los casos y en la forma prevista por la mencionada ley. Además, el artículo 60 de la cita ley establece que el acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía, por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo tercero de la misma norma, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

A su turno, el parágrafo del artículo 58, sobre mecanismos de ejecución, dispone que el acreedor a quien se le haya incumplido cualquiera de las obligaciones garantizadas, podrá hacer requerimiento escrito al deudor, para que dentro del término de diez (10) días acuerde con él la procedencia de la ejecución especial de la garantía mobiliaria. De no hacerlo operará el mecanismo de ejecución judicial. De la misma manera se procederá cuando el bien objeto de la garantía tenga un valor inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

Complementado con lo anterior, el artículo 62 de la mencionada ley señala los casos en que procede la ejecución especial de las garantías mobiliarias:

1. Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores.
2. Cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.
3. Cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien.
4. Cuando el bien tenga un valor inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.
5. Cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial.
6. Cuando el bien sea perecedero.

En consecuencia, es dable advertir que la constitución de la prenda o garantía mobiliaria sobre las acciones o cuotas que el deudor posee en la sociedad acreedora, no necesariamente deviene en su readquisición por parte de ésta, sino que dicha consecuencia representaría, más bien, una situación excepcional, puesto que solo operaría en aquellos casos contemplados por la ley, y que acaban de enumerarse, cuando es permitida la ejecución especial de la garantía prendaria, que llegado el caso exigirá el cumplimiento de los requisitos y formalidades legales y estatutarios pertinentes.

En este orden de ideas, frente al tema objeto de revisión, se debe acudir al principio general de derecho, según el cual, lo que no está prohibido, está permitido, máxime en materia mercantil donde prevalece la autonomía de la voluntad privada, de donde es dable reconocer que si bien el artículo 396 tantas veces citado, regula la readquisición de acciones y establece los requisitos imperativos para ese fin, entre ellos el pago con utilidades líquidas, tal disposición no prohíbe de manera expresa, ni contempla regla alguna referida concretamente a la prenda de acciones, de la que se ocupa el mismo código en los artículos 1200 y siguientes, y de manera particular en los artículos 410 y 411, ninguno de los cuales consagra limitaciones para la prenda de acciones o cuotas del titular en favor de la sociedad.

Las consideraciones expuestas, sumado al cumplimiento de las condiciones que en todo caso supone el otorgamiento de préstamos a los asociados, llevan a este Despacho a reconsiderar su criterio, en torno a la improcedencia de constituir prenda sobre las acciones o cuotas de la sociedad por parte del propio accionista deudor. Negar de plano esa posibilidad, significa en últimas extender los efectos de una norma de carácter impositivo, a una situación no contemplada por la propia ley.

En efecto, ni las normas mercantiles, ni la regulación general de garantías mobiliarias contemplan para ese fin la restricción que se desprende del artículo 396 del Código de Comercio, relativa a los fondos tomados de las utilidades líquidas de la compañía, la que únicamente aplicaría ante el incumplimiento del deudor; caso en el cual la sociedad no podrá pagarse su acreencia con las mismas acciones o cuotas, ni el deudor podrá exigir que las reciba para solucionar la obligación que pesa sobre él, por la razón tantas veces señalada..

En los anteriores términos se da alcance a la doctrina de la Entidad sobre el tema, en particular a los conceptos motivo de la presente solicitud, no sin antes observar que éste como todos los pronunciamientos emitidos en esta instancia, se sujetan a los alcances previstos por el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, razón por la cual no tienen carácter vinculante, ni comprometen su responsabilidad.