

OFICIO 220-034193 DEL 07 DE MARZO DE 2018

ASUNTO: CESIÓN DE LOS DERECHOS DE USUFRUCTO Y NUDA PROPIEDAD DE ACCIONES.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-024284 del 29 de enero de 2018 mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, la que en particular pregunta:

“En una sociedad anónima de familia de preferencia pactado un socio, cede a sus hijos la nuda propiedad de las acciones, reservándose por vida el usufructo le comunica a la sociedad la transacción: ¿las acciones que están a nombre del que cede la nuda propiedad deben anularse y expedirse nuevas acciones a los nudos propietarios? o ¿las acciones que tenía el socio debe por respaldo describir simplemente a quién pertenece la nuda propiedad?

Nota: En los estatutos de la sociedad está definido que quien tiene el usufructo es el que tiene los derechos de accionista” (SIC para todo el texto).

En el entendido que las respuestas emitidas en esta instancia solo expresan una opinión general de la Entidad sobre las materias a su cargo, en los términos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

En primer lugar procede remitirse a las disposiciones de Código Civil, el cual determina i) que el dominio o propiedad “es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”¹; ii) que el usufructo es un derecho real que consiste en “la facultad de gozar de una cosa

¹ Artículo 669.

con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible”²; iii) supone dos derechos coexistentes “el de nudo propietario y el de usufructuario, y tiene duración limitada “al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad”³, y iv) “la nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte. El usufructo es intransmisible por testamento o ab intestato”⁴.

De otra parte, el Código de Comercio establece la regla general según la cual el capital de las sociedades por acciones se divide en acciones que se representan

en “títulos negociables”⁵ de las cuales se predicán entre otros, que las acciones son “libremente negociables” salvo las excepciones consagrada en la ley⁶; que la acción confiere al propietario el derecho de “negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos”, entre otras⁷, y que para que la enajenación de acciones produzca efectos respecto de la sociedad y de terceros “será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones (...). Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente”⁸.

El mismo código consagra que “a todo suscriptor de acciones deberá expedírsele por la sociedad el título o títulos que justifiquen su calidad de tal”⁹, y que “los títulos se expedirán en series continuas, con las formas del representante legal y el secretario, y en ellos se indicará: 1.- La denominación de la sociedad, su domicilio principal, la notaría, número y fecha de la escritura constitutiva (...) 2.- La cantidad de acciones representadas en cada título, el valor nominal de las mismas, si son ordinarias, privilegiadas o de industria, si su negociabilidad está

2 Artículo 823.

3 Artículo 824.

4 Artículo 832.

5 Artículo 375.

6 Artículo 403.

7 Artículo 379.

8 Artículo 406.

9 Artículo 399.

limitada por el derecho de preferencia y las condiciones para su ejercicio; 3.- Si son nominativas, el nombre completo de la persona en cuyo favor se expiden, y 4.- Al dorso de los títulos de acciones privilegiadas constarán los derechos inherentes a ellas”¹⁰.

Por su parte, advierte también que “La prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionarán mediante registro en el libro de acciones”¹¹; que “Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación. Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas”¹², y que la sociedad no podrá negar las inscripciones en el libro de

registro de acciones sino por orden de autoridad competente o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requieran determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido¹³.

Con lo expuesto resulta evidente que la propiedad se escinde o desmembra en los derechos de nuda propiedad y usufructo, que se traducen en las facultades de disposición y goce de la cosa, respectivamente, los cuales pueden tener diferente titular, y son aplicables a las acciones y cuotas sociales¹⁴.

De igual manera se infiere que, tanto la propiedad como la nuda propiedad y el usufructo, pueden ser transferidos o constituidos, según corresponda, a favor de terceros, libremente o con restricciones contractuales, legales o estatutarias, mediante negocio jurídico entre vivos a título gratuito u oneroso.

Así mismo se concluye que el propietario de las acciones tiene las atribuciones de (i) constituir usufructo a favor de un tercero conservando la facultad de disposición, y (ii) desprenderse o enajenar la nuda propiedad y reservarse el goce de las mismas.

10 Artículo 401.

11 Artículo 410.

12 Artículo 412.

13 Artículo 416.

14 Oficio 220-008595 del 21 de febrero de 2010.

En cuanto a la formalidad para la transferencia de la nuda propiedad o la constitución del usufructo se observa que mientras la transferencia de la propiedad requiere el endoso del título y el registro respectivo en el libro de accionistas, salvo que en los estatutos se prevean reglas excepcionales que impongan el cumplimiento de otras condiciones, el usufructo sólo exige la inscripción del negocio jurídico en el libro de registro de socios.

Ahora bien, como la cesión de la nuda propiedad implica un cambio en la titularidad de la acción, sería preciso que la sociedad anule el título expedido a nombre del cedente, emita un nuevo título a favor del cesionario y, adicionalmente, al efectuar el registro de este hecho en el libro de registro de acciones, indique quien ostenta la condición de usufructuario y los derechos que se hubiera reservado el cedente. En caso de cesión del usufructo, se reitera, basta con la que la sociedad haga el registro a que se ha hecho mención.

Sobre estos aspectos esta Oficina mediante Oficio 220-149216 del 6 de noviembre de 2015, revisó su doctrina en la materia y entre otros manifestó lo siguiente:

“Para abordar en esta oportunidad el tema, se tiene que el derecho de propiedad ciertamente comporta los dos atributos a que se hizo alusión en el oficio citado, como son primero, el de disposición, según el cual su titular es el que está llamado a modificar o limitar el mismo o, incluso a gravarlo como fuente específica de garantía y segundo, el de uso o goce, que es el que permite la utilización o explotación del bien objeto del derecho de propiedad, según su naturaleza y a servirse de sus frutos.

Así mismo es cierto que el derecho positivo permite la escisión temporal de esos atributos, por lo cual el uso o goce puede radicarse en persona diferente a la que ostente el dominio. Ese desmembramiento o escisión se materializa a través de los conceptos o fenómenos jurídicos identificados como Nuda Propiedad y Usufructo.

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones que la legislación civil consagra en materia de usufructo, se trata de un derecho real que además de conllevar la facultad de goce del respectivo bien, impone al usufructuario la carga no solo de conservar la cosa, sino también la de ‘restituirla a su dueño’ si se trata de bien no fungible, o la de pagar su valor, en caso contrario, según los términos del artículo 823 del Código Civil. Esta disposición sería el sustento normativo para entender el usufructo como el desprendimiento de la facultad de goce respecto de la propiedad y no de esta última respecto de aquél, por lo cual, resultaría más acorde con esta definición legal, la cesión del usufructo, que de la nuda propiedad.

En el mismo sentido podría concluirse con fundamento en el texto del artículo 412 del Código de Comercio, que se refiere al usufructo de acciones.

Sin embargo, al examinar en su contexto el tema, se colige que es viable considerar también la cesión de la nuda propiedad, reservándose el propietario inicial, el usufructo o goce de la cosa, amén de la regla contenida en el artículo 832 del Estatuto Civil, que expresamente permite la transferencia de la nuda propiedad resulta aplicable para el caso de las acciones o cuotas sociales, dada la inexistencia de norma especial que en el mismo código civil o en el Estatuto Mercantil, establezca otra cosa.

Ahora bien, para efectos del presente examen, es preciso señalar en todo caso, que quien ostenta el usufructo o en términos legales, el usufructuario, es un mero tenedor del bien, pues la posesión como elemento asociado al derecho de dominio, queda afecto a la nuda propiedad, razón por la cual como la jurisprudencia nacional lo ha precisado ‘el nudo propietario es el poseedor de las

cosas dadas en usufructo y ejerce esa posesión por conducto del usufructuario' (Sent. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Julio 7 de 1971.)

En el entendido entonces que sea procedente el negocio jurídico en virtud del cual un accionista o en su caso un socio, puede transmitir a un tercero o a otro asociado la nuda propiedad de las acciones o cuotas de las que sea propietario, reservándose el usufructo de las mismas, lo que equivaldría a conservar todos los derechos que éstas confieren a su titular, con excepción de los que expresamente excluye el citado artículo 412, es preciso dejar claro que esa transmisión implicaría así mismo la del carácter de accionista o socio, pues ésta se predica del dueño o propietario de las respectivas partes alícuotas y por tanto, de quien ostenta la facultad o atributo de disposición y gravamen, así como el derecho al reembolso del aporte, al momento de la liquidación de la sociedad.

Siendo ello así, la cesión de la nuda propiedad estaría obviamente sometida en ese evento al cumplimiento de todos los requisitos legales y estatutarios correspondientes, bien sea para la venta o la cesión de acciones o cuotas sociales, entre ellos el cumplimiento del derecho de preferencia en la negociación, si estuviere consagrado en los estatutos de la compañía respectiva y adicionalmente, en el caso de las cuotas sociales, a su formalización a través de escritura pública, para efectos de su eficacia en los términos del artículo 366 del Código de Comercio y la correspondiente inscripción en el registro mercantil, para efectos de la oponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros.

No sucede lo mismo cuando lo que se otorga es el derecho de usufructo, pues éste, como ya se ha dicho, se circunscribe solamente al ejercicio de los derechos que la parte alícuota otorga a su propietario, salvo los legalmente excluidos y los que se reserve el nudo propietario.

En los anteriores términos se da alcance al oficio 2015-01-364188 del 31 de agosto del año en curso...”

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.