

OFICIO 220-039198 DEL 13 DE MARZO DE 2018

ASUNTO: PRENDA DE ACCIONES – DERECHOS DEL: ACREEDOR PRENDARIO-

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2018-01-072541, mediante la cual expone los hechos relacionados con un préstamo otorgado a una sociedad por acciones simplificada por parte de una persona natural, operación respecto de la cual los accionistas suscribieron un contrato de prenda, en el que se acordó que frente al incumplimiento, el acreedor prendario adquiriría los derechos políticos y económicos de las acciones pignoras, que representan el 100% del capital suscrito de la sociedad deudora. Agrega que cuando el acreedor prendario se enteró que la sociedad deudora “estaba en estado de liquidación y que uno de los socios no permitía que se tomaran las medidas necesarias para evitar la liquidación de la sociedad, lo que podría implicar que perdiera el recurso dado en préstamo”, comenzó a ejercer los derechos políticos y económicos.

Frente a esas circunstancias formula una serie de interrogantes, orientados a establecer entre otros qué derechos políticos y económicos que tendría el acreedor prendario, en particular, si podría remover y designar nuevo representante legal; reformar los estatutos sociales, aprobar una suscripción de acciones y en este evento, en cabeza de quien estaría el derecho de preferencia con el fin de poder suscribir nuevas acciones.

En primer lugar es necesario precisar que en virtud de los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión general de la Superintendencia sobre las materias a su cargo.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a resolver situaciones concretas, menos aún a asesorar a los usuarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o decisiones de los órganos sociales en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales, ni en la interpretación de contratos, pues en esta instancia se repite, sus conceptos no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

No obstante lo anterior, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones de orden normativo y doctrinal:

Dispone el artículo 411 del Código de Comercio:

“DERECHOS DEL ACREEDOR PRENDARIO.

*“La prenda no conferirá al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista sino en virtud de estipulación o pacto expreso. **El escrito o documento en que conste el correspondiente pacto será suficiente para ejercer ante la sociedad los derechos que se confieran al acreedor**; y cuando se trata de acciones al portador, dicho documento será suficiente para que el deudor ejerza los derechos de accionista no conferidos al acreedor”* (La negrilla no es del texto).

Sobre el particular la doctrina reiterada de esta Superintendencia, ha precisado:

“Finalmente cabe mencionar, que el legislador en forma supletiva reguló lo referente a los derechos conferidos por este contrato de prenda, de modo que, no habiendo estipulación o pacto expreso "la prenda no confiere al acreedor prendario los derechos inherentes a la calidad de accionista" (C. Co., art. 411). En consecuencia los efectos que surgen del derecho real de prenda son los de servir de garantía del cumplimiento de una obligación principal.

Sin embargo, el acreedor prendario puede gozar de algún o algunos derechos derivados de la calidad de accionista, (percibir utilidades, deliberar y votar decisiones en la asamblea general, etc.) conferidos por quien es su titular, el deudor-socio, en virtud de estipulación o pacto expreso.

La libertad contractual que existe en esta materia, no obstante puede verse limitada por una cláusula estatutaria que prohíba la cesión de este tipo de derechos” (Memorando OJ -256 del 20 de abril de 198, proferido por la Oficina Asesora Jurídica)

A su turno este Despacho mediante oficio 220-206012 del 25 de septiembre de 2017, analiza como a la luz del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, 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, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u

otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley”.

De conformidad con lo expuesto se concluye entre otros que “el contrato de prenda o garantía mobiliaria no constituye por sí un título traslativo de dominio” atendiendo 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”.

De otra parte, tratándose de una sociedad en trámite de liquidación, cuando el acreedor prendario no hubiere iniciado la ejecución de la garantía sobre las acciones, resulta pertinente remitirse a los apartes del oficio 220- 245528 del 10 de noviembre de 2017, a cuyo tenor se lee:

“Pregunta: Los bienes que le correspondan a dichas acciones dentro de la liquidación, ¿a quién pertenecen?; ¿al deudor prendario? O al propietario inscrito de las acciones”.

(...)

Para abordar el tema de manera general se da por entendido que (i) se trata de la prenda o garantía mobiliaria constituida sobre las acciones de una sociedad anónima, en la que el deudor - titular confirió al acreedor prendario los derechos de representación, de voto y de percepción de frutos o utilidades; (ii) la sociedad se halla disuelta y en proceso de liquidación, y (iii) el acreedor prendario, si bien ha ejercido los derechos inherentes a la calidad de accionista conferidos en la garantía mobiliaria, no ha adelantado la ejecución de la misma para hacerse titular del derecho de propiedad sobre aquellas.

“En tal sentido a la luz de las disposiciones legales aplicables, se tiene que la prenda ha sido tradicionalmente definida como un derecho real accesorio que tiene como propósito garantizar el cumplimiento de una obligación; a partir de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013 se considera “garantía mobiliaria” que se constituye como tal mediante un contrato o por disposición de la ley, y se regula por las normas allí integradas; pueden gravarse con prenda “toda clase de bienes muebles”¹, entre ellos, las acciones de una sociedad anónima, la cual se perfecciona ente otros con el registro en el libro de acciones²; el acreedor prendario tiene un poder de hecho actual y efectivo sobre la cosa pignorada, y sólo confiere al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista “en virtud de estipulación y pacto expreso”³.

Así mismo, se advierte que el proceso de liquidación privada de la sociedad está regulado en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio, y comienza con el aviso a los acreedores y la elaboración del inventario del patrimonio social, en el que deben detallarse todos los activos y pasivos con indicación de la prelación o el orden legal para el pago, conforme a las prescripciones de los artículos 2495 y siguientes del Código Civil, el cual debe ser aprobado por el máximo órgano social o la Superintendencia de Sociedades en los casos a que haya lugar respecto de sociedades sujetas a supervisión.

Una vez realizados los activos de la sociedad en liquidación, el liquidador debe proceder a la satisfacción de la totalidad de las obligaciones sociales de acuerdo a la prelación que les corresponde⁴; hacer la reserva para la solución de las obligaciones condicionales y litigiosas; efectuar los reembolsos preferenciales; distribuir el remanente de los activos sociales entre los socios; citar a la asamblea de accionistas para la aprobación de la cuenta final de liquidación, y entregar lo que corresponda a los socios o a la entidad de beneficencia respetiva, si aquellos no se avienen a recibir.

De conformidad con lo expuesto y atendiendo que la prenda en sí misma no transfiere la propiedad sobre las acciones pignoradas, es dable colegir en concepto de este Despacho, que para que el remanente que corresponda al socio – deudor – garante no le sea entregado a éste sino al acreedor prendario, total o parcialmente según el caso, sería preciso que la garantía hubiera sido ejecutada por alguna de las vías legales al efecto contempladas, para lo cual se habrá de verificar si está cobijada íntegramente por la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013 o si habiendo sido constituida antes de su vigencia fue inscrita en el registro de garantías mobiliarias; esto, considerando obviamente lo que lo que estipulen los estatutos sobre la prenda de acciones, y en particular lo que las partes hubieren acordado en el contrato en mención acerca de los términos y condiciones de la obligación garantizada.

Ahora bien, la omisión del acreedor prendario consistente en no ejecutar la garantía mobiliaria sobre las acciones de propiedad de uno de los socios antes de la inscripción de la cuenta final de liquidación, estando obligado a ello, a pesar de tener conocimiento de la situación de la sociedad, por ostentar los derechos inherentes a la calidad de accionista que le fueron conferidos en el contrato de prenda, traería consigo la pérdida de la garantía por desaparición de la persona jurídica de cuyo capital social hacían parte aquellas, pues este hecho corresponde a la “destrucción completa de la cosa empeñada” a que hace referencia el artículo 2431 del Código Civil, y, en consecuencia, el otrora acreedor prendario mutaría su calidad a la de acreedor quirografario.

Así las cosas, es dable inferir que si en el contrato de prenda nada se consagró sobre el pago de la obligación garantizada en caso de liquidación de la sociedad o en torno a la entrega de los remanentes de la liquidación al acreedor prendario, y este último tampoco adelantó la ejecución de la garantía mobiliaria, el liquidador deberá hacer entrega de los bienes que correspondan al propietario de las acciones, quien continuará como responsable del pago de la acreencia”.’

Para determinar si la doctrina invocada resulta aplicable frente al caso, en pertinente consultar la regla de remisión que contempla el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, según la cual: “En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio”

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.

1 Artículo 1200 del Código de Comercio.

2 Artículo 410 del Código de Comercio.

3 Artículo 411 del Código de Comercio.

4 El crédito del acreedor prendario está catalogado como de segunda clase, al tenor del numeral 3 del artículo 2497 del Código Civil.