

OFICIO 220-089296 DEL 21 DE JUNIO DE 2018

Ref: No es viable que la sociedad reciba en dación en pago sus propias acciones para efectuar el pago de obligaciones de los socios con la misma sociedad.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2018-01-239347, mediante la cual pone de presente la situación de una empresa en la que un socio ofreció en venta sus acciones a los demás socios, pero frente a la imposibilidad para adquirirlas con su propio pecunio, la empresa previa aprobación de la junta de socios, decidió otorgarle a los socios un préstamo, para cuyo propósito suscribió un contrato de mutuo en partes iguales para que cada socio las pudiera adquirir, sin cobrar interés alguno, crédito que debía ser devuelto máximo en 36 meses que se cumplen el 30 de junio de 2018.

Se acordó también que las acciones respaldarían la deuda adquirida por cada uno de ellos; agrega que a la fecha y frente a la imposibilidad de los socios para pagar el dinero prestado por parte de la compañía, los mismos han ofrecido que el paquete accionario sea recibido por parte de la empresa en dación en pago. Pone de presente también que el dinero otorgado a título de préstamo fue adquirido con el producto de la venta de un almacén que tenía la sociedad, venta que a su vez autorizó la junta de socios.

Conforme a los hechos expuestos, consulta si pudiera existir algún impedimento de carácter legal para que la empresa recupere el dinero prestado a sus socios, al recibir las acciones en dación de pago, ante la imposibilidad de los accionistas de pagar el dinero.

Sea lo primero señalar que con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite los conceptos de carácter general a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, sin que sus respuestas estén dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas de su competencia, lo que explica que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Efectuada la precisión que antecede y comoquiera que la inquietud se concreta en la posibilidad legal para que la empresa recupere el dinero prestado a sus socios, con la dación en pago de las acciones adquiridas por los socios con el dinero prestado por la sociedad, operación frente a la cual, la Superintendencia en el Oficio 220-016485 del 15 de marzo de 2012, citando el Oficio 340-003555 del 7 de febrero de 2002, expreso entre otros apartes lo siguiente:

(.....).

“LA DACIÓN EN PAGO EN ACCIONES, NO ES VIABLE.

Ahora bien, tal como se señala en el escrito, que el accionista entregaría a la Sociedad las acciones como alternativa de pago, sobre el particular es del caso señalar:

La Dación en pago, ha sido definida por la doctrina como: "... una modalidad de pago que consiste en que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta de la debida...La Dación en Pago es un acto jurídico de naturaleza convencional, pero que sólo se perfecciona y produce sus efectos mediante la ejecución de la prestación sustitutiva...solo se da cuando el acreedor y el deudor (o quien paga por éste) convienen, aquél en recibir lo que no está obligado a recibir, y éste en cumplir una prestación que no debe, o sea, cuando ellos unánimemente convienen en derogar el principio legal de que " el pago se hará bajo todos aspectos en conformidad al tenor de la obligación" (art. 1627) (RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES., Guillermo Ospina Fernández, Editorial Temis, 1994, página 421).

En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo afirmado, podemos concluir que la Dación en Pago entre la sociedad como acreedora y el accionista como deudor, deberá recaer sobre bienes distintos a las acciones de la compañía, pues de manera imperativa la legislación mercantil, fija los casos en los cuales una sociedad puede readquirir sus propias acciones.

Aceptar como Dación en Pago, a favor de la sociedad las acciones de que es titular el accionista en la compañía implicaría un desacato legal, desconociendo el espíritu que le dio origen a la Ley."

Ahora bien, en relación con la imposibilidad legal de constituir prenda sobre las acciones por parte de los accionistas para garantizar obligaciones propias con la sociedad, reiterada por esta Superintendencia en varios pronunciamientos en particular el oficio 220-097573 del 2 de junio de 2016, esta Superintendencia procedió a efectuar un nuevo análisis en el que concluye su viabilidad jurídica.

Para el efecto, en el oficio 220-206012 del 25 de septiembre de 2017, cuyo texto completo podrá consultar en la página web: www.supersociedades.gov.co, en el link normatividad conceptos jurídicos, observó que con fundamento en las nuevas 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 cuyo 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, se reconsidera la posición anterior, apartes del referido oficio, a continuación se transcriben:

“...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 párrafo 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 párrafo 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 consecuencia, y teniendo en cuenta que conforme al escrito de consulta, los accionistas incumplidos decidieron en junta de socios, que las acciones respaldarían la deuda adquirida por cada uno, decisión que podría haberse materializado mediante la constitución de una garantía mobiliaria (prenda) sobre las acciones; opción que no se extiende a la posibilidad de que la sociedad pueda pagarse su acreencia con las mismas acciones, ni el deudor podrá exigir que las reciba para solucionar la obligación que pesa sobre él, por cuanto no se verían cumplidos todos los requisitos señalados en el artículo 396 del Código de Comercio, para la readquisición y, en especial, el alusivo a la exigencia de adquirir sus propias acciones con los fondos tomados de las utilidades líquidas o, en su caso, de la reserva que se hubiere constituido para tal fin.

En consecuencia, en el caso planteado, aunque es viable la constitución de prenda sobre las acciones, como garantía del pago del préstamo otorgado por la sociedad a los socios, éstas no podrán entregarse en dación en pago, por lo que procedería acudir a la ejecución judicial de las acciones entregadas en prenda.

En los anteriores términos se ha atendido su consulta, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo..