

OFICIO 220-050572 DEL 06 DE ABRIL DE 2018

ASUNTO: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-065176, mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia. Luego de remitirse a los pronunciamientos emitidos por esta Entidad en los Oficios 220-111889 del 26 de septiembre de 2011, 220-024095 del 6 de marzo de 2013 y 220-0001165 del 2 de enero de 2017, plantea los siguientes interrogantes:

2.1. Para que opere la prescripción extintiva sobre el derecho de dominio de las acciones de una sociedad anónima ¿Qué supuestos tendrían que configurarse?

2.2. ¿Es posible que esa prescripción extintiva no suponga la correlativa prescripción adquisitiva de esas acciones?

2.3. Si la prescripción extintiva no supone necesariamente la correlativa prescripción adquisitiva de esas acciones ¿la sociedad que emitió las acciones correspondientes tendría la legitimación en la causa por activa para interponer la acción de prescripción extintiva?

2.4. Si la prescripción extintiva no supone necesariamente la prescripción adquisitiva ¿es posible reducir el capital suscrito de la sociedad anónima en la proporción de las acciones cuya prescripción extintiva operó y que fuere declarada por un juez?

2.5. En caso afirmativo, y habida cuenta que no habría como tal un reembolso de aportes a los accionistas cuyo dominio prescribió extintivamente ¿tendría que autorizar la Superintendencia de Sociedades dicha disminución de capital suscrito y pagado?

En el entendido que los que los conceptos que la Superintendencia emite con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como los citados antes, solo expresan una opinión general de la Entidad sobre las materias a su cargo, que como tal no tienen carácter vinculante, ni comprometen su responsabilidad, procede bajo ese presupuesto abordar en su orden las inquietudes planteadas, previas algunas consideraciones de orden legal que permiten contextualizar el tema.

De las acciones.

En primer lugar es de anotar que las acciones en que se divide el capital de una sociedad se consideran títulos valores “de contenido corporativo, que representan una participación homogénea o una parte alícuota de capital social”¹, en otras

palabras, éstas representan “una parte alícuota en el capital de una sociedad mercantil y que da derecho a una parte proporcional en el reparto de beneficios y a la cuota patrimonial correspondiente a la disolución de la sociedad”², en la cual “(...) Según el tratadista Gabino Pinzón los socios se hacen deudores de la persona jurídica por sus aportes y al tiempo acreedores de ella misma por las ventajas que son objeto de los derechos legales que les corresponden por su condición de socios. Esas relaciones jurídicas creadas para el socio con ocasión del contrato social constituyen lo que se conoce como interés social (...)”³.

La prescripción.

De conformidad con las disposiciones que al efecto consagra el Código Civil, la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir los derechos ajenos “por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”⁴; que la prescripción puede invocarse por vía de acción o de excepción “por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada”⁵; que se gana por prescripción el dominio de los “bienes corporales, raíces o muebles que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales”, así como otros derechos reales que no están especialmente exceptuados⁶ (s.f.t.); que para ganar la prescripción ordinaria se requiere la “posesión regular no interrumpida” durante 3 años para muebles y 5 años para inmuebles⁷, y para la extraordinaria se exige básicamente “haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción” por el período de 10 años.

A la vez se tiene que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho

1 Francisco REYES VILLAMIZAR. Derecho Societario. Editorial Temis. Tercera Edición. Página 458.

2 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

3 Oficio 220-30624 del 2 de julio de 2004.

4 Artículo 2512.

5 Artículo 2513.

6 Artículo 2518.

7 Artículos 2528 y 2529.

exigible”⁸; que “la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden”⁹; que “toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”¹⁰, y que la acción ejecutiva prescribe en 5 años, la ordinaria en 10, la de reclamación de honorarios de profesiones liberales en 3 y la del precio de los artículos de mercaderes, proveedores y artesanos así como de los servicios prestados por posaderos, acarreadores y otros en 2 años¹¹.

La doctrina.

Amén del silencio que guarda la ley mercantil en torno a la materia y las múltiples inquietudes que surgen, esta Superintendencia ha debido ocuparse en diversas oportunidades sobre el tema, para concluir en primera instancia con fundamento en las disposiciones antes invocadas, que es viable extinguir la propiedad de las acciones en una sociedad, cuando su titular ha dejado de ejercer sus derechos durante el lapso de tiempo requerido para que opere la prescripción extintiva, a que hacen referencia los artículos 2512 y siguientes del Código Civil.

En efecto, a partir especialmente del detenido estudio de que da cuenta el Oficio 320- 112101 del 13 de diciembre de 1999, el Oficio 220-28546 del 30 de julio de 2001, citado entre otros en los Oficios 220-057050 del 30 de marzo, 220-203386 del 1º de noviembre, 220-249498 del 20 de diciembre todos de 2016, y 220-125001 del 29 de junio de 2017, puede manifestarse el criterio según el cual “el no ejercicio de los derechos que la calidad de accionistas le confiere a su titular y siendo las acciones derechos patrimoniales, conlleva de manera inexorable a que los mismos se extingan por el transcurso del tiempo, es decir opera respecto de las mismas la figura de la prescripción, haciendo la salvedad que si bien es cierto la normatividad vigente no ha consagrado, salvo excepciones, de manera expresa la prescripción de las acciones, es claro que es viable en ese evento la aplicación de las disposiciones generales que sobre prescripción extintiva de las acciones judiciales consagra la ley”.

Adicionalmente en el Oficio 220- 45553 del 18 de agosto de 2005, se precisaron otros aspectos a saber:

“En primer lugar, el artículo 2512 del Código Civil señala las dos especies de prescripción: la adquisitiva y la extintiva, donde la primera tiene su campo de acción en la adquisición de derechos reales y, la segunda, en la extinción de las obligaciones y acciones en general, ‘por no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto lapso de tiempo (SIC), y concurriendo los demás requisitos legales’.

8 Artículo 2535.

9 Artículo 2537.

10 Artículo 2538.

11 Artículos 2536, 2542 y 2543.

En segunda instancia, la Superintendencia de Sociedades es de la opinión¹² que los derechos políticos y económicos que ofrecen las acciones a su titular son susceptibles de prescripción, pues si bien cada una de ellas otorga derechos patrimoniales¹³, las obligaciones administrativas¹⁴ solo sirven como medios de tutela o amparo a aquellos. Ahonda lo dicho la autorizada opinión del profesor Guillermo Ospina Fernández¹⁵ quien sobre el particular manifestó: 'si bien en el campo de los derechos extrapatrimoniales prevalece la condición moral y social que los hace imprescriptibles, en el de los derechos patrimoniales la regla es a la inversa; el prolongado desuso de éstos por sus titulares conduce a su extinción'.

En tal sentido, tenemos consecuentemente que estamos ante la presencia de un principio de orden público que rige para el derecho privado, lo cual nos lleva a concluir que son contrarias al interés general y a la libertad individual aquellas obligaciones que perduran irredentes durante largo tiempo.

De otra parte, y antes de la entrada en vigencia del artículo 2º de la Ley 791 de 2002, solo existía la posibilidad, cuando el accionista no ejercía sus derechos patrimoniales, que apelara a una demanda para pedir la entrega de todas las utilidades, alegando que aquel, en su calidad de acreedor, no había actuado dentro de los términos de ley.

No obstante, el artículo 2º de la citada disposición, vino a poner en plano de igualdad a las dos partes de la relación, acreedor (accionista) y sociedad (deudora), al facultar a ésta última para alegar judicialmente la prescripción extintiva como una forma de evitar una demanda de reconvención.

Por tanto, con base en la nueva normatividad, a juicio de este Despacho es posible que la sociedad, a través de su representante legal y con la autorización del máximo órgano social, conmine a la justicia ordinaria para que se pronuncie sobre la ocurrencia o no de la prescripción, o lo alegue por vía de excepción.

Posteriormente, en el Oficio 220-000116 del 2 de enero de 2017, citado en el oficio 220-001194 del 11 de enero de 2017, se consideró la posibilidad tanto de la prescripción extintiva de los derechos de los socios, como la prescripción adquisitiva del dominio o usucapión sobre las acciones:

‘...En tal virtud y considerando que el Oficio 220-024095 del 06 de Marzo de 2013 compila los conceptos aludidos, para los fines de su solicitud basta transcribir los apartes del oficio citado, restando por señalar que a

12 Oficio 320-112101 del 13 de diciembre de 1999

13 Artículo 379 del Código de Comercio, numerales 2,3 y 5

14 Numerales 1º y 4º íbidem

15 OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO; Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1998, pág. 471)

este Despacho no le es dable en los términos del Artículo 28 del C.C.A instruir ni anticipar el sentido ni los alcances de providencias que sean del resorte de las autoridades judiciales. (...)

‘...Ahora bien, esta entidad de antaño se ha pronunciado sobre la viabilidad para que por la vía judicial se pueda reconocer la prescripción extintiva de dominio en contra del accionista que no ejerce sus derechos en la compañía; reconociendo en este caso que le asiste a un tercero, la posibilidad de adquirir el dominio por el ejercicio de los derechos derivados de la calidad de accionista, o por el uso de los derechos económicos derivados de tal calidad, por ejemplo por el uso de los dineros asignados como dividendos.

‘...Indudablemente una primera alternativa sería la disminución del capital social en una cuantía igual a la correspondiente a los títulos objeto de prescripción, caso en el cual la suma pertinente podría llevarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, pero tal disminución necesariamente estaría sujeta al cumplimiento de alguno de los presupuestos previstos en el artículo 145 del Estatuto Mercantil. Ahora en cuanto a la opción planteada en su escrito y relativa a la reducción del número de acciones en circulación y el consiguiente aumento proporcional de las que queden, con el objeto de no disminuir el capital suscrito, le manifiesto que tal mecanismo se considera viable. Para ello debe tenerse en cuenta que al cancelar las acciones retiradas se aumenta el valor intrínseco de las demás acciones y al aumentarse el valor nominal de las acciones con ese incremento, tal medida afecta una de las bases del contrato social, cual es el número y el valor nominal de las acciones en que se divide el capital, y por tanto dicha medida implicaría una reforma del contrato social, que requeriría el voto del setenta por ciento (70%) de las acciones representadas o de la mayoría prevista en los estatutos, reforma que debe ser reducida a escritura pública e inscrita en el registro mercantil’.

Por su parte, mediante oficio 220-30624, 02 de julio de 2004, la Entidad expresó entre otros:

(...)

.Sobre este particular es indispensable hacer una necesaria diferenciación entre la mal llamada prescripción de las acciones judiciales y la prescripción extintiva de los derechos. En efecto, la primera, llamada más propiamente caducidad, hace referencia a las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio. Esta es la regulada por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y ocurre cuando no se ha instaurado la acción penal, civil o administrativa respectiva, dentro del término señalado por la ley para hacerlo, que es de cinco (5) años.

La segunda, que es a la que se refiere la consulta, es la propiamente denominada prescripción extintiva del derecho de dominio, reglada, como ya se indicó, por los artículos 2512 y siguientes del Código Civil. Esta hace referencia a la extinción del derecho de dominio sobre un bien cuando se presentan los requisitos para que opere la mencionada figura, esto es, la prescriptibilidad del derecho, la inacción de su titular y el paso del tiempo indicado por la ley. Como quiera que no está fijado este último aspecto en la legislación civil, el plazo para la prescripción será de largo tiempo, esto es, de diez años, tomando en consideración que la Ley 791 de 2002, redujo a la mitad los términos de prescripción en materia civil”.

Estas consideraciones fueron reiteradas recientemente en el Oficio 220-001890 del 17 de enero de 2017, y a su vez en el Oficio 220-039575 del 14 de marzo de 2018 se manifestó:

“Jurídicamente no es viable adquirir por parte de la sociedad, mediante prescripción adquisitiva, las acciones de un socio fallecido (...); respecto de las acciones del socio desaparecido, el trámite a realizar es el de la prescripción extintiva del derecho de propiedad de ese socio, los efectos de este trámite se orientan a modificar la composición del capital de la sociedad, como lo confirma el oficio 220-179538 del 30 de octubre de 2014, al referirse al tema, expresó lo siguiente: (....) Indudablemente una primera alternativa sería la disminución del capital social en una cuantía igual a la correspondiente a los títulos objeto de prescripción, caso en el cual la suma pertinente podría llevarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, pero tal disminución necesariamente estaría sujeta al cumplimiento de alguno de los presupuestos previstos en el artículo 145 del Estatuto Mercantil. ...”

Consecuente con lo expuesto se tiene que la prescripción puede ser de dos clases: la adquisitiva y la extintiva. En virtud de la prescripción adquisitiva se adquieren las cosas ajenas, esto es, los bienes muebles e inmuebles, cuando se han poseído regular o irregularmente durante el tiempo establecido en la ley, y por

la prescripción extintiva se extinguen las acciones judiciales y los derechos asociados a las mismas.

Por su parte, es concepto de este Despacho que las acciones de una sociedad de capital, en tanto bienes muebles que incorporan derechos políticos y económicos, pueden ser objeto de prescripción adquisitiva de dominio invocada por otro socio o por un tercero, no por la sociedad, que valiéndose de una relación jurídica con las mismas, tales como prenda, usufructo o anticresis, muta su ánimo para convertirse en poseedor ejerciendo los derechos que les son inherentes, al tiempo que quien ostenta la condición de propietario o nudo propietario los abandona, en las condiciones generales establecidas en el Código Civil.

De igual manera, en opinión de este Despacho las acciones pueden ser objeto de prescripción extintiva por parte de la sociedad, atendiendo las consideraciones que le sirven de sustento a los conceptos transcritos.

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.