

Oficio 220-072909 Del 03 de Septiembre de 2012

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL USUFRUCTO DE ACCIONES

Me refiero a su escrito radicado con el número 2012- 01- 192943, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula a esta Entidad una consulta relacionada con el usufructo de acciones, en los siguientes términos:

1) A quien pertenecen las utilidades generadas por la sociedad antes de constituirse el usufructo, pero sus rendimientos son distribuidos durante su vigencia?

2) A quien pertenecen las utilidades generadas por la sociedad durante la vigencia del usufructo, pero sus rendimientos son distribuidos cuando este ya se ha terminado?

3) Si al momento de la liquidación de la sociedad se encuentra vigente el usufructo y hay utilidades generadas durante la vigencia del usufructo, una vez pagado el pasivo externo a quien corresponden dichas utilidades?

4) Si con las utilidades generadas en ejercicios anteriores a la constitución del usufructo, la asamblea decide constituir una reserva para futuras capitalizaciones, y durante la vigencia del usufructo se procede al reparto de acciones liberadas con la reserva creada. Se pregunta ¿a quien corresponde el derecho de dominio de tales acciones liberadas al usufructuario o al nudo propietario?. Si corresponden al nudo propietario, ¿el usufructo de dichas acciones liberadas a quien correspondería?. En este caso ¿a quien corresponden las utilidades generadas y no distribuidas al momento de la liquidación de la sociedad, una vez pagado el pasivo externo respecto de las acciones ya liberadas?

5) Si con las utilidades generadas durante la vigencia del usufructo la asamblea decide constituir una reserva para futuras capitalizaciones, y durante la vigencia del usufructo se procede al reparto de acciones liberadas con la reserva creada. Se pregunta ¿a quien corresponde el derecho de dominio de tales acciones liberadas al usufructuario o al nudo propietario?. Si corresponden al nudo propietario, ¿el usufructo de dichas acciones liberadas a quien correspondería?. En este caso, a quien corresponden las utilidades generadas y no distribuidas al momento de la liquidación de la sociedad, una vez pagado el pasivo externo respecto de las acciones ya liberadas?

Al respecto, este Despacho se permite resolver los interrogantes formulados, en el mismo orden en que fueron planteados:

i) El artículo 412 del Código de Comercio, preceptúa 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, conforme a lo en el artículo anterior□. (El llamado es nuestro).

Por su parte, el artículo 379 ibídem, señala que □Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

(□)

2º) El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos□□. (Se subraya).

Acorde con lo anterior, el artículo 455 ejusdem, prevé que □Hechas las reserva a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas.

El pago del dividendo se hará en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago□. (El llamado por fuera del texto original).

Del estudio de las normas antes transcritas, se desprende lo siguiente: a) que el usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes: 1) el del nudo propietario, el cual conserva el derecho de propiedad y en tal virtud puede, entre otros, enajenarlas o gravarlas, disminuido en la facultad de gozarlo; y 2) el del usufructuario que adquiere la facultad de gozar de la cosa, el cual tratándose de acciones se concreta en poder ejercer los derechos inherentes a la misma, salvo pacto expreso en contrario; b) que entre tales derechos se encuentra la de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales, con sujeción a lo previsto en los estatutos sobre el particular; c) que el pago del dividendo se hará a quien tenga la calidad de accionista al momento de hacerse exigible el pago; d) que quien aparezca como usufructuario de las acciones adquiere derechos en calidad de accionista, en el sentido que se le reconoce el derecho real como usufructuario al goce de los bienes dados en usufructo, en virtud de lo cual se le reconocerán los dividendos que las acciones devenguen, independientemente de que el mismo se hubiere decretado antes de constituirse aquél, para lo cual es necesario que se cumpla con la solemnidad del

registro del usufructo en el libro de acciones; y e) que el nudo propietario es el dueño de las acciones y como nudo propietario puede transferirla por acto entre vivos o transmitirse por causa de muerte (artículo 832 C.C.).

De lo anteriormente expuesto, es claro que tanto el nudo propietario como el usufructuario son titulares de derechos reales, los cuales aprovechan económicamente, uno como dueño en calidad de nudo propietario y el usufructuario sobre el derecho de goce en virtud del cual obtiene los frutos del bien.

ii) Ahora bien, si las utilidades o dividendos fueron generados por la sociedad durante la vigencia del usufructo, pero sus rendimientos son distribuidos cuando este ya se ha terminado, los mismos deben ser pagados a quien ostente la calidad de accionista y no a quien tenía la calidad de usufructuario.

iii) El hecho de que al momento de liquidación de la sociedad se encuentre vigente el usufructo, no quiere decir que las utilidades generadas durante la vigencia del mismo, sean repartidas al usufructuario, pues, como es sabido, la asamblea o junta de socios no puede tomar decisiones distintas a la relacionada con la liquidación, por lo que no puede decretar reparto de utilidades.

En efecto, el artículo 223 del Código de Comercio, dispone que disuelta la sociedad, las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación.

De otra parte, no debe de perderse de vista que el proceso de liquidación tiene por objeto la realización de los activos que conforman el patrimonio del deudor, cuyo producto debe destinarse al pago de las acreencias a su cargo, con la prelación establecida en la ley.

Además, cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, **hará responsables** frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto. (Artículo 222 op.cit.)

Luego, el liquidador debe pagar siempre a los acreedores en el respectivo orden de prelación de créditos y sólo al final en caso de que queden remanentes o excedentes, se hará su distribución entre los socios o accionistas en proporción a su participación dentro de la sociedad mercantil.

iv) En cuanto al cuarto interrogante, se observa que el derecho a suscribir preferencialmente en toda emisión de acciones que a favor de los socios consagra la primera parte del 388 del Código de Comercio, no es un fruto, por cuanto no reúne los requisitos allí mencionados, ni está consagrado en nuestra legislación- artículo 379 del Código de Comercio- como un derecho inherente a la calidad de accionista, no obstante que surge de ella, dado que puede legalmente desconocerse si se cumplen los presupuestos señalados en el párrafo final del citado artículo 388. De ahí, pues, que tal derecho, por regla general, corresponda al nudo propietario y no al usufructuario. Sin embargo, esta regla no es aplicable en el caso de que la asamblea general de accionistas decreta un dividendo para ser pagado no en dinero sino en acciones liberadas de la sociedad, pues en este evento el nudo propietario está obligado a respetar la decisión del máximo órgano social, que forzosamente conlleva la atribución del derecho a suscribir al usufructuario.

Solución que en nuestra legislación, es más valedera en cuanto que el artículo 455 del estatuto mercantil hace obligatoria la recepción de dividendo en acciones liberadas cuando la decisión de la asamblea en tal sentido es adoptada con el voto del ochenta por ciento de las representadas, y es consecuente con el principio de que el derecho preferencial a la suscripción no es consustancial a esta calidad, en forma que deba respetarse necesariamente.

Sin embargo, puede suceder que se alegue que la suscripción de acciones por parte del usufructuario atenta contra la sustancia de la cosa fructuaria -acciones- ya que ella produciría una baja en el valor intrínseco de las poseídas por el nudo propietario, pero de igual manera puede argüirse que la suscripción que haga éste con fondos propios y no con dividendos, atenta contra los derechos del usufructuario, dado que no existe disposición legal que supla la falta de una manifestación de voluntad que obligue extender el usufructo a las nuevas acciones.

En consecuencia, lo ideal es que al constituirse el usufructo sobre acciones, se estipulen expresamente los derechos del usufructuario y del nudo propietario, pues de lo contrario ambos quedarían sujetos a la contingencia de ver mermados sus derechos por la intervención de un tercero: la asamblea general de accionista, cuyas decisiones, desde que sean legalmente tomadas, son obligatorias tanto para la sociedad como para sus accionistas.

De otro lado, tal como anteriormente se dijo, dentro del proceso liquidatorio no hay lugar a distribución de utilidades y una vez pagado el pasivo externo si quedare algún remanente este distribuirse entre los asociados.

Es decir, la distribución del activo social entre los asociados se lleva a cabo en la última etapa de la liquidación de la sociedad, una vez se haya pagado en su totalidad el pasivo externo. De este hecho debe quedar constancia en acta en el que se exprese el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o los bienes que reciba cada uno a título de liquidación. Se deduce que no hay duda sobre la enajenación que la sociedad hace a favor de los asociados de los bienes sociales, al

concluir la última etapa de su liquidación, lo hace a título de reembolso de los respectivos aportes, y por ende, no es posible que la distribución del remanente se haga al usufructuario, por expresa prohibición del artículo 412 del Código de Comercio.

v) Finalmente, respecto del interrogante planteado en el numeral 5º del escrito de consulta, se advierte lo siguiente:

a) Si la sociedad no se encuentra en liquidación y durante el transcurso de su vida social, respecto de las utilidades generadas en ejercicios anteriores a la constitución del usufructo, la asamblea decide constituir una reserva para futuras capitalizaciones y durante la vigencia del usufructo se procede al reparto de acciones liberadas, es lógico que el derecho de dominio de tales acciones le corresponda al usufructuario y no al nudo propietario. No sucede lo mismo, si la sociedad se encuentra adelantando un proceso liquidatorio, pues, como anteriormente se dijo, las decisiones que adopte la asamblea en el curso del proceso deben tener relación directa con la liquidación.

En los anteriores términos se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tiene el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.