

OFICIO 220-001890 DEL 17 DE ENERO DE 2017

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL NO EJERCICIO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Me refiero a su escrito radicado con el número 2016- 01-573080, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula a esta Entidad una consulta relacionada con el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

(i) ¿Cuál es el mecanismo jurídico y/o societario previsto en la legislación Colombiana para excluir un socio que no participe en el ejercicio de sus derechos sociales y con su ausencia entorpezca la toma de decisiones y la ejecución de actividades de la sociedad?

(ii) ¿Es posible aplicar la figura de la prescripción en relación a cuotas sociales de una sociedad limitada, quienes pueden invocada y ante que autoridad judicial y/o administrativa?

(iii) En relación a los hechos narrados ¿es posible que la sociedad inicie el correspondiente proceso de prescripción extintiva de dominio por las cuotas sociales de aquel socio que no tiene el denominado "animo societatis" y en caso de ser posible ante que autoridad judicial y/o administrativa debe acudir?

(iv) ¿Existe la posibilidad de que los socios o algún tercero interesado inicie el correspondiente proceso de prescripción extintiva de dominio por las cuotas sociales de aquel socio que no tiene el denominado "animo societatis" y en caso de ser posible ante que autoridad judicial y/o administrativa debe acudir?

(v) Por tratarse de asuntos que atañen al ejercicio y funcionamiento de una sociedad colombiana, ¿es posible acudir ante la Superintendencia de Sociedades para que esta declare la prescripción de los derechos derivados de las cuotas sociales del socio ausente y por ende la pérdida de las cuotas sociales?

(vi) ¿Existe algún otro mecanismo jurídico para lograr la exclusión del socio ausente y cuál es la autoridad judicial y/o administrativa ante la cual debe acudir para tal efecto?

(vii) ¿Existe algún mecanismo jurídico para afrontar la problemática presentada en relación al socio ausente y cuál es la autoridad judicial y/o administrativa ante la cual debe acudir para tal efecto?

Al respecto, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas:

a) Sea lo primero advertir que de acuerdo con el numeral 2, artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión general sobre los temas de derecho societario a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que dicho sea de paso no asesora sobre asuntos de carácter particular, como resulta ser el caso planteado, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

b) La Ley no consagra ningún mecanismo o procedimiento para excluir un accionista o socio de una compañía que no participe en las reuniones del máximo órgano social, cuya ausencia entorpezca la toma de decisiones del mismo y la ejecución de las actividades de la sociedad.

Sin embargo, es de advertir que comoquiera que las acciones confieren unos derechos de carácter patrimonial, ello 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 legales que regulan la materia.

c) En efecto, ante la falta de animus societatis, de alguno de los socios o accionistas por no participar en las reuniones de la asamblea general o junta de socios, especialmente de aquellas que requieran unanimidad de los asociados, se podría aplicar la figura de la prescripción de las cuotas sociales que el mismo posea en la compañía, tal como lo ha sostenido este Organismo en el concepto emitido a través del Oficio 320- 112101 del 13 de diciembre de 1999, en el cual “se pronunció nuevamente sobre el tema objeto de análisis para poner de relieve que los estudiosos del fenómeno societario no conciben que la calidad de accionista pueda extinguirse y a su vez, agrega que: “Sin embargo en la búsqueda de algún antecedente doctrinal o jurisprudencial sobre el punto materia de este concepto, se conoció un estudio publicado por la REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, escrito por JORGE A BACQUE Y EDGAR I, JOLONCHE, en el que sostiene que la negativa a aceptar la prescripción de las acciones se funda en el prejuicio de atribuir “a los accionistas una suerte de “derecho de propiedad” sobre la sociedad anónima, su patrimonio o su capital, puesto que toman como base de sus razonamientos ciertas ideas relacionadas directamente con las notas definitorias del dominio que legisla el Código Civil; en

especial, su perpetuidad, independientemente del ejercicio efectivo de las prerrogativas que implica (art. 2510)..”

Agrega el referido oficio lo siguiente: “No obstante, los avances experimentados por el derecho de las sociedades nos permiten entender sin problema alguno que ninguno de los accionistas es propietario de la sociedad anónima ni propietario de los bienes que han pasado a ser sociales, respecto de los cuales los titulares de partes alícuotas del capital sociedad no tienen ningún derecho concreto de disposición uso o goce. E igualmente, que el llamado estado o posición de socio no tiene un valor ontológico a partir del cual se puedan derivar consecuencias jurídicas, sino que “en rigor sólo cabe hablar de conjunto de derechos y de obligaciones que corresponden a los accionistas, quienes no tienen otro estado, posición o condición jurídica que no resulte de aquellos... Pero la comodidad verbal que representa la palabra estatus no es suficiente para otorgarle un significado distinto del conjunto de derechos y obligaciones que sintetiza, pues tal recurso es usado al solo efecto de sistematizar y explicar mejor el ordenamiento jurídico” (artículo citado páginas 486 y 487).

Por su parte, esta Superintendencia mediante oficio 220-30624, 02 de julio de 2004, en torno al mismo tema, expresó lo siguiente:

"...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...

Luego, el interés social de una sociedad, según el tratadista Gabino Pinzón, se entiende como "... como un bien incorporal mueble susceptible de ser estimado en dinero y de ser objeto de negocios como la aportación, la venta, la prenda, el usufructo, etc...":

A efectos de dar respuesta al interrogante formulado, se considera la necesidad de acudir al Código Civil por expresa remisión que a dicho estatuto establece el artículo 2º de la Legislación Mercantil, anotando anticipadamente que uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad lo constituye sin lugar a dudas el denominado animus societatis, es decir, el interés y la voluntad de colaboración que se tiene para participar en todo lo relacionado con el buen funcionamiento de la empresa social y lograr la necesaria armonía que debe existir entre los asociados para sacar adelante la misión común que tienen, razón por la que independiente del tipo social de que se trate, se encuentran obligados a acatar la Constitución, la ley, y los estatutos de la compañía, al ser precisamente los que

rigen su vida jurídica. Así, para el asunto que llama nuestra atención, tenemos que la calidad de accionista no solo otorga derechos, sino que igualmente impone obligaciones para tener acceso a la dispensación de sus derechos, razón por la que su falta de práctica constituye omisión en su cumplimiento, y por ende, la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades.

Sobre esto último, precisamente la ley ha dispuesto que cuando no se ejercitan los derechos, la ley presume su abandono por el titular, dando origen a la institución jurídica de la prescripción, la cual por deducción tiene como finalidad la extinción de derechos. Es decir, se tiene en cuenta la razón subjetiva de la falta de su ejercicio, o lo que es igual, la negligencia real o supuesta de la persona a la que le pertenece, por lo que independiente de la razón externa o interna por la que el accionista no desea o no puede continuar formando parte de la compañía, surge en primera instancia la aplicación de los procedimientos establecidos para la negociación de acciones o la cesión de cuotas.

En el caso de la cesión de cuotas y salvo estipulación en contrario, se rige por las normas previstas en los artículos 362 al 365 del Código de Comercio, trámite que de no perfeccionarse podría culminar con la disolución de la sociedad o con la exclusión del socio interesado en ceder las cuotas, liquidándolas en la forma establecida en el artículo 364 del Código de Comercio. .

Pero puede ocurrir que el asociado no comparezca por sí o por interpuesta persona a la sociedad, dejando si se quiere abandonada su participación en el ente económico y todo lo que de ella se derive. En este caso, el no ejercicio por varios años de los derechos que le confiere la ley al asociado le puede acarrear algunas sanciones, máxime cuando las acciones le conceden derechos patrimoniales. En efecto, a juicio de esta Superintendencia, tal circunstancia trae consigo que de manera inexorable sus derechos se extingan por el transcurso del tiempo, es decir opera respecto de las mismas la figura de la prescripción atrás referida, 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.

Ahonda en el tema de la prescripción, el doctor GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ al señalar: "si bien en el campo de los derechos extra patrimoniales 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". (El llamado por fuera del texto original).

En este orden de ideas, lo dicho se constituye por mandato de la ley en un principio de orden público que rige en el derecho privado colombiano, el cual considera que son contrarias al interés general y a la normal libertad individual las obligaciones que perduran independientes durante largo tiempo, luego es claro que siendo las acciones derechos patrimoniales, se extinguen por el transcurso del tiempo al dejarse de ejercitar los derechos que conceden.

Por último, y no estando determinado por la ley un plazo para que opere la prescripción, tenemos que se extinguen ordinariamente por prescripción de largo tiempo, es decir, 10 años. Igualmente, debe anotarse que corresponde a los administradores, previa consulta al máximo órgano social, recurrir a la justicia ordinaria para que se pronuncie sobre la ocurrencia o no de la prescripción”

A su vez, el Oficio 220-179538 del 30 de octubre de 2014 expresó: ‘...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 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”.

Los criterios anteriormente expuestos confieren mecanismos que permiten resolver la situación planteada respecto socios que de tiempo atrás y por múltiples circunstancias no volvieron hacer uso de los derechos que les confiere la ley. Es oportuno indicarle que en el Libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 2000 - 2004, Pág. 25 y ss., se encuentran dos (2) pronunciamientos publicados relacionados con el tema aquí tratado que le brindará mayor ilustración al respecto.

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