

Oficio 220-085101 Del 08 de Julio de 2013

ASUNTO: Es viable la donación de acciones a los hijos menores Reserva del derecho de usufructo sobre las acciones donadas.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2013-01-204711, por la cual realiza la siguiente consulta:

1. Existe una Sociedad Anónima conformada por cinco personas entre ellas dos cónyuges.
2. Con el fin de organizar sus asuntos legales teniendo en cuenta que dichos cónyuges desean divorciarse y liquidar la sociedad conyugal, con el fin de dejar a sus menores hijos (tres) protegidos económicamente como ellos lo afirman, es su deseo donar algunas de sus acciones en cabeza de los menores.
3. Adicionalmente el padre y accionista de la Sociedad Anónima en cuestión, expresa su deseo de donar las acciones en cabeza de sus menores hijos, sin embargo desea reservarse el usufructo de las mismas hasta que los menores obtengan su mayoría de edad.

Una vez manifestados los fundamentos fácticos, la consulta la radica en los siguientes términos:

1. La figura de donación de acciones en cabeza de los hijos menores de edad por parte de los accionistas de una sociedad anónima es procedente y como sería su procedimiento, teniendo en cuenta lo establecido por el Código Civil para las donaciones respecto a la insinuación ante Notario Público? Debe cumplirse con dicho requisito?.
2. En caso de ser procedente la donación de acciones en cabeza de hijos menores por parte del padre accionista en una sociedad anónima, podría ser el mismo padre donante el representante legal de los menores ante la sociedad?
3. Es procedente que el padre que dona acciones a sus hijos menores se reserve el usufructo de las mismas hasta que sus hijos obtengan la mayoría de edad?, en caso afirmativo como sería el procedimiento para el mismo, una anotación en el acta de donación?
4. Para efectos de reservarse el usufructo por parte del padre donante de acciones, como sería ese trámite?.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a lo expresado por esta superintendencia en el **Oficio 220-127968 del 4 de noviembre de 2011** que a la letra dice:

Ref: Donación de acciones y/o cuotas de padres a sus hijos menores de edad.

1. Sobre el particular, cabe precisar en primer lugar, que según el artículo 102 del mencionado código, es válida la sociedad constituida entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados.

Por su parte, se tiene que de acuerdo con el artículo 101 ídem, para que un contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los contratantes, es necesario que de su parte exista capacidad legal, consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que cada uno de ellos contraigan frente a la sociedad tengan un objeto y una causa lícitos.

En punto de la capacidad, hay que tener en cuenta que de acuerdo con la regla general, toda persona es legalmente capaz, con excepción de aquellas personas que la propia ley considera incapaces, como es el caso de los menores de edad, de conformidad con lo previsto en los artículos 1503 y 1504 del Código Civil, y del artículo 1º de la Ley 27 de 1977, disposición esta que dicho sea de paso estableció en Colombia la mayoría de edad a los 18 años.

Ahora bien, respecto de los incapaces como socios, dispone el artículo 103 del Código de Comercio:
Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita.
En los demás casos, podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, según el caso ().

Teniendo en cuenta que actualmente la mayoría de edad es a los dieciocho (18) años, encontramos entonces que existen dos categorías de menores o incapaces en razón de su edad:

1-Relativos o púberes: Varones mayores de 14 y menores de 18 años y mujeres, mayores de 12 y menores de 18 años.

2-Impúberes: Varones menores de 14 y mujeres menores de 12.

Frente a la participación de los incapaces relativos e impúberes en el capital de las sociedades, tenemos que los primeros pueden vincularse con autorización y los segundos solo pueden hacerlo por intermedio

de sus representantes legales, y en ambos casos, siempre y cuando la vinculación no conlleve a que se comprometa ilimitadamente su responsabilidad.

De la norma transcrita se desprende, en primer lugar, que es factible constituir sociedades entre padres e hijos, y en segundo lugar, que los menores de 18 años, como incapaces que son, no pueden ser socios en sociedades colectivas ni gestores en sociedades en comanditas, pero sí pueden participar como asociados en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, y como socios comanditarios en compañías en comanditas, en estos últimos casos siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización.

2. Partiendo de la base de que el artículo 906 del Código de Comercio, establece que no puede haber compraventa entre padres e hijos, pero no hace ninguna distinción en cuanto a la clase de bienes respecto de los cuales opera tal prohibición, es dable advertir que ésta también aplica frente a la venta de acciones, cuotas sociales o partes de interés entre padres e hijos, tal como lo ha reconocido esta Superintendencia en el Oficio 220-39719 del 19 de agosto de 2004, en el que manifestó:

En cuanto a la acepción del artículo 906 citado, expresa otro tanto el profesor Bonivento, al afirmar que "□en general el artículo 906 sigue la trayectoria del Código Civil□", agregando tan sólo que "□como el artículo 906 solamente prevé las incapacidades para comprar, cabe indagar: con las ventas qué sucede.

Creemos que debe extenderse, básicamente, para ampliar los alcances de las prohibiciones, porque extraño sería imprimirle unos efectos frente a la compra, permitiendo la venta. Tanto para la compra, como para la venta, se aplica el artículo mencionado."(página 31, obra citada).□

Sobre la inquietud que se plantea en cuanto a sí existe excepción a la prohibición aludida es pertinente anotar que según el tenor literal de las normas invocadas, la compraventa entre padres e hijos de familia no fue contemplada como negocio excluido de la sanción señalada.

□Es claro entonces, conforme con lo anterior, que en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra prohibida la compraventa entre padres e hijos de cualquier clase de bienes, incluidas las acciones, las cuotas sociales y las partes de interés en sociedades comerciales.

No obstante, no ocurre lo mismo con la donación de participaciones sociales de capital, en razón a que la ley no contempla disposición alguna en la que impida la realización de donaciones de acciones, cuotas o partes de interés entre padres e hijos.□

En este orden de ideas, es dable colegir que tanto en las sociedades anónimas como en las limitadas es viable que hijos menores lleguen a ser asociados de las mismas por virtud de una donación de acciones o cuotas sociales efectuada por sus padres. □Ello sin perjuicio de que previamente al trámite de donación se haya agotado el procedimiento de derecho de preferencia establecido legal o estatutariamente para la transferencia de participaciones de capital, tal como lo indicó este Despacho en el Oficio 220-67664 del 30 de diciembre de 2004.□

□(□□□.)□.

En este orden de ideas y con el fin de ir absolviendo sus interrogantes, tenemos que la donación de acciones es perfectamente viable a favor de hijos menores.

Ahora bien, en este punto de la donación debemos tener en cuenta que en principio las acciones son libremente negociables, con una salvedad, cual es que en los estatutos se encuentre estipulado el denominado derecho de preferencia a la luz de los consagrado en el numeral 3, artículo 379 de la obra citada, según el cual asiste a los asociados la facultad de adquirir las acciones que sean ofrecidas o bien por la sociedad o por los restantes accionistas, y así mantener su participación en la sociedad.

Es por lo anterior que este organismo abiertamente considera que si en los estatutos sociales de una compañía esta consagrado el derecho de preferencia en la negociación de acciones, éste dentro de su radio de acción, cobija cualquier clase de enajenación de acciones y entonces por supuesto entra una **donación de acciones**.

Ahora bien, frente al **trámite de la donación de acciones**, la Superintendencia de Sociedades en el **Oficio 220-124682 del 4 de diciembre de 2008**, en sus apartes pertinentes conceptúo:

□De la Donación y su Trámite

Para dilucidar este tema citaremos la Jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, así:

□A su vez, el artículo 5º. numeral 17 del Decreto 2272 de 1989, determinó que los jueces de familia conocerían en primera instancia □De la insinuación de donaciones entre vivos en cantidad superior a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios□, con lo cual el mismo legislador estableció que estas solicitudes pueden presentarse bien ante el notario o bien ante el juez de familia, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces,

pues si esto no es así, la competencia radica únicamente en este último funcionario, sin posibilidad de elección,□

(□)

□□el Tribunal precisó que el Decreto 1712 del 1º. de agosto de 1989 facultó a los Notarios para autorizar mediante escritura pública las donaciones que requieren insinuación, siempre y cuando que donante y donatario fueran plenamente capaces y lo solicitaran de común acuerdo, y que el Decreto 2279 del 7 de octubre del mismo año, que creó la jurisdicción de familia, asignó a los Jueces de Familia el conocimiento de los procesos de insinuación de donaciones entre vivos, □sin perjuicio de la competencia atribuida por ley a los notarios□, por lo que, como en el caso en estudio, dos de los donatarios eran menores de edad para la época en que se solicitó la insinuación, la competencia para autorizarla radicaba en el Juez Civil del Circuito de Villeta por cuanto no existían en esta localidad Juzgados de Familia.□1 (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto se concluye, que en los eventos que en la operación económica de donación, intervengan menores, es decir incapaces, el conocimiento del proceso de insinuación y autorización será de competencia del juez de familia. (El resaltado no es del texto del oficio)

La Donación Como Contrato.

La donación entre vivos llamada también irrevocable □es un contrato en que una de las partes se obliga a dar gratuitamente una cosa a la otra parte, sin que este se obligue a ninguna contraprestación□ (Corte Suprema de Justicia Sentencia de junio de 1975).

Es por lo anterior que el artículo 1473 del Código Civil establece:

□ (□)□

□En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este título, se seguirán las reglas generales de los contratos□

En consecuencia para la validez de un contrato de donación se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito; 4) que tenga una causa lícita. Agrega la misma disposición en su inciso segundo: " La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra."

El precitado artículo enumera como requisitos generales, la capacidad legal, el consentimiento sano, el objeto lícito y la causa lícita, los que a su vez de acuerdo con el artículo 1740 ibídem pueden acarrear la nulidad absoluta o relativa del acto o contrato. Así, el artículo 1741 sanciona con la nulidad absoluta el objeto y la causa ilícitos, la omisión de algún requisito o formalidad exigido para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos o atendiendo a la incapacidad absoluta de quienes los realizan para finalmente señalar que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato□.

□(.....)□

Conforme con lo anotado vemos como hicimos referencia a los pasos que deben seguirse en aras a lograr que la operación surta sus plenos efectos.

En este orden de ideas, en relación con sus inquietudes, en el mismo orden en que fueron planteadas, de manera clara y concreta, tenemos lo siguiente:

1. La donación entre padres e hijos de acciones o cuotas sociales es viable y debe seguirse el procedimiento del Código Civil, anotando que para el caso en consulta, debe recurrirse para su insinuación al juez.

2 Perfectamente el padre de los menores de edad, en este caso accionistas de la compañía, a quienes le donó un determinado número de acciones, puede ser el representante legal de los mismos, pues no existe disposición alguna que lo establezca ni norma legal que lo prohíba.

3 Igual que la respuesta anterior, y por tanto, el padre bien puede reservarse el usufructo de las acciones dada en donación a sus hijos menores hasta que adquieran la mayoría de edad.

En cuanto el procedimiento debemos tener en cuenta que el usufructo es un contrato celebrado entre partes, el cual debe estarse a lo pactado en el mismo, y como es lógico debe darse una anotación en el libro de registro de accionistas en donde conste las acciones que les fueron donadas a los hijos menores. Y es que el libro citado, indudablemente constituye la prueba reina sobre la titularidad de las acciones y los derechos que se haya reservado el tradente.

4 Conforme lo anotado en el numeral 3, se reitera que es un contrato, y debe necesariamente atenerse a lo plasmado en él. Se le sugiere entonces hacer uso de los servicios de un profesional del derecho, conocedor del tema que nos ocupa, con el fin de que verifique los términos en que queda consignado en el contrato los términos en que el padre se reserva el derecho de usufructo sobre las acciones donadas a sus hijos menores.

Valga anotarle que dentro de la competencia asignada a esta entidad, no esta la de asesorar a las sociedades, pues ello iría en desconocimiento de lo consagrado en el artículo 6 de la Constitución Política, en el que expresamente se establece que los funcionarios públicos no pueden ejercer sino las funciones fijadas en la ley, dentro de las cuales no está, se reitera, la de asesorar a las sociedades comerciales.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.