

ASUNTO: Asunto: Prenda sobre sus acciones para garantizar obligaciones de la sociedad.

Me refiero a su escrito radicado en esta superintendencia con el número 2011-01-222169, mediante el cual consulta si resulta viable que un accionista grave sus propias acciones a favor de la misma sociedad de la cual éste es asociado.

Con relación al tema planteado me permito señalar que ha sido reiterada la doctrina de esta entidad, en el sentido que la única manera en que la sociedad puede incluir en su patrimonio títulos de participación emitidos por la misma compañía es por el mecanismo conocido como readquisición de acciones, con lo cual se descarta la posibilidad de recibir como garantía las propias acciones y, eventualmente ejecutarla para satisfacer la deuda contraída por el socio con la compañía.

Ejemplo de este criterio es el expresado en el oficio 220-44143 de julio 30 de 2000, en el cual se señaló:

□□

De acuerdo con el Vocabulario Jurídico de Henri Capitant, Ed. Depalma,, Pignoraticio, es un vocablo del verbo latino *pignorare*, prender (latín *pignus*,) (Adj.) Relativo al contrato de prenda.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española. Pignorar Significa "Dar o dejar en prenda, empeñar".

Jurídicamente hablando, la prenda es un derecho real accesorio de garantía de cumplimiento de una obligación, que recae únicamente sobre muebles, por el cual el acreedor prendario tiene un poder de hecho actual y efectivo sobre la cosa pignorada, ya sea que la tenga en su poder a título de mera tenencia, o no la tenga en su poder sino que el deudor conserva su tenencia.

El Código Mercantil contempla esta figura en su artículo 1200, el cual prevé que podrá gravarse con prenda toda clase de bienes muebles, la que podrá constituirse con o sin tenencia de bienes.

Igualmente, los artículos 410 y 411 determinan la viabilidad de constituir prenda sobre las acciones al disponer, en su orden, cómo se perfecciona y cuáles derechos confiere al acreedor prendario.

Este contrato, de acuerdo con el artículo 2410 del Código Civil, supone la existencia de una obligación principal que se garantiza con la cosa sobre la cual se constituya la prenda, accediendo la ley a que ésta pueda erigirse no solo por el deudor, sino también por un tercero para garantizar una obligación ajena, para lo cual es preciso que el dueño de la cosa consienta en el empeño tal y como lo prevé el artículo 2413 ibídem, al disponer que "La prenda puede constituirse no solo por el deudor, sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor"

Igual consideración se hace tratándose de las acciones en una sociedad, en virtud de la cual los accionistas individualmente considerados pueden pignorar voluntariamente sus acciones para garantizar una obligación, sea ésta propia o ajena, amparados en el derecho de la libre disponibilidad de las mismas y por idéntica razón establecer los límites de la negociación.

Con lo anterior se quiere significar, que si bien es cierto las acciones son susceptibles de ser dadas en prenda, no lo es menos que la sociedad no puede motu proprio constituirla, sino, los mismos asociados si a bien tienen, quienes además, determinarán en cada caso los límites de la misma; esto, teniendo en cuenta que si bien la prenda no confiere al acreedor sino el derecho a ejercer la acción real que de ella se deriva, en virtud de estipulación expresa podrá otorgársele derechos propios del accionista (artículo 411 del Código Mercantil).

La anterior considerando que cada acción incorpora unos derechos inherentes a la calidad de accionista, los cuales pueden ser objeto de negociación a través de los diversos negocios jurídicos.

Refiriéndose al tema, expresa el profesor Gabino Pinzón en su obra Sociedades Comerciales Tomo II, Editorial Temis, pág. 233, que "Ya se ha dicho que los diversos derechos que son inherentes a la calidad de accionista son susceptibles de ser separados, para hacer de ellos objetos de negocios jurídicos distintos; que tales derechos han llegado a adquirir en la vida del comercio una importancia y una entidad tan objetivas económicamente como las que tienen las cosas corporales; y que deben distinguirse entre esos derechos los que tienen un carácter estrictamente patrimonial y los que carecen de esa índole. Y estas ideas son las que explican los negocios que, como el usufructo y la prenda, dan origen a verdaderos derechos reales sobre las acciones, jurídicamente idóneos para ser objeto de diversos negocios que han sido ya suficientemente tecnificados por las costumbres comerciales, como el usufructo y la prenda, expresamente previstos en el artículo 410 del Código de Comercio."

Por su parte, en oficio 220-050669 del 16 de Agosto de 2010, esta oficina precisó:

□□

Ref: Readquisición de acciones sobre las que se ha constituido prenda.

Aviso recibo de su comunicación radicada con el No. 2010-01-148932, mediante la cual plantea la consulta que en seguida se resume:

Qué procesos legales puede ejecutar una sociedad anónima que pretende readquirir acciones sobre las cuales recae prenda sin tenencia a su favor, primero cuando su titular tiene deudas con la sociedad y,

segundo, cuando algunos de esos accionistas eran personas jurídicas que ya no existen se han extinguidoal desaparecer no cancelaron las deudas con la sociedad emisora y esta a su vez tiene garantía de prenda sin tenencia sobre las acciones de la persona jurídica que desapareció

Antes que una respuesta puntual a sus preguntas, cuyo planteamiento por demás no es claro y, en el entendido que los pronunciamientos que la Entidad emite en atención a las consultas, son una opinión general y abstracta que no tiene carácter vinculante ni compromete su responsabilidad, en tanto no apuntan a resolver situaciones de carácter particular y concreto, procede a continuación traer los apartes de algunos conceptos que expresan el criterio de esta Superintendencia en torno a los temas que su solicitud involucra.

Supuestos para la readquisición de acciones. (200-28547 de 2001/07/30.)

Para establecer su procedencia, es preciso hacer referencia al ordenamiento mercantil que en el artículo 396 del Código de Comercio, establece la readquisición como el único mecanismo para que una sociedad pueda adquirir sus propias de acciones.

Del análisis de la norma citada se infiere claramente que para su validez se requiere del lleno de las siguientes formalidades:

1). Decisión expresa del máximo órgano social adoptada con la mayoría prevista en los estatutos o en el artículo 68 de la Ley 222/95.

2). La compañía debe utilizar fondos tomados de las utilidades líquidas del ejercicio social o de la provisión existente en la "reserva para readquisición de acciones".

3). Las acciones objeto de negociación deben encontrarse totalmente liberadas, vale decir, que el valor o precio de suscripción debe hallarse totalmente cancelado.

4). Las acciones una vez readquiridas salen de circulación, lo que implica que los derechos inherentes a ellas quedan en suspenso.

De los presupuestos mencionados, se colige la intención del legislador al establecer que es función privativa del máximo órgano social, adoptada con sujeción a las mayorías estatutarias o legales establecidas para el efecto, pues en ella radica la facultad para disponer de sus propios recursos, como son las utilidades líquidas o la afectación de la reserva creada para tal fin.

En cuanto al origen de los fondos, lo que se pretende es no alterar otras cuentas del balance general que generarían inevitablemente la disminución del capital social, en detrimento de la prenda común de los terceros en general y de los intereses de los mismos accionistas. Propósito que también se obtiene al disponer que las acciones así adquiridas solo salen de circulación temporalmente, lo que implica que el capital suscrito y pagado permanece intacto, hasta el momento en que la sociedad adopte alguna de las medidas previstas en el artículo 417 *ibidem*.

Así las cosas, bajo los presupuestos y condiciones antes mencionados, ha sido criterio de esta Entidad que la readquisición de acciones es el mecanismo legalmente viable para que una sociedad pueda adquirir, a cualquier título, sus propias acciones, operación que afecta los estados financieros en la cuenta del patrimonio, puesto que registra las acciones suscritas retiradas de circulación.

De la prenda sobre acciones y el procedimiento a seguir en caso de ser necesario ejecutar judicialmente la garantía. (220-028512 de 2010/05/03)

Al respecto ha precisado este Despacho que la prenda, en este caso de las acciones de una sociedad, es un contrato accesorio que como tal constituye una limitación al dominio y no una forma de transmitirlo; por tal razón su constitución no está sujeta al derecho de preferencia respecto de la negociación de acciones, cuando así se pacte de manera expresa en los estatutos, al tenor de lo previsto en el artículo 379, numeral 3º del Código de Comercio, ni para ese fin se requiere la anuencia de los consocios o de la asamblea, pues se reitera, la prenda se reduce a ser garantía o lo que es lo mismo seguridad, de manera que no hay reemplazo de un socio por su acreedor.

A ese respecto el artículo 411 del Código de Comercio sólo impone como requisito para el caso en que la prenda confiera los derechos inherentes a la calidad de accionista, la presentación de escrito o documento en el cual conste dicho pacto, documento que al tenor literal de la ley no comporta solemnidad alguna.

Por su parte el artículo 414 del mismo Código establece que todas las acciones podrán ser objeto de embargo y enajenación forzosa y, de manera expresa advierte que cuando se haya pactado el derecho de preferencia, la sociedad y los accionistas podrán adquirirlas en la forma y términos previstas en dicho Código, lo que remite a la regla general prevista en el artículo 142 *ibidem*, de acuerdo con el cual la venta o adjudicación judicial se llevará a cabo con sujeción a las reglas de procedimiento, para el caso las que consagra el artículo 524 del C.P.C.

Desde luego, la readquisición parte de una premisa fundamental, esto es, que su titular este interesado en negociarlas, con lo cual se inicia el trámite de enajenación pudiendo ser ofrecida a la sociedad, caso en el cual se agotará el trámite de readquisición señalado en párrafos anteriores. Sin este presupuesto

fundamental, no podría adelantarse un trámite dirigido a readquirir acciones, por la decisión unilateral de la compañía.

Ahora bien, para los fines de segunda hipótesis si es que se trata de acciones pertenecientes a sociedades que jurídicamente se han extinguido por haber agotado en su totalidad el trámite de liquidación, sin haber sido incluidas en el inventario del patrimonio social conforme a las reglas que prevén los artículos 235 y siguientes del Código de Comercio, se adjunta copia de los Oficios 220-32269 del 12 de junio de 1997 y 220-113572 del 21 de diciembre de 1999 que expresan el concepto de este Despacho en torno al procedimiento que en tales circunstancias se impone seguir.□

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes, resulta de advertir que el alcance de los mismos es aquel al que alude el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.