

220-87165

Ref: Suscripción, negociación de acciones y adjudicación de bienes en especie en una sociedad que adelanta una liquidación privada.

Distinguido doctor Otoyá:

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 380.908-0 del 6 de agosto pasado, mediante el cual formula varios interrogantes relacionados con una sociedad del tipo de las anónimas, que actualmente adelanta un proceso de liquidación privada, cuyo único activo está representado en acciones en otras compañías, en alguna de las cuales, está consagrado en los estatutos sociales el derecho de preferencia en la negociación de acciones.

En torno a la situación planteada formula los siguientes interrogantes:

1. Si se adelanta una capitalización de acciones en una de las sociedades en la que la compañía en liquidación es accionista, podría ésta suscribir la parte que le corresponde de acuerdo a su participación?.

A fin de dilucidar el punto en comento, es pertinente tener en cuenta que el artículo 222 del Código de Comercio ordena el inicio, en forma inmediata, del proceso liquidatorio, al disponer que la sociedad una vez disuelta no puede iniciar nuevas operaciones en desarrollo de la empresa o actividad para la cual fue constituida, sino por el contrario, su capacidad queda limitada a la ejecución de los actos tendientes a la liquidación y a culminar las operaciones y negocios pendientes al momento de operar la causal de disolución. Sin embargo, si bien es cierto que la capacidad de la sociedad queda limitada en la forma indicada, no es menos cierto que su existencia continúa hasta tanto se protocolice en una notaría la cuenta final de liquidación junto con el inventario de los activos correspondientes.

En este orden de ideas, es claro que la sociedad en liquidación conserva su capacidad para atender las obligaciones adquiridas y ejecutar los actos tendientes a la realización del haber social con el fin de pagar el pasivo externo y posteriormente el interno, pero ello no implica la pérdida ni suspensión de sus derechos, pues en modo alguno la situación por la que atraviesa puede ser motivo para que se le vulneren sus derechos so pretexto de que carece de capacidad para desarrollar su objeto social o ejecutar actos en desarrollo del mismo.

Por tanto, mientras la sociedad no se extinga definitivamente del mundo jurídico conservará sus derechos, lo que tratándose de acciones en el capital de otra compañía, implica que como cualquier otro accionista conserva los inherentes a dicha calidad, entre ellos, el de participar en las deliberaciones del máximo órgano social, recibir lo que le corresponda de los beneficios sociales, negociar libremente sus acciones, salvo que estatutariamente se haya consagrado el derecho de preferencia, inspeccionar los libros y papeles de la sociedad (art. 379 del Código citado), así como el de suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones en los términos del artículo 388 ibídem, a menos que la colocación no esté sujeta al derecho de preferencia.

En consecuencia, si el ente social del cual es accionista la sociedad en liquidación, pretende una capitalización a través de una nueva emisión de acciones, deberá ofrecerle a esta última las acciones que le corresponden, si estatutariamente o por voluntad de la asamblea no se ha decidido otra cosa, para que en ejercicio del derecho de preferencia, manifieste su aceptación a suscribir el número de acciones que le correspondan de acuerdo con las que posea en relación con el capital suscrito, pues como ya se indicó, el hecho de estar en liquidación, no supone su extinción, ni limita en ese evento el ejercicio de sus derechos como accionista.

Situación diferente es la que se presenta para el accionista, que como consecuencia de la liquidación, sólo está en capacidad para adelantar las actuaciones dirigidas a la pronta realización de los activos que conforman el inventario a liquidar y para la ejecución de actos y contratos tendientes o útiles al proceso mismo, condiciones que no se observan en un negocio como sería la suscripción de nuevas acciones.

En efecto, la pretendida suscripción de acciones, a la que si bien tendría derecho como accionista, no sería consecuente con la finalidad del proceso mismo, cual es la pronta realización de los activos, además por que en la práctica, tal negociación no sería útil puesto que implicaría una erogación y prolongaría innecesariamente el proceso, en detrimento de los intereses de la sociedad, los accionistas y los terceros en general.

Sin embargo, aunque a juicio de este Despacho no es procedente en esas circunstancias la suscripción preferente de acciones, si considera jurídicamente viable la negociación de tal derecho, puesto que actos como éste reportarían a la sociedad en liquidación beneficios de tipo económico, que redundarían a favor de los interesados en el proceso.

Sobre el particular, es pertinente retomar la posición que de tiempo atrás acogió la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio EL-16108 de agosto 18 de 1987, en el que conceptuo "... no puede perderse de vista que éstas compañías como accionistas, por el hecho de estar en liquidación no pierden las prerrogativas legales inherentes a la calidad de tales.

(...)

Como si fuera poco, el contrato de suscripción de que trata, comporta el ejercicio de una nueva actividad, lo cual como ya se expresó, no es posible dado el estado de liquidación de las compañías. Tampoco puede tomarse como una medida de conservación de los activos pues se cambiaría un activo por otro y ese no es el sentido de la liquidación.

En síntesis, no considera este Despacho que se deba hacer uso del derecho a la suscripción preferencial en la emisión de acciones... Puede si, negociar ese derecho en la forma que convenga a los intereses de las compañías en liquidación, por tratarse de una medida de salvaguarda de los intereses sociales".

2. Es posible dentro del aludido proceso, vía dación en pago o pago en especie, una vez cubierto el pasivo externo e interno de la compañía, repartir entre los accionistas las participaciones que tiene la sociedad en liquidación en otras compañías o es obligatorio vender esas participaciones y cubrir las deudas de la sociedad en liquidación con los dineros en efectivo producto de tales ventas.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la pregunta plantea dos presupuestos distintos. El primero, posibilidad de repartir entre los accionistas, una vez pagado el pasivo externo e interno de la compañía, las participaciones que tiene la sociedad en otras compañías y el segundo, obligación de vender esas participaciones para cubrir las deudas de la sociedad en liquidación con los dineros producto de tales ventas.

Como puede observarse, la primera situación parte de la base de que el pasivo externo se encuentra totalmente cubierto, mientras que en el segundo caso, supone que el pasivo se encuentra pendiente de pago y pregunta si por esta circunstancia es obligatorio enajenar los bienes para con su producido iniciar el pago de las obligaciones.

Respecto de la primera situación, esto es, sobre el supuesto que el liquidador no haya tenido que enajenar todos los activos de la sociedad por cuanto se encuentra cubierto íntegramente el pasivo externo de la compañía □numeral 5, artículo 238 íbidem-, el liquidador procederá a distribuir el remanente de los activos inventariados entre los asociados, dando aplicación, en primer lugar, a las reglas que para el efecto estén contempladas en el contrato social o, en silencio de ellos, estar a lo que al respecto decidan los asociados. Así las cosas, si el remanente a repartir se encuentra representado en bienes muebles y/o inmuebles, Vr. Gr. acciones en otra compañía, y el querer de los beneficiarios es la adjudicación en especie, el liquidador deberá proceder a hacer la distribución en la forma que se convenga, pues es perfectamente viable al no existir norma legal que lo prohíba, sólo que una vez llevada a cabo la partición, el acta correspondiente deberá registrarse según las formalidades propias que la enajenación exija.

Ahora, si por el contrario no se ha cancelado el pasivo externo, de conformidad con el procedimiento establecido en el ordenamiento mercantil, previo el aviso a los acreedores sociales □art. 232- y en firme el inventario del patrimonio social, mediante el cual se determina el monto de los activos a liquidar y el total de las obligaciones por cancelar, así como los acreedores, debidamente identificados, monto adeudado, cuantía, clase de crédito, el liquidador dará inicio a la cancelación de las obligaciones de acuerdo al orden de pagos establecido, de conformidad con la prelación y preferencia de que tratan los artículos 2495 al 2509 del Código Civil □arts. 237 y 242 del ordenamiento citado-.

Como la finalidad del proceso es la realización de los activos para cubrir el pasivo externo e interno, corresponderá al liquidador proceder a enajenar los activos inventariados, inclusive los destinados estatutariamente a ser distribuidos en especie, cuando los demás activos sean insuficientes para cubrir el pago total del pasivo externo. En este orden de ideas, al administrador le corresponderá vender los bienes sociales, lo que implica convertirlos en dinero en efectivo, para con el producto de los mismos cancelar las obligaciones en el orden preestablecido. Sin embargo, aunque la regla principal es la realización de los activos, el acreedor societario puede convenir que el asociado potencialmente adjudicatario del bien, se convierta en su deudor y se exonere a la sociedad de toda responsabilidad □art. 240 Legislación Mercantil y demás normas del ordenamiento civil que contemplan las distintas formas de extinguir las obligaciones-.

3. Para adelantar los pagos mencionados en el punto 2º, es obligatorio atender el derecho de preferencia en la negociación de acciones pactado estatutariamente en las sociedades en que la compañía en liquidación tiene las participaciones?.

Además qué prevalece en una liquidación donde solo se poseen participaciones en otras compañías: la cuenta final de liquidación debidamente aprobada o el derecho de preferencia consagrado en el contrato social donde la sociedad en liquidación tiene participación accionaria.?

Para responder los interrogantes planteados, basta con transcribir algunos apartes del concepto proferido por esta Entidad, mediante el oficio 02176 de febrero de 1978, que refiriéndose al tema en consulta ha expresado:

(...)

"El derecho de preferencia en la negociación de acciones, consagrado en los estatutos sociales de una compañía en desarrollo de lo previsto en los artículos 403, ordinal 2º y 407 del Código de Comercio, afecta los casos de "negociación" de acciones pero no otras situaciones que, como la adjudicación de bienes de una sociedad en liquidación o de una sucesión, se verían entorpecidas si tales limitaciones se hicieran extensivas a ellas.

En los casos de acciones que hagan parte del activo de una sucesión o de una sociedad en liquidación cuyos bienes serán distribuidos en especie, no se está frente a una enajenación de acciones que se realiza por la determinación libre del titular de las mismas, sino que se trata de una situación ajena a la voluntad de dicho titular.

No es el caso, pues, de que el accionista pretenda ejercitar su "derecho a negociar" unas acciones que posee, que es cuando se ve limitado por razón del derecho de preferencia.

...En cambio, si la sociedad... se propone, para los efectos de su liquidación, reducir todos sus bienes a dinero efectivo, para poder vender las acciones ..., deberá, entonces sí, darle aplicación al derecho de preferencia y ofrecer previamente tales acciones a los demás accionistas...".

Del concepto antes citado, se infiere claramente la siguiente conclusión: Si como consecuencia de la liquidación de una sociedad, una vez pagado totalmente el pasivo externo de la compañía, quedan bienes para ser distribuidos en especie, y si así lo aceptan los asociados, el liquidador deberá elaborar el acta donde conste la adjudicación, para posteriormente dar cumplimiento a las formalidades propias de la enajenación. En este caso, como se trata de una adjudicación, mas no de una venta, prevalecerá el acta de distribución del remanente de los activos sociales (artículos 247 y 240 de la obra citada). Situación que difiere totalmente a la anterior, es cuando para los fines de liquidación los bienes deben ser vendidos para convertirlos en dinero en efectivo y su producido ser destinado a la cancelación de los pasivos, caso en el cual será obligatorio dar estricto cumplimiento al derecho preferente en la enajenación de acciones, en favor de los accionistas y/o la sociedad que desarrolla normalmente el objeto social, según se hubiere estipulado.

Absueltas las inquietudes, es pertinente recordar que esta Superintendencia en los procesos de liquidación voluntaria o privada, conserva la competencia para aprobar el inventario elaborado por los liquidadores en las sociedades por acciones sujetas a la vigilancia de esta Entidad, tal como lo prevé el artículo 233 del Código de Comercio.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.