

# El negocio jurídico de preñar acciones

*Julieta López Restrepo*\*

\* Docente investigadora y de cátedra de tiempo completo en la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana en convenio con la Universidad de San Buenaventura, magíster en Derecho Empresario de la Universidad Austral de Buenos Aires. Autora de los artículos Usufructo de acciones, publicado en la revista Problemas Contemporáneos del Derecho I, y La preña de acciones, publicado en el libro Problemas contemporáneos del Derecho II. Docente de las cátedras de Derecho Comercial General y Títulos Valores de la Universidad de San Buenaventura. Docente del módulo Derecho Empresarial en la especialización de Derecho de los Negocios de la Universidad de San Buenaventura.

## **Resumen**

El presente es un artículo de investigación que hace parte del proyecto de investigación denominado *Prenda y Usufructo de Acciones*, que abarca diferentes ramas del derecho privado, en primer lugar la ley civil y luego la ley comercial. En la práctica, estas figuras legales son de difícil comprensión, no solo porque se encuentran en leyes diferentes, sino porque además las acciones representan variedad de derechos, como los políticos y los económicos, lo que genera en las partes la incompreensión de su ejercicio. La prenda civil, concebida por el legislador como un contrato, no es suficiente para ser aplicada en la negociación de acciones y, al ser un tema de importante ejecución en el tráfico mercantil y económico, se hace indispensable abarcar el tema desde el negocio jurídico y no meramente desde lo contractual.

## **Palabras clave**

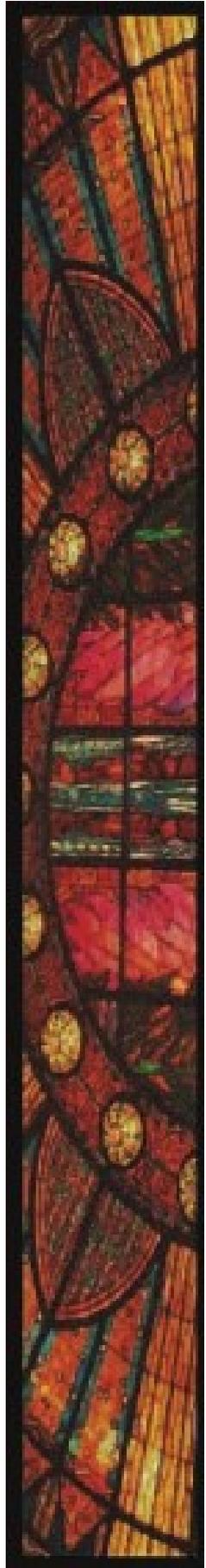
Prenda, acciones, acreedor prendario, deudor-accionista, contrato, negocio jurídico.

## **Abstract**

This article is part of a research project on pledges and security interests. It covers a wide range of topics in both civil and commercial law because there are many different ways to secure the performance of an obligation, and security interests may be taken on any type of property. In practice, pledging and security interests are difficult subjects to understand, not only because of the conflict of laws they generate, but also because security instruments themselves represent various political and economic rights claimed by the entities that own them or have an interest in them. This article's main objective is to analyze security interests and pledging in Colombia, and to determine whether current legislation is sufficient to appropriately regulate all types of proprietary security interests. Finally, a few recommendations will be discussed.

## **Keywords**

Pledge, shares, pledgee, debtor-shareholder, contract, legal transaction.



### Introducción

**E**n Colombia se ha venido fortaleciendo la conformación de sociedades de capital, así lo deja ver la última herramienta legal concebida por el legislador mediante la Ley 1258 de 2008 que regula las sociedades por acciones simplificadas (SAS), la cual parece presentar más ventajas que desventajas para el mediano empresario, comenzando por la limitación de la responsabilidad hasta la posibilidad de ser conformada por un único accionista.

Ese fortalecimiento de tipos societarios hace también de manera proporcional que los empresarios vayan en busca del crédito, medio financiero que les permite desarrollar su actividad mercantil y en cuya negociación se deciden los temas de garantías como herramientas legales para proteger el patrimonio de los acreedores.

La prenda es precisamente un tema de garantías que les permite a las sociedades y a los mismos accionistas acceder a los diferentes productos que ofrece hoy el sistema financiero. Sin embargo, en la práctica, la negociación de las acciones en prenda no es una figura de fácil comprensión, lo que puede generar confusiones, incertidumbre e incluso vacíos y temores jurídicos a la hora de contratar.

La prenda es un contrato que está regulado primeramente en el Código Civil y posteriormente en el Código de Comercio. En este último, obedece a la garantía que recae sobre bienes comerciales como los títulos valores, el establecimiento de comercio, las marcas, las acciones, etc.

En la prenda de acciones, la posibilidad señalada expresamente por el legislador en el Código de Comercio hace que la prenda —como contrato y mera garantía— sea insuficiente frente a la situación de las acciones como bienes y los derechos que representan para el accionista (además de las implicaciones que genera sobre el ente societario).

Por lo anterior, se hace necesario que, dada la importancia que tienen las sociedades comerciales para la economía y la sociedad colombiana e internacional, analicemos la prenda desde un concepto más amplio que

permita la negociación de acciones con claridad conceptual y seguridad jurídica. La cesión de los derechos accionarios tendrá que plantearse según el negocio jurídico y la posición dominante de la relación.

Esto obedece a una investigación básica desarrollada en el marco del paradigma iuspositivista y el realismo jurídico en el que se analizan las normas existentes y su aplicación en la actualidad. El tipo de estudio corresponde al jurídico-propositivo, ya que se pretenden hacer algunas recomendaciones para tenerlas en cuenta en la negociación de acciones mediante la prenda en cuanto a sus derechos. La recolección consta de doctrina nacional e internacional.

## **1. Concepto de prenda**

El artículo 2409 del Código Civil señala que la prenda es un contrato en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito; el 2419 del mismo código dice que se trata de un contrato accesorio.

A pesar de que el contrato de prenda es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa, tal como lo señala el artículo 2411 del Código Civil, como todo contrato la voluntad juega un papel imprescindible. Borda señala que “es el acto jurídico que da nacimiento al derecho real”,<sup>1</sup> y por su parte Loiza agrega, que “igual como sucede en la hipoteca, el acuerdo de voluntades es el único modo de constituir el derecho real de prenda”.<sup>2</sup>

Si no existe entrega, el contrato no surte efectos y se convierte en un simple crédito quirografario<sup>3</sup>. La entrega no necesariamente se debe hacer al acreedor, puede ser también a un tercero designado por las partes.

---

<sup>1</sup> Borda. Derechos reales. Pág. 545. Ed. Abeledo Perrot. (2003).

<sup>2</sup> Fabián Loiza. Código Civil Comentado de la República de Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni. (1957).

<sup>3</sup> Salas A.E. Código Civil comentado de la República de Argentina. Pág. 1487. Ed. Roque De Palma. Tomo II.

## El negocio jurídico de preñar acciones

Respecto a la clasificación de la prenda, se ha señalado como contrato unilateral porque la principal obligación está en cabeza del deudor y se trata de la entrega del bien al acreedor, mientras que este último no tiene a su cargo ninguna prestación de la cual dependa el nacimiento del contrato<sup>4</sup>.

La prenda es una forma de limitar el dominio, puesto que si la prenda es con tenencia del acreedor, el uso quedará limitado para el deudor sin decir que la cosa sale del comercio porque el derecho de disposición sigue en cabeza del propietario. Así se deduce del artículo 2429, el cual estipula que en caso de que el deudor venda la cosa, el comprador puede reclamarla al acreedor pero pagando la deuda.

### **1.1. La prenda en el Código de Comercio**

El Código de Comercio no estipuló un concepto legal de prenda comercial, lo que indica que la definición la consagra el Código Civil. El contrato de prenda comercial se da en operaciones comerciales que generan obligaciones y que son garantizadas por el deudor, como lo señala la norma, con toda clase de bienes muebles. Así lo señala el artículo 1200 del Código de Comercio.

Entre los actos y los bienes considerados comerciales por la ley colombiana se encuentran la prenda de establecimientos de comercio, la negociación de acciones y la negociación de títulos valores, entre otros numerados en el artículo 20 del Código de Comercio. Además, los artículos 410 y 411 contemplan la prenda de acciones. El artículo 532 dice que la prenda del establecimiento de comercio puede hacerse sin tenencia del acreedor o el endoso en garantía o en prenda de los títulos valores, el cual se hace constar en el título mismo y lo regula el artículo 659.

---

<sup>4</sup> Rodrigo Becerra Toro. Curso didáctico sobre bienes y derechos reales. Pág. 310. Ed. Universidad Javeriana. (2006). Este autor no descarta que el acreedor prendario llegue a contraer obligaciones con ocasión del contrato de prenda, pero, se recalca, surgen durante su ejecución y en la medida en que aquel ocasiona daños, deterioros o la pérdida de la cosa por su culpa o encontrándose en mora de devolverla, etc., mas no como requisito esencial o indispensable para que se perfeccione este contrato.

El derecho comercial, a diferencia del civil, regula dos clases de prenda: la prenda con tenencia y la prenda sin tenencia. Sin embargo, los dos tipos de prenda cumplen la misma función garantizadora.

Otra diferencia es que la prenda comercial con tenencia se perfecciona —a diferencia del civil— por el acuerdo de voluntades y no con la entrega. Así lo señala el artículo 1204. Por esta razón es que el acreedor prendario puede solicitar la entrega judicialmente.

La prenda sin tenencia regulada a partir del artículo 1207 —a diferencia de la prenda civil y de la prenda comercial con tenencia— se perfecciona con el registro y recae sobre toda clase de bienes muebles necesarios para una explotación económica.

Lo que buscó el legislador con la prenda sin tenencia es permitir que el deudor conocedor del mercado, la producción y la venta explote su actividad mercantil con miras al cumplimiento de la obligación y a la continuidad de la empresa, lo que en últimas permite el cumplimiento de la función social de la propiedad y la iniciativa privada. Busca hacer que los bienes en manos del deudor sean más productivos por su destinación<sup>5</sup>.

## **2. Las acciones como bienes negociables**

Las acciones no gozan de una definición en la ley comercial; su desarrollo ha sido doctrinario. Sin embargo, el artículo 379 enumera los derechos que confieren las acciones a su propietario, como el de voz y voto y el dividendo. El artículo 403 dice que las acciones son libremente negociables. El artículo 399 señala las acciones como títulos. La prenda que recae sobre bienes muebles se encuentra regulada para las acciones, específicamente en los artículos 410 y 411 del mismo código.

Se afirma que las acciones son bienes con un contenido económico. A esto se refieren diferentes autores de la siguiente manera:

---

<sup>5</sup> Alejandro Bonivento. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Pág. 39. (2000).

## El negocio jurídico de preñar acciones

Cosa en sentido lato, es todo lo que tiene existencia real ya sea corporal o espiritualmente, físicamente apreciable y abstractamente comprobable, pero en sentido jurídico es lo que además da un rendimiento económico, es apto para constituir el objeto propio de una relación jurídica. Todos los bienes son cosas pero no todas las cosas son bienes, pues cosa obedece a un género y el bien a la especie<sup>6</sup>.

Las acciones tienen un valor económico y una autonomía jurídica propia, lo que les permite ser bienes susceptibles de negociación con el fin de sacar el mayor provecho de su función económica y social<sup>7</sup>.

Los títulos acciones en el grupo de los bienes muebles corresponde a los corporales, y dada la utilidad que representan puede decirse que las formas más comunes de negociarse son, el usufructo, la prenda, el depósito, la venta de acciones y, circunstancialmente con él comodato y con el embargo<sup>8</sup>.

Silberstein analiza los bienes y las acciones desde dos puntos de vista, los bienes directos y los instrumentales:

Desde el punto de vista económico, los bienes pueden ser bienes directos y bienes instrumentales. Los primeros son aquellos colocados en contacto con nuestros sentidos y aptos para satisfacer una necesidad, y los segundos son los que no nos pueden procurar una satisfacción directa pero sirven como instrumento para obtener bienes inmediatos. Por esto de acuerdo a la clase de bienes planteado, cabe precisar que las acciones corresponden a bienes instrumentales<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Alfonso Barragán. Derechos reales. Pág. 1. Ed. Temis. (1971).

<sup>7</sup> Rafael Bernal Gutiérrez. Derecho comercial sin fronteras. Pág. 25. Ed. Dike. (1991).

<sup>8</sup> M.A Sasot Betes & M.P. Sasot. Sociedades Anónimas. Pág. 332. Ed. Ábaco de Rodolfo De Palma. (1985).

<sup>9</sup> Isidoro Silberstein. Usufructo de acciones. Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario. Pág. 370. (1980).

Otros autores analizan las acciones como títulos de participación, porque el “derecho de participación que acuerda el título no es sino el complejo jurídico que denominamos estado de socio la participación en la persona colectiva sociedad. De ello derivan sus múltiples derechos de actuación en la formación de la voluntad social con todas sus secuelas legales y económicas, así como la participación en los beneficios, dividendos pasivos, funciones de contralor, etc.<sup>10</sup>”.

En el representar la titularidad de la relación jurídica asociativa, y por tanto las facultades de participación integral del socio en la vida de la sociedad, está una de las características fundamentales de las acciones, designadas adecuadamente con el nombre de títulos de participación. Pero debe tenerse en cuenta que hoy las acciones pueden pertenecer a un solo accionista, si se trata de una sociedad por acciones simplificada. Así que no necesariamente hoy en Colombia los derechos se ejercen en una colectividad.

No se trata aquí de concluir si las acciones son o no títulos valores, pero los argumentos de la doctrina y la posibilidad de negociabilidad que les da la ley a estos títulos sí nos enseñan que corresponden a bienes muebles cuya naturaleza permite que sean entregados en prenda.

### **3. Autonomía de la voluntad privada en la prenda de acciones**

El artículo 411 del Código de Comercio señala que la prenda de acciones no confiere al acreedor prendario los derechos del accionista sino en virtud de estipulación o pacto expreso. El escrito en que conste dicho pacto es suficiente para que el acreedor pueda hacer valer los derechos ante la sociedad.

La norma anterior evidencia el interés que tuvo el legislador de darle un tratamiento especial a la negociación de acciones, tal vez porque dilucidó que no se trata de bienes simples, sino de bienes que representan una variedad de derechos para el accionista.

---

<sup>10</sup> Enrique Aztiria. La prenda de acciones. Revista Jurídica de Buenos Aires. T II. Pág. 24. (1958).

## El negocio jurídico de preñar acciones

No es lo mismo entregar en prenda un cuadro de Picasso por un mutuo bancario que preñar unas acciones, pues el cuadro de Picasso podrá ser subastado en caso de incumplimiento del deudor, mientras que antes del incumplimiento —y por ende la subasta de las acciones— el acreedor por voluntad del accionista puede ejercer el derecho al voto, percibir dividendos e inspeccionar los libros sociales, entre otros.

Esta posibilidad de ceder los derechos económicos y políticos es delegada por el legislador a los accionistas. El postulado de la autonomía de la voluntad privada radica en este caso en una sola voluntad; el accionista deudor es quien decide si cede o no los derechos y cuáles de estos.

La autonomía delegada denota que el derecho comercial no puede ser tratado de la misma manera que el civil. El dinamismo, la protección del crédito, el ánimo de lucro, la globalización de los mercados y las negociaciones internacionales necesitan de estipulaciones flexibles pero seguras jurídicamente. La protección constitucional a la propiedad privada, la iniciativa privada, la protección del consumidor y el derecho de participar en el mercado necesitan de dos gestiones del Estado: la protección y el control.

Este postulado de la autonomía de la voluntad ha recorrido todo un camino de interpretaciones algunas de ellas son:

Mediante la expresión de la voluntad, el hombre despliega su “potencialidad creadora” regulando su comportamiento.<sup>11</sup> En el mismo sentido se refiere Compagnussi al decir que la libertad permite el intercambio de bienes o servicios y convivir unos con otros. Es decir, que termina regulando el comportamiento de la vida misma.

El concepto de la voluntad privada es dinámico, está en constante análisis y ha sido objeto de estudio de grandes doctrinantes y juristas. No deja de estar presente en los fallos de las altas cortes. Sin embargo,

---

<sup>11</sup> Rubén Compagnussi De Caso. El negocio Jurídico. Pág. 50. Ed. Astrea. (1992). Citando a Galgano.

el estudio de su interpretación se ha forjado en dos principales teorías: la voluntarista y la de la creación o teoría pandectística.

La teoría de la voluntad privada yace del individualismo en el cristianismo. Hugo Grocio es el autor de la autonomía de la voluntad desde el derecho natural, y esta figura se desarrolló luego, en el siglo XVIII, con el contrato social de Hobbes y Rousseau. El pensamiento kantiano sostiene que la voluntad individual es la única fuente de toda obligación jurídica. Se dice que “Savigny es el principal pensador de la teoría voluntarista”<sup>12</sup>.

Romano analiza la voluntad privada desde lo subjetivo y lo objetivo. Desde lo subjetivo, es la potestad para las partes darse un ordenamiento jurídico, y objetivamente indica el carácter propio de un ordenamiento jurídico constituido<sup>13</sup>.

La teoría voluntarista tiene un fuerte apogeo en Francia como consecuencia de los derechos proclamados en la revolución, en donde el pregón de la igualdad y la libertad hicieron que el Estado cumpliera un papel protector de dichos derechos. “El derecho estatal debe limitarse a servir a la voluntad individual a complementarla o a suplirla”<sup>14</sup>.

Habermas señala que “El Estado tenía que garantizar las bases de una sociedad de propietarios particularmente autónomos mediante la autonomía privada de la cual se deducía lógicamente , la libertad de contrato, de comercio, de propiedad y de herencia”<sup>15</sup>

Esta teoría también afirma que en el contrato lo que en realidad refleja la verdadera situación es la voluntad interna de los contratantes, es decir, “la adhesión psicológica de cada contratante al acto de que se

---

<sup>12</sup> Rubén Compagnussi De Caso. El negocio Jurídico. Pág. 118. Ed. Astrea. (1992).

<sup>13</sup> Ruben Compagnussi De Caso. El negocio Jurídico. Pág. 55. Ed. Astrea. (1992). Citando a Galgano.

<sup>14</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar. Pág. 40. Ed. Dike. (2007).

<sup>15</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar. Pág. 40. Ed. Dike. (2007).

## El negocio jurídico de preñar acciones

trate; la manifestación externa solo es relevante en la medida de su coincidencia con el íntimo designio del ser humano<sup>16</sup>.

El intérprete debe consultar ante todo la real intención de sus autores, pues esta intención o voluntad es la fuerza creadora de cualquier efecto jurídico.<sup>17</sup>

La segunda teoría, llamada teoría de la declaración, tiene como fin defender el comercio ya que los pensadores sobre la voluntad se preguntaban si era posible que la sola voluntad podía sostener el lazo vinculatorio entre las partes contratantes. Además que ello traía una inseguridad en el vínculo jurídico.<sup>18</sup>

Los pandectistas fueron los grandes exponentes de esta teoría. Alemanes seguidos por italianos hicieron que la voluntad privada tuviera un tratamiento más enfocado hacia lo que realmente vincula, es decir a lo que en primera medida están obligadas las partes. El fundamento de la teoría voluntarista es la libertad de la que gozan las personas para contratar, mientras que la teoría pandectística es autodisposición o autorregulación de intereses, pero el punto en común de las dos teorías es el elemento volitivo<sup>19</sup>.

En la teoría pandectística, la seguridad jurídica se encuentra por lo expresado, por lo palpable a los sentidos, pues demostrar la verdadera intención que corresponde a la voluntad interna significa —tal vez— no saberla nunca. Se trata de una objetivación de la volición interna, una concreción del querer<sup>20</sup>.

El verdadero rigor de la voluntad es su expresión misma. De esta manera produce un verdadero resultado jurídico, porque su expresión es

---

<sup>16</sup> Ruben Compagnussi De Caso. El negocio Jurídico. Pág. 118. Ed. Astrea. (1992). Citando a Carbonier.

<sup>17</sup> Guillermo Ospina. & Eduardo Ospina. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Pág. 9. Ed. Temis. (2000). Citando a Palmiol y Ripert.

<sup>18</sup> Rubén Compagnussi De Caso. El negocio Jurídico. Pág. 120. Ed. Astrea. (1992). Citando a Ferrera, Spota, Brebbia, De Gasperi y Morello.

<sup>19</sup> Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Pág. 23. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

<sup>20</sup> Rubén Compagnussi De Caso. El negocio Jurídico. Pág. 120. Ed. Astrea. (1992).

lo que conforma ley para las partes<sup>21</sup>. El ordenamiento jurídico no puede tener en cuenta la voluntad interna porque solo la exteriorización es la que produce efectos<sup>22</sup>.

Estas teorías fueron y serán posibles mientras se desarrollen en Estados capitalistas y democráticos. Caso contrario con los Estados socialistas, en los que se busca que la autonomía de la voluntad cumpla una *función social* en beneficio del Estado.

En cuanto a la prenda de acciones, es innegable que ha sido el legislador quien delegó al accionista-deudor la posibilidad de ejercer su libre voluntad, permitiendo que este ceda o no sus derechos accionarios.

La cesión de los derechos es una manifestación de voluntad que debe ser expresa, declarada y palpable para la sociedad. Así nos lo deja saber el artículo 411 del Código de Comercio, el cual exige que la prenda se debe registrar ante la sociedad. Si no se cumple con dicho requisito, la sociedad se puede negar a que el acreedor ejerza los derechos. Es decir, la prenda entre las partes del negocio jurídico surte efectos, pero la cesión temporal de derechos frente a la sociedad no.

El ejercicio de los derechos accionarios en cabeza del acreedor prendario importa para la sociedad en la teoría de la declaración, no de la voluntarista. El papel de la sociedad no es analizar internamente qué quiso el accionista. Sería una labor imposible de cumplir y no tendría tampoco la competencia judicial para hacerlo. Si la voluntad ha sido atropellada por vicios, la invalidez la dirime el juez, no el ente societario.

#### **4. La prenda de acciones como negocio jurídico**

La naturaleza de la prenda es la de ser un contrato accesorio, pero en la ley comercial algunas de sus situaciones han sido plasmadas con diferencias. Por ejemplo, la prenda comercial puede ser con tenencia o

---

<sup>21</sup> Guillermo Ospina. & Eduardo Ospina. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Pág. 14. Ed. Temis. (2000).

<sup>22</sup> Guillermo Ospina. & Eduardo Ospina. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Pág. 10. Ed. Temis. (2000).

## El negocio jurídico de preñar acciones

sin tenencia y la obligatoriedad del registro cuando la prenda queda en manos del deudor.

En cuanto a la prenda como forma de negociar acciones, no puede ser un mero contrato accesorio, pues, dadas la complejidad de estos bienes, las personas que se ven directa o indirectamente involucradas en la negociación —como son el accionista deudor, el acreedor prendario y la sociedad emisora de las acciones— y la libertad que el legislador le ha delegado al accionista, el concepto de contrato es limitado.

Sobre esa complejidad en cuanto a la relación de sujetos que se genera en la prenda acciones ha dicho la doctrina que se configura una *“relación triangular, como consecuencia de las relaciones externas”*<sup>23</sup>. En la relación accionista y sociedad, Bernal dice que la titularidad de la acción coloca al individuo en una situación de carácter personal e individual, integrada por un conjunto de derechos y obligaciones, situación que crea un vínculo entre este y el ente moral<sup>24</sup>.

Lo anterior denota la necesidad de analizar la prenda de acciones desde el negocio jurídico como posibilidad jurídica que le puede brindar claridad y comprensión a la aplicabilidad del tema en la práctica.

Para algunos doctrinantes, la cesión de los derechos inherentes al accionista en la prenda de acciones desdibuja la figura de la prenda para confundirse con otro tipo de contrato<sup>25</sup>.

Sin embargo, esta posición no se comparte pues lo que busca la figura de la prenda es servir de garantía, y en la prenda de acciones esta respalda la obligación principal. Por ende, la prenda de acciones sigue siendo garantía y sigue siendo accesorio.

Tampoco se comparte la idea de que el contrato de prenda puede convertirse en otro contrato; lo que sucede es que la libertad que le ha dado el legislador al accionista hace que lo que nazca a la vida jurídica sea un negocio jurídico, que además con todos los requisitos de validez

---

<sup>23</sup> Cesaretti. Contrataciones empresariales modernas. Pág. 440. Ed. Ad-Hoc. (2005).

<sup>24</sup> Rafael Bernal Gutiérrez. Derecho comercial sin fronteras. Pág. 37. Ed. Dike. (1991).

<sup>25</sup> Rafael Bernal Gutiérrez. Derecho comercial sin fronteras. Pág. 68. Ed. Dike. (1991)

surta efectos entre las partes y frente a terceros. Para esto es necesario hacer un seguimiento del concepto de negocio y sus elementos.

El negocio jurídico es el acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos<sup>26</sup>. Para otros, es el instrumento que el derecho otorga a las personas para la disposición de intereses<sup>27</sup>.

El contrato es ley para las partes; eso es un principio que se puede aplicar al negocio jurídico y que, gracias a ese contenido que definen las partes, se puede establecer la clase de negocio jurídico<sup>28</sup>.

Los negocios jurídicos abarcan una gama muy importante en las relaciones jurídicas entre particulares. Son los intereses privados en juego, que por voluntad de quienes los determinan, los que regulan y disponen el contenido de los negocios jurídicos<sup>29</sup>.

#### **4.1. Elementos del negocio jurídico**

Los elementos de un negocio jurídico se pueden identificar según el caso, pues si se trata de un contrato típico es el legislador el que define esos elementos esenciales; si es un contrato atípico, será la costumbre que no vaya en contra de la ley. Si se trata de una negociación que no obedezca a un contrato, pues habrá que mirar la clase de negocio que se ha realizado para establecer los elementos que hacen nacer dicho negocio.

“Uno de los elementos propuestos por la doctrina es la autonomía de la voluntad, la cual constituye la base del negocio jurídico, ya que es

---

<sup>26</sup> Guillermo Ospina & Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Pág. 14. Ed. Temis. (2000).

<sup>27</sup> Antonio Bohórquez Orduz. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Pág. 34. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

<sup>28</sup> Borda. *Derechos reales*. Pág. 64. Ed. Abeledo Perrot. (2003).

<sup>29</sup> Rubén Compagnussi De Caso. *El negocio jurídico*. Pág. 50. Ed. Astrea. (1992). Citando a Cánova.

## El negocio jurídico de preñar acciones

imprescindible como condición *sine qua non* que el acto sea querido y consentido por los sujetos intervinientes”<sup>30</sup>.

Otros, por el contrario, conciben la voluntad como un requisito de validez y no de existencia, de la siguiente manera: “La voluntad, es sin duda un presupuesto muy importante, a la hora de determinar si el negocio jurídico es válido o no, pero no es elemento esencial del negocio jurídico puesto que no siempre está presente; no siéndolo, no merece el honor de figurar en la definición del mismo. Y para eso hay que distinguir entre lo importante y lo esencial”<sup>31</sup>

Los elementos esenciales del negocio jurídico para Emilio Betti son la forma, el contenido y la vinculación de un sujeto. Y se refieren a ello de la siguiente manera:

*La forma:* Puede ser escrita o verbal, en documento público o privado. Esta forma debe ser regulada por el legislador. “Para que los negocios sean conocidos en el mundo de los sentidos”<sup>32</sup>. En cuanto a la forma de la prenda de acciones, esta debe contar por escrito y basta que sea en documento privado.

*El contenido:* Son las reglas de derecho que van a regular los intereses de los particulares<sup>33</sup>. El contenido refleja no la voluntad, sino la declaración de voluntad, y bien puede el contenido obedecer a la prenda civil en cuanto a que la acción sirva como mera garantía, o que el accionista ceda el ejercicio temporal de sus derechos al acreedor prendario como negocio jurídico. El contenido refleja los intereses particulares, que pueden ser patrimoniales y familiares, entre otros<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Rubén Compagnussi De Caso. El negocio jurídico. Pág. 55. Ed. Astrea. (1992). Citando a Serramalera.

<sup>31</sup> Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Pág. 31. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

<sup>32</sup> Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Pág. 34. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

<sup>33</sup> Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Pág. 34. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

<sup>34</sup> Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Pág. 12. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

Los supuestos de contenidos que se pueden encontrar en la prenda de acciones:

- a. La prenda puede pactarse con el fin único de garantizar una obligación principal, sin que el deudor-accionista ceda ninguno de sus derechos. En este caso, el acreedor solo tiene la facultad de solicitar su ejecución. Es decir, que el interés del deudor es tan solo que su acción que goza de un valor económico sirva simplemente como respaldo de su obligación.
- b. Que el accionista ceda los derechos en procura de generar confianza entre partes, permitiendo que el acreedor reciba dividendos, que asista y que vote en las decisiones asamblearias, entre otros derechos, caso en el cual debe hacerse entrega de la acción al acreedor prendario. Es decir, prenda con desplazamiento. De esta manera el negocio es más atractivo para el acreedor, y el deudor consigue de manera más ágil suplir su necesidad.
- c. La tercera posibilidad es que el deudor-accionista reserve para sí algunos derechos que según su naturaleza le permitan que la prenda pueda ser sin desplazamiento y, mediante pacto expreso, permita el ejercicio de ciertos derechos al acreedor prendario — como, por ejemplo, la inspección de los libros sociales—.

*El sujeto:* “Es la persona a quién le son atribuibles las obligaciones surgidas en el negocio jurídico. No puede existir negocio jurídico sin un sujeto, ni siquiera un acto en el que una persona voluntaria o involuntariamente se halle involucrada”<sup>35</sup>. En la prenda participan dos sujetos: el acreedor prendario y el deudor. En la prenda acciones será el deudor-accionista y el acreedor prendario y de manera indirecta la sociedad. La decisión de ceder o no los derechos es del accionista, por esto —pese a que pueden intervenir varios sujetos— solo una voluntad es la primordial para plasmar el contenido: la del accionista.

*La voluntad:* Pese a que el doctrinante Bohórquez no incluye la voluntad como elemento del negocio jurídico, sino como requisito de

---

<sup>35</sup>Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Págs. 34 y 38. Ed. Doctrina y Ley. (2009).

## El negocio jurídico de preñar acciones

validez, es preciso concluir que si el accionista nada dice sobre la cesión de los derechos, entonces se entiende que es una prenda contractual sobre acciones. Pero si el accionista especifica los derechos que cede al acreedor, entonces nace el negocio jurídico de preñar acciones. Pero para que produzca efectos debe declararse y registrarse.

### 4.2. Propuesta conceptual

Dado que el concepto de prenda se encuentra definido por la ley y tiene aplicación a la prenda de acciones, pero que además es posible como negocio jurídico, se propone definirla de la siguiente manera:

La prenda de acciones es un contrato accesorio que recae sobre los títulos que son emitidos por sociedades autorizadas legalmente para ello, cuya propiedad representa derechos patrimoniales, políticos y administrativos para garantizar una obligación principal que subyace por lo general de operaciones comerciales. En el cual una parte llamada deudor-accionista respalda una obligación contraída con un acreedor prendario y que obedece a un negocio jurídico, cuando el accionista deudor decide ceder todos o algunos de sus derechos.

### 5. Cesión del derecho al dividendo y el de voz y voto en la prenda de acciones

La ley no señala los derechos que pueden cederse, por esta indeterminación en el caso concreto serían los accionistas los que determinen los derechos que están dispuestos a ceder<sup>36</sup>.

Por su parte, Gagliardo señala que las partes pueden convenir cláusulas particulares y supletorias durante el plazo de vigencia del gravamen que ordenarán la relación entre el acreedor pignoraticio y el deudor<sup>37</sup>. Este autor acepta también que la relación prendaria puede ser diferente a la planteada tradicionalmente y, por ende, permitir la cesión de todos o algunos derechos.

---

<sup>36</sup> G. E. Matta y Trejo. Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas. Revista Jurídica Argentina La Ley. Pág. 722. (1983).

<sup>37</sup> Gagliardo. Sociedades Anónimas. Pág. 174. Ed. Abeledo-Perrot. (1990).

Sin embargo, pese a la autonomía de la voluntad que ha querido dar el legislador en este tema, no es del todo ilimitada. Las acciones están reguladas en el capítulo de las sociedades, que como personas jurídicas y entes corporativos establecen sus políticas de administración y funcionamiento a través de los estatutos.

Para negociar las acciones es preciso que el accionista conozca los estatutos porque a estos deberá ceñirse. Si bien es cierto que el legislador en el artículo 379 del Código de Comercio estipula la libertad de negociación de acciones —a menos que se haya pactado el derecho de preferencia—, también es cierto que no es lo mismo prohibir que limitar. Puede ser que los estatutos contengan una cláusula que obligue al accionista a celebrar la prenda por escrito con autenticación de firmas, para lo cual deberá presentar copia auténtica para proceder a solicitar el registro.

La doctrina considera que “[...] la sociedad a través de sus estatutos, como normas constitucionales de esta, pueden restringir las cláusulas del contrato prendario, las cuales serán inoponibles a la emisora”<sup>38</sup>. Por esta razón, si la sociedad en sus estatutos regula algunos aspectos de la prenda de acciones lo aconsejable es que dicha situación se haga visible en el contenido de las acciones con alguna alusión, como por ejemplo *clausulas estatutarias de prenda de acciones*.

No se trata de analizar en este mismo momento si ciertas cláusulas referentes a la prenda contenidas en los estatutos son eficaces o no, como por ejemplo si se estipula que el deudor accionista en la prenda no puede ceder el derecho al voto. Pero se deja planteado un tema de interesante discusión.

Sobre la posibilidad de la cesión del derecho al dividendo, para Bernal no es posible porque no corresponde al contrato de prenda<sup>39</sup>. Por su parte, Pinzón sostiene que los aumentos y frutos de la cosa no operan respecto de las acciones, ya que para él el artículo 411 del Código de Comercio es claro cuando excluye los derechos inherentes al

---

<sup>38</sup> Gagliardo. *Sociedades Anónimas*. Pág. 175. Ed. Abeledo-Perrot. (1990).

<sup>39</sup> Rafael Bernal Gutiérrez. *Derecho comercial sin fronteras*. Pág. 70. Ed. Dike. (1991).

## El negocio jurídico de preñar acciones

accionista<sup>40</sup>. Mascheroni<sup>41</sup> y Rossi<sup>42</sup>, por su parte, manifiestan que los dividendos en la prenda —a diferencia del usufructo— son percibidos por el propietario de las mismas.

Otros consideran que el acreedor, cuando es tenedor de las acciones, está legitimado para ejercer los derechos sociales, en virtud de esa tenencia, situación que no puede ser desconocida por la sociedad y situación que deja de lado la posibilidad para el deudor- accionista de accionar contra el acreedor preñario<sup>43</sup>.

De lo anterior se puede concluir que la discusión doctrinaria tanto nacional como extranjera es amplia y no es pacífica. Pero sí se puede decir que cuando las acciones se negocien bajo la modalidad de contrato de prenda, no podrá cederse el derecho al dividendo, pues se comparte la postura de la doctrina en cuanto se desnaturaliza el contrato de prenda.

En todo caso, si el dividendo es cedido al acreedor por voluntad del accionista, gracias a que lo permitió el legislador, entonces estamos ante un negocio jurídico en el cual es posible dicha situación desde la necesidad del deudor.

Por otro lado, en cuanto a la sesión del derecho al voto, se plantea que solo cuando la prenda se pacte con tenencia del acreedor, este tendrá derecho a conservar el bien y, solo en esa medida sería compatible con el contrato de prenda conferir el derecho de voto al acreedor preñario (obviamente con la restricción de que tal ejercicio se hace en aras de la conservación del bien).<sup>44</sup>

Jorge Gil considera que hay una escisión entre la calidad de socio y la facultad de votar y deliberar, pero que también debe tenerse en cuenta

---

<sup>40</sup> Gabino Pinzón. *Sociedades Comerciales*. Pág. 220. Ed. Temis. (1989).

<sup>41</sup> F. H. Mascheroni. *Manual de sociedades anónimas, constitución y funcionamiento*. Pág. 40. Ed. Cangallo. (1980).

<sup>42</sup> Hugo Rossi. *Normatividad de las acciones y otros títulos valores privados*. Pág. 285. Ed. Ad-Hoc. (1996).

<sup>43</sup> Halperin & Otaegui. *Sociedades anónimas*. Pág. 383. Ed. Depalma. (1998)

<sup>44</sup> Rafael Bernal Gutiérrez. *Derecho comercial sin fronteras*. Pág. 69. Ed. Dike. (1991).

que pueden darse en la prenda acciones con dividendo preferencial pero sin derecho a voto. Caso en el cual le asiste tan solo el derecho a voz<sup>45</sup>.

El derecho de participar en las asambleas con voz y voto en la prenda de acciones se determina por el tipo de acciones, y por el negocio jurídico. Y eso se refleja en la voluntad del deudor- accionista, y en la utilidad para el acreedor.

“Los derechos de voz y voto están encaminados a salvaguardar el cumplimiento de la obligación principal y a mantener el valor de las acciones prendadas mediante las decisiones asamblearias. Por lo tanto el deudor puede definir que el derecho a voz y voto sea ejercido por el acreedor, ya sea para determinados tipos de asambleas o de acuerdo al tema y decisiones a tratar”<sup>46</sup>.

De otro lado, el derecho al voto debe ser en un sentido social y no particular. Sobre esto expresa la doctrina que existen unos principios fundamentales que determinan los límites a los derechos individuales de los socios, tales como el denominado interés social y el deber de fidelidad y colaboración, los cuales determinarán si una acción se puede considerar abusiva o no<sup>47</sup>.

El voto debe inspirarse en el interés social. El derecho de voto es inseparable de la calidad de accionista que corresponde al deudor<sup>48</sup>. Adiciona Matta y Trejo que como forma de administrar la acción, el acreedor debe hacerlo en interés objetivo y social, no extra social<sup>49</sup>.

Sin embargo, esto en la práctica puede no ser tan fácil dado que al que verdaderamente le asiste un interés social es al propio accionista, el cual se presume que lo tiene desde que decidió pertenecer a la sociedad. Pero

---

<sup>45</sup> Jorge Gil Echeverri. Nuevo régimen societario. Pág. 179. Ed. Librería del Profesional. (1996).

<sup>46</sup> G. E. Matta y Trejo. Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas. Revista Jurídica Argentina La Ley. Pág. 171. (1983).

<sup>47</sup> Lisandro Peña Nossa. De las sociedades comerciales. Pág. 66. Ed. Temis. (2011).

<sup>48</sup> Halperin & Otaegui. Sociedades anónimas. Pág. 383. Ed. Depalma. (1998).

<sup>49</sup> G. E. Matta y Trejo. Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas. Revista Jurídica Argentina La Ley. Pág. 722. (1983).

## El negocio jurídico de preñar acciones

el interés del acreedor, en principio, no es el pertenecer al ente social, pues su interés es más personal porque va encaminado a proteger su garantía.

Aceptada la posibilidad de que el derecho de voz y voto sea ejercido por el acreedor preñario, es necesario establecer a quién se le hace la convocatoria, si al deudor-accionista (por no haber perdido su calidad) o al acreedor preñario (por ser quien ejercerá los derechos).

La superintendencia de sociedades ha dicho lo siguiente:

en cuanto el contrato de preña involucre el derecho a participar en las deliberaciones del máximo órgano social y votar en el mismo, la sociedad podrá remitir la convocatoria respectiva al acreedor preñario. Porque las normas y los contratos deben interpretarse de tal manera que produzcan los efectos queridos, a quién le es cedido un derecho deberá dársele los instrumentos o herramientas para ejercitarlos sin obstáculos, tropiezos y de manera oportuna<sup>50</sup>.

Por lo anterior, si los efectos buscados de la convocatoria son que el acreedor preñario sea quien conozca el día, la hora y el temario de la asamblea, entonces es a este a quien podrá dirigirse. Situación que también puede estar expresa en los estatutos, en el sentido de precisar que la convocatoria en caso de preña de acciones será para quien figure con el derecho de voz y voto. De esta manera se deja saldada la posible discusión de si la convocatoria se realizó en debida forma y si se vulneraron derechos.

El deber del accionista-deudor es informarle al acreedor preñario las limitaciones que existen en el contrato social, para que este sepa los efectos y los límites de la negociación.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-047380 del 26 de septiembre de 2007.

<sup>51</sup> Lisandro Peña Nossa. De las sociedades comerciales. Pág. 181. Ed. Temis. (2011).

## **6. Conclusiones**

- Las acciones corresponden a bienes que representan derechos, y son susceptibles de ser evaluadas. Gozan de un valor intrínseco y extrínseco, por ende son susceptibles de diferentes negociaciones. Sin embargo, la prenda de acciones no es una negociación de fácil comprensión y aplicación práctica, debido a la complejidad que enmarca por estar regulada en diferentes normatividades, por la variedad de derechos que representa para su propietario y porque incide en el ente societario que la emite.
- La prenda civil no es suficiente para abarcar el tema de la negociación de acciones, dado que su naturaleza obedece a un contrato. Sin embargo, adaptando la interpretación de las normas a la realidad del comercio, la prenda de acciones regulada en el Código de Comercio —en los artículos 410 Y 411— permite que la naturaleza de la prenda sea el negocio jurídico, que puede ser ejercida desde el contrato mismo, o desde el acto unilateral en cabeza del accionista de ceder los derechos accionarios. De este modo, la prenda de acciones será una figura legal y jurídica más atractiva en el comercio, que le permita a los acreedores contar con una garantía, pero además con derechos que les permitan conservar ese respaldo. Se debe tener en cuenta que las acciones gozan de un valor económico, pero este no es estático, como las que se negocian en el mercado de valores.
- La voluntad es un elemento esencial del acto unilateral, en sentido en que solo el accionista está llamado a ejercerla en lo que respecta a la sesión de los derechos. Pero el estudio en cuanto a los derechos que por su naturaleza puedan cederse es lo que debe continuar, o si los estatutos pueden prohibir la cesión de ese derecho o de algunos.
- La necesidad de fijar una temporalidad en el ejercicio de los derechos por parte del acreedor prendario es necesaria, porque la cesión no puede desconocer el sistema normativo societario, la naturaleza y fin de las sociedades, ni convertir al accionista — así se trate de sociedades de capital— en un convidado de piedra o, lo que es peor, que la prenda de acciones se preste para esconder verdaderos socios.

## El negocio jurídico de preñar acciones

- La claridad con que el legislador le otorga al accionista —y solo a este— la posibilidad de decisión en la cesión de sus derechos es un factor a tener en cuenta en el tema de los abusos de la posición dominante. No se puede pasar por alto que las sociedades de capital en Colombia, después de la ley 1231 de 2008, son en el presente más numerosas; muchas de ellas corresponden a medianos empresarios, por lo que las entidades financieras o incluso otras sociedades de capital pretenden tomar control de estas sociedades por la cesión de los derechos.
- A pesar de que el derecho al voto es en principio un derecho político, muchas de las decisiones que se toman son encaminadas a que la sociedad arroje mejores resultados financieros y que las acciones mantengan su valor o se valoricen, cosa que puede ser ventajosa para el acreedor prendario en el sentido del interés por proteger su garantía. Pero el acreedor deberá ceñirse a las normas dadas por el legislador en materia societaria y a los estatutos sociales, por lo cual su participación con voz y voto debe ser con interés social y no particular.
- Se propone, no que no se cedan los derechos políticos, pero sí que se especifiquen, como por ejemplo que el acreedor prendario participe en algunas reuniones previa concertación del voto entre el deudor accionista y el acreedor, y en caso de incumplimiento por parte del acreedor prendario, este pierda el ejercicio de los derechos.

### **Bibliografía**

- A. E. Salas. Código civil y leyes complementarias anotados. Tomo II. Roque Depalma.
- Alfonso M. Barragán. Derechos Reales. Editorial Temis. (1971).
- Antonio Bohórquez Orduz. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Volumen I. (2009).
- Bernardo Trujillo. De los títulos valores. Leyer-Colombia. (2010).
- Delfina María Borda. Derechos reales. Abeledo-Perrot (2003).
- E. Aztiria. Revista Jurídica de Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. (1958).

- Erich Danz. La interpretación de los negocios jurídicos. Leyer. (2006).
- F. H. Mascheroni. Manual de sociedades anónimas, constitución y funcionamiento. Cangallo. (1980).
- Fabián Loíza. Código Civil comentado, derechos reales. III. Rubinzal-Culzoni.
- G. E. Matta y Trejo. Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas. Revista Jurídica Argentina La Ley. (1983).
- Gabino Pinzón. Sociedades comerciales. Vol. II. Temis. (1989).
- Guillermo Ospina F. & Eduardo Ospina A. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Temis. (2000).
- H. E. Rossi. Normatividad de las acciones y otros títulos valores privados. Ad-Hoc. (1996).
- Heinrich Lehmann. El negocio jurídico. Leyer. (2005).
- Isidoro Silberstein. Usufructo de Acciones. Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario. Universidad del Rosario.
- Issac Halperin & J. C. Otaegui. Sociedades anónimas. Depalma. (1998).
- J. Gil Echeverri. Nuevo régimen societario. Librería del Profesional. (1996).
- Jaime A. Arrubla Paucar. Contratos Mercantiles T. I. Dike. (2007).
- José María Chico Ortiz. Curso de derecho civil. Revista Crítica del Derecho Inmobiliario. (1970).
- Lisandro Peña Nosa. De las sociedades Comerciales. Temis. (2001).
- M. Gagliardo. Sociedades anónimas. Abeledo-Perrot. (1990).
- Óscar Ceasareti. Contrataciones empresariales modernas. Ad-Hoc. (2009).
- R. Bernal Gutiérrez *et al.* Derecho Comercial Sin Fronteras. Dike. (1991).
- Rodrigo Becerra Toro. Curso didáctico sobre bienes y derechos reales. Pontificia Universidad Javeriana. (2006).
- Rubén H. Compagnucci de Caso. El negocio jurídico. Astrea. (1992).
- Salvat. Derecho civil argentino, derechos reales. Tomo III.
- Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-047380 del 26 de septiembre de 2007.