

OFICIO 220-147190 DEL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2018

REF: PRÉSTAMOS DEL SOCIO A LA SOCIEDAD.

Me remito a su comunicación radicada en la WEBMASTER de esta Superintendencia bajo el número 2018-01-387096 del 29 de agosto de 2018, mediante la cual solicita concepto sobre la posibilidad de que un socio accionista del 50% y representante legal de una compañía del tipo de las SAS, realce una operación de mutuo en favor de la sociedad que representa, con las condiciones que al efecto describe.

En primer lugar se advierte que el derecho de petición en la modalidad de consulta se fundamenta en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con arreglo al cual esta Superintendencia emite un concepto de carácter general sobre las materias relativas a su competencia.

Sin embargo, sus pronunciamientos en esta instancia no se dirigen a resolver situaciones específicas de una sociedad en particular, ni a asesorar en el desarrollo de los actos o negocios de su interés.

En segundo lugar, es claro que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se pueda pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Bajo es entendido, procede observar que esta Entidad de tiempo atrás ha expuesto su criterio frente al tema de los contratos de mutuo suscritos entre los socios y la sociedad, donde el socio es mutuante, en los siguientes términos que en seguida se resumen:

"(...) Lo expuesto, sin perder de vista que tal y como lo dispone el artículo 99 del Código de Comercio, la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto en el que se entenderán incluidos los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal, o convencionalmente derivadas de la existencia o actividad de la sociedad, presupuesto del que se infiere que si la sociedad no tiene por objeto la actividad de mutuo y que la finalidad de los socios al efectuar los préstamos, era la de lograr mayor rentabilidad en la empresa, a juicio de esta Oficina, éste valor, debería verse compensado por el mayor valor de las utilidades sociales y no mediante los intereses causados en la operación de mutuo.

En todo caso, las sumas adeudadas a los socios o accionistas, distintas a los aportes efectuados por éstos a la sociedad, además de tener origen en

operaciones desarrolladas por la compañía dentro de los límites de su capacidad, son consideradas como un pasivo externo, y deben pagarse de acuerdo al contrato celebrado entre la sociedad y los socios; frente al interés que debe ser pagado por la sociedad es un tema ajeno a nuestra competencia y propio de un negocio que se supedita a acuerdos entre particulares, así sea la sociedad y sus accionistas, respetando en todo caso el interés de terceros afectados pero no vinculados al contrato.(...)1”.

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220- 092883 (17 de Octubre de 2012). Préstamos de socios a las Sociedades Comerciales. Tomado el: 3 de septiembre de 2018. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32731.pdf#search=pr%C3%A9stamos%20de%20los%20socios

Así, es claro que sin perjuicio de lo que dispongan los estatutos sociales en cada caso, no existe impedimento de orden legal para que el socio otorgue un préstamo a la sociedad, sin que esto implique que no haya responsabilidad al respecto, como la que recae en el administrador, a quien le asiste la obligación de responder solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, teniendo en cuenta que en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá su culpa (artículo 1º Decreto 1925 de 2009, en concordancia con el artículo 200 del Código de Comercio).

Frente al supuesto que la consulta expone, en el que el accionista titular del 50% del capital social, es también representante legal de la sociedad, será preciso además, solicitar la autorización previa del máximo órgano social para llevar a cabo la operación, so pena de resultar viciada de nulidad absoluta en los términos del artículo 5º del Decreto 1925 de 2009.

A ese propósito ilustra la doctrina que esta Entidad ha sostenido en torno a la autorización a que hay lugar en el caso del socio y representante legal, frente a las operaciones en las cuales confluye un conflicto de interés:

“(…) 3.9.3 Intervención de la Junta de Socios y de la Asamblea General de Accionistas.

El máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía.

Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.

No sobra advertir que cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus

partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria.

Finalmente, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos de competencia o aquellos generadores de la situación de conflicto. En caso de desacato, podrá ser removido de su cargo y estará sujeto a la responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal que hubiere lugar.(...)”².

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220- 055984 (20 de Abril de 2018). Conflicto de interés de los administradores y otros asuntos. Tomado el: 19 de septiembre de 2018. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-055984.pdf

Ahora bien, autorizado el negocio jurídico por el órgano social competente, el contrato de mutuo se perfeccionará con los documentos que correspondan, según la información otorgada por el Representante Legal (artículo 3º Decreto 1925 de 2009) y atendiendo las condiciones autorizadas por el órgano citado, por lo cual, la debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones como administrador (socio mutuante) seguirán siendo las mismas determinadas por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y sobre las decisiones tomadas por los socios en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1925 de 2009, recaerá su responsabilidad; atendiendo que el contrato de mutuo, se ha de regir por las reglas civiles o comerciales pertinentes.

Por último, se tiene que de acuerdo con el artículo 641 del Código de Comercio, los representantes legales de sociedades y los factores se reputarán autorizados, por el solo hecho de su nombramiento, para suscribir títulos-valores a nombre de las entidades que administren, razón por la cual en concepto de este Despacho, no hay óbice para que el Representante Legal de la empresa pueda firmar el correspondiente título valor en nombre de la misma.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los alcances descritos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.