

OFICIO 220-029307 DEL 11 DE MARZO DE 2015

REFERENCIA: EL DERECHO DE INSPECCIÓN Y LA AUDITORÍA EXTERNA Y PRÉSTAMO A ACCIONISTAS

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo número 2015-01-022820, mediante el cual previa exposición de las circunstancias que se presentan al interior de la empresa E.S.P. que dice representar, formula los siguientes interrogantes:

1. La empresa está obligada a permitir las auditorías a un socio minoritario con una participación del 4% las veces y el tiempo que ella considere?
2. Se puede autorizar el otorgamiento de préstamos a los socios?

Frente sus planteamientos es preciso señalar, que por vía de consulta esta Entidad absuelve de manera general y abstracta las consultas que le son formuladas en los términos del Art. 28 del C.C.A. y en esa medida emite una opinión o un concepto sobre las materias de su competencia que no tiene carácter vinculante, ni compromete su responsabilidad.

Bajo ese presupuesto y haciendo abstracción de la situación particular que su solicitud describe procede efectuar las siguientes consideraciones a partir de la doctrina de la Entidad.

1.- Sobre el particular hay que remitirse a los artículos 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995, atendiendo que el derecho de inspección y una auditoría contable son diferentes; el primero es un Derecho mientras que la segunda es una herramienta para establecer, conforme a las previsiones legales, la realidad de la situación financiera, contable y administrativa, como se explica en el siguiente pronunciamiento realizado por esta Entidad en el oficio No 220-21510 del 29 de mayo de 2001 apartes del cual a continuación le transcribo:

“Lo primero que resulta conveniente precisar es que el derecho de inspección es un concepto eminentemente jurídico societario, mientras que la auditoría externa es un concepto contable. En ese sentido, si bien eventualmente guardan alguna relación de complementación en cuanto a su ejercicio, difieren sustancialmente respecto de su previsión legal.

En efecto, ha manifestado esta entidad que “el derecho de inspección es un derecho inherente a la calidad de socio, el cual se encuentra consagrado de manera expresa en los artículos 369 y 447 de la legislación mercantil y el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en la facultad de que disponen todos los asociados de una compañía de examinar, directamente o mediante persona delegada para tal fin, los libros y los comprobantes de la sociedad, con el fin de

enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes”.

En las sociedades comerciales, el derecho de inspección o de fiscalización individual, pertenece a la categoría de los inderogables; se trata de un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a la compañía, pues los artículos 369, 379 numeral 4°, 422 y 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995 le señalan limitaciones temporales y de contenido.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 222 de 1995, el ejercicio del derecho de inspección fue objeto de controversia doctrinal y de interpretación legal, en cuanto a sus alcances y limitaciones, pero el artículo 48 de la citada Ley determinó sus límites respecto a la materia misma sobre la cual se ejerce dicha facultad, restringiendo el acceso de los asociados en general a los documentos que contengan información sobre secretos industriales (empresariales), así como aquellos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.”

(“...”)

“Como se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas, los socios no están facultados para hacer anotaciones de ninguna clase sobre los documentos facilitados ni para conocer y mucho menos difundir la información amparada con reserva documental, como los secretos técnicos, industriales o de política comercial ni entorpecer la marcha administrativa de la gerencia.

Ahora bien, en lo que respecta a las normas de auditoría generalmente aceptadas, la Ley 43 de 1990, si bien no trae una definición del concepto “auditoría externa”, su artículo 7° dispone que aquellas son las que se relacionan con las cualidades profesionales del contador público, con el empleo de su buen juicio en la ejecución de su examen y en su informe referente al mismo.

En conclusión, se trata de un trabajo técnicamente elaborado por personas que tengan entrenamiento adecuado y estén habilitadas legalmente para ejercer la Contaduría Pública en Colombia, con base en evidencia válida y suficiente, por medio de análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoría, con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de una opinión sobre los estados financieros sujetos a revisión.

En ese orden de ideas resulta desacertado pretender realizar una comparación o asimilación conceptual entre ambas figuras, como quiera que la primera de ellas

tiene la connotación de DERECHO, mientras la segunda es una herramienta para establecer, conforme a las previsiones legales, la realidad financiera, administrativa y contable de la sociedad.

Si bien desprevenidamente podría pensarse que en ejercicio del derecho de inspección cualquier socio estaría facultado para contratar la ejecución de una auditoría externa para “enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes”, para este despacho resulta absolutamente claro que ello es improcedente, como quiera que la finalidad y los escenarios en que pueden y deben darse difieren sustancialmente.

En efecto, el derecho de inspección o de fiscalización individual tiene una finalidad esencialmente informativa para el socio, mientras que por medio de una auditoría interna se persigue la obtención de una opinión calificada por parte de un especialista, atendiendo a sus calidades profesionales y a criterios y procedimientos señalados en la ley, cuya práctica compete directamente al máximo órgano social ordenarla, ya sea por su propia iniciativa o en atención a la solicitud motivada de algún o algunos socios, pues, la eventual contratación y ejecución de una auditoría externa por parte de un socio, justificada en el derecho de inspección que le asiste, desborda los límites y alcances previstos en la ley para su ejercicio.

Mientras el derecho de inspección apunta a satisfacer un interés individual de información, la auditoría externa se dirige al cumplimiento de un interés colectivo por contar con una opinión técnica sobre los estados financieros.”.

2.- En lo que atañe al otorgamiento de préstamos a los socios, igual procede remitirse a los apartes pertinentes del Oficio 220-15670 del 11 de marzo de 2007, a través del cual este Despacho se ocupó del tema.

En cuanto a realizar préstamos a los socios, independientemente de que los destinatarios sean los socios o los terceros, para que una sociedad pueda efectuar una actividad ésta debe estar comprendida en su objeto social, toda vez que su capacidad jurídica se circunscribe al desarrollo del mismo, tal como lo establece el artículo 99 que establece:

“Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto.”...

En cuanto al tema del objeto social esta Superintendencia se pronunció en oficio 220-030115 del 15 de junio de 2005 en los siguientes términos:

...”resulta importante indicar que el objeto social de una compañía, además de determinar su capacidad para celebrar actos o contratos, circunscribiendo las actividades a lo que el mismo prevé, es entendido como el conjunto de operaciones que aquella propone realizar en ejercicio de una actividad económica.

En este sentido, el Código de Comercio admite, dentro de los límites de la capacidad en las sociedades mercantiles, la realización de tres clases de actos:

- a. Los determinados en las actividades principales previstas en el objeto social .
- b. Aquellos relacionados en forma directa con esas operaciones.
- c. Y los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad.

En tal entendido, tenemos que mientras los actos enunciados en los dos primeros literales refieren a la finalidad o actividad de la sociedad, razón por la que están íntimamente relacionados; los descritos en el tercero, si bien ajenos al objeto social, son importantes para la empresa, pues a través de ellos ejerce sus derechos o cumple las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, verbi gratia: contratos de trabajo, asesoría, convenciones laborales, etc.

En síntesis, la noción de objeto social se circunscribe al contenido de la actividad económica organizada que desarrolla la sociedad, por lo que los actos que llegue a ejecutar deben observarse en relación con aquel, y cualquier extralimitación no sólo viola los estatutos, sino del mismo modo compromete la responsabilidad de los administradores que ejecutan actos en ultra vires del citado objeto.

En este orden de ideas a la consulta formulada, tenemos:

A. Una sociedad del Sector Real no puede ejecutar actos de captación y colocación de dineros entre sus socios y terceros, cuando aquello pretenda adelantarse como actividad principal, pero puede prestar dinero a los asociados cuando ello tenga relación de medio a fin con el objeto social.

B. Con relación al mutuo como actividad accesorio, esta Superintendencia ha dicho: “Es claro, entonces, que las sociedades comerciales no pueden pactar el mutuo como actividad principal y convertirse en intermediarios financieros sin autorización de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera). Es también evidente que las sociedades mercantiles pueden pactar el mutuo como acto accesorio o secundario **en desarrollo del objeto social**, pero esta estipulación accesorio no significa que los órganos sociales de administración o dirección puedan autorizar préstamos a favor de los asociados, que no estén determinados

en las actividades principales, o que no tengan relación directa con el objeto social principal, o que no se deriven de la existencia o actividad de la sociedad.”

Adicionalmente en oficio 220-62034 del 30 de septiembre de 2000 se dijo:

Es por tanto, la relación de medio a fin (teleológica), uno de los primeros presupuestos que una actividad no prevista en el objeto principal debe cumplir para aceptarse como propia de la actividad de la empresa.

Sin embargo se repite, tal principio no es el único determinante para el análisis sobre el respeto al principio de la especialidad de las sociedades comerciales, pues es indispensable además verificar el mantenimiento del patrimonio y el privilegio del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto principal.

Y, es que no puede aceptarse amén del desarrollo del objeto secundario, que el administrador tome parte del efectivo y lo coloque de manera imprudente produciendo un deterioro patrimonial, ya que la primera de sus obligaciones antes de efectuar cualquier operación es evaluar en forma detenida el riesgo que recae sobre la misma con miras, esencialmente, a preservar los activos de la sociedad, que en últimas son la prenda general de los acreedores.

Así mismo la entrega a título de mutuo de la liquidez de la empresa, no puede desplazar el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias y exigibles pues privilegiar actividades meramente accesorias relacionadas con la empresa sobre el cumplimiento de las acreencias adquiridas en desarrollo del objeto social, iría en contravía de las facultades asignadas a los administradores que están, en primer término, circunscritas, a los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (inciso 2 del artículo 196 C.Co).”

“...De lo expresado se concluye que la regla general es que está prohibido hacer préstamos a los socios, solamente en casos excepcionales podría concederse, siempre que esté pactado como una actividad en desarrollo del objeto social y demostrada la relación de medio a fin con el objeto principal; porque de lo contrario se estaría incurriendo en una extralimitación de funciones que haría responsable en forma personal al administrador que lo autorice; por lo tanto no puede hablarse de fondos para realizar estos préstamos ni establecerse una reglamentación que determine a quien le corresponde autorizarlos.”

En los anteriores términos su solicitud se ha atendido con los efectos contemplados en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.