

OFICIO 220-084682 DEL 01 DE JUNIO DE 2018

REF.: CAPACIDAD DE UNA SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADA PARA OTORGAR PRÉSTAMOS AMPARADOS POR HIPOTECAS.

Aviso recibo del escrito radicado bajo número 2018-01-179443, a través del cual formula una consulta sobre el tema, la que de manera puntual pregunta:

-Para que una sociedad por acciones simplificada SAS, que tiene un objeto social amplio, pueda dedicarse a prestar dinero garantizado con hipotecas, requiere cambiar su naturaleza o convertirse en cooperativa financiera:

-Cuál es la normatividad aplicable y los parámetros a tener en cuenta para continuar siendo vigilada por esta Superintendencia, en el evento que dicha actividad suponga la vigilancia de otra Superintendencia.

En primer lugar se debe advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta oficina emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que en manera alguna se dirigen a resolver situaciones particulares en que tengan interés los usuarios, ni pueden considerarse asesorías encaminadas a determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, negocios o decisiones de los órganos de sociedades cuyos antecedentes se desconocen, por lo que sus respuestas en esta instancia no tienen carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad. (Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015)

Si el propósito es que esta Entidad se pronuncie sobre el la índole de las actividades u operaciones que realice una sociedad en particular, así habrá de formular la solicitud respectiva ante la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control, por conducto de su representante legal o apoderado, acompañada entre otros de los documentos que acrediten su existencia, representación legal y demás elementos que permitan adelantar la actuación administrativa a que haya lugar.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que esta Superintendencia se ha ocupado anteriormente sobre la viabilidad de que las sociedades del sector real sujetas a su inspección y vigilancia, establezcan en su objeto social, el contrato de mutuo o préstamo de dinero como actividad principal, con fines meramente ilustrativos procede traer los apartes del Oficio 220- 066247 del 23 de mayo de 2011, a través del cual este Despacho expuso su criterio en torno al tema, el cual resulta aplicable a todos los tipos societarios, incluidas las SAS:

“(…)

A ese respecto me permito manifestarle que si bien esta Entidad no ha tenido una postura conceptual uniforme en torno a la actividad del mutuo como parte del objeto social de las sociedades comerciales, tema que de tiempo atrás ha ocupado su atención, ya a esta altura se podría decir que es pacífica la doctrina que finalmente se ha adoptado, en el sentido de reconocer dentro del esquema del marco legislativo, teórico y doctrinal que rige el contenido y alcance de la noción de su capacidad jurídica, el préstamo no está proscrito de la actividad de las sociedades del sector real, ni aun como actividad principal, apreciación que también comparte la Superintendencia Financiera de Colombia (Oficio 2010-089975-001, enero 18 de 2011).

Son sustento del criterio vigente de esta Superintendencia los argumentos que en su oportunidad fueron expuestos en el Memorando 321- 0025 de 2008, cuyos apartes pertinentes viene al caso transcribir aquí, restando sólo por precisar que los mismos resultan en todo aplicables para el caso de las SAS, creadas al amparo de la Ley 1258 de 2008

“1. EL MUTUO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LA EMPRESA

La sociedad comercial, por ministerio de la ley, como persona jurídica tiene capacidad de goce, que la autoriza para ser titular de derechos y obligaciones, y capacidad de ejercicio, que constituye su capacidad jurídica para obligarse por sí misma, realizando negocios en la búsqueda de las utilidades a que está destinada.

‘La capacidad jurídica o capacidad de ejercicio, a su turno, está delimitada por su objeto social, de forma que la sociedad frente a sus asociados y frente a terceros condiciona la validez jurídica de sus actos y negocios únicamente a la realización de las actividades previstas y autorizadas con anticipación, de manera expresa, clara y determinada, en su objeto social.

‘Sobre el particular, es doctrinalmente reconocida, en materia de capacidad jurídica de la sociedad, la teoría de la especialidad o ULTRA VIREs, que rige en la mayoría de legislaciones de origen latino, incluida la legislación colombiana, según la cual el ejercicio de la actividad comercial de la sociedad está delimitado por los actos, negocios y actividades necesarios para el desarrollo de su objeto social y por los actos y negocios vinculados de manera causal, accesoria o conexas con dicho objeto.

‘En reiterados pronunciamientos de esta Superintendencia ha sido interpretado que de conformidad con las previsiones de los artículos 90 y 110 del Código de Comercio, la capacidad de la sociedad está circunscrita, en el marco de la teoría de la especialidad, a la realización de tres clases de actos:

“a) Los actos que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social.

“b) Los que se relacionen directamente con las actividades principales y

“c) Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

“Los actos enunciados en los literales a) y b) se relacionan con la finalidad que persigue la empresa y por ello deben guardar una relación directa con la misma.

“Los descritos en el literal c) no tienen relación directa con las actividades previstas en el objeto social, pues se derivan de la existencia y actividad de la sociedad.” (Concepto Oficina Jurídica 220-14108, febrero 28 de 2003).

‘Como consecuencias jurídicas que determinan el contenido y alcance de la capacidad de la sociedad, en el ámbito de la teoría de la especialidad, legislativamente reconocida, tenemos las siguientes:

‘Los terceros ajenos a la sociedad tienen la carga de informarse a través del certificado de existencia y representación legal vigente, cuáles son las actividades que enmarcan el objeto social principal de la sociedad, aquellas que guardan relación de medio a fin con el objeto principal (objeto secundario) y deducir, cuáles actos tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, con el propósito de que dichos terceros tengan certeza que la sociedad tiene capacidad jurídica suficiente para celebrar determinado contrato con ellos y que quien suscribe el acto o contrato es efectivamente el representante legal de la sociedad, con facultades suficientes para obligarla.

‘Los actos o negocios celebrados por la Sociedad que desborden las actividades determinadas en el objeto previsto en sus estatutos, quedan viciados de nulidad, luego en sede jurisdiccional la sociedad o terceros interesados pueden cuestionar su legalidad, como acción o como excepción, y, por tanto, su falta de vinculación y eficacia legal.

‘Los administradores de la sociedad asumen responsabilidad administrativa, civil, fiscal y, en determinados casos, penal cuando realicen actos y contratos en exceso del objeto social de la empresa o con desbordamiento de las facultades que le fueron conferidas por la ley o los estatutos.

‘Los revisores fiscales asumen responsabilidad profesional, administrativa y, en determinados casos, civil y penal, por omisiones en el control de actos que desborden el objeto de la sociedad.

‘La modificación del objeto social debe hacerse mediante una reforma estatutaria, en escritura pública debidamente inscrita en el registro mercantil.

‘Es posible la definición de un número singular o plural de actividades determinadas como constitutivas del objeto principal de la sociedad, siempre y cuando estén debidamente individualizadas y discriminadas expresamente, de manera previa a la celebración de actos o contratos dirigidos a su cumplimiento.

‘El objeto social singular, otorga mayor certeza a los terceros sobre el giro ordinario de negocios de la sociedad.

‘El objeto principal plural, puede generar confusión en los terceros sobre el verdadero quehacer de la empresa, el cual se diluye, paulatinamente, en la medida que aumenta el número de actividades incluidas en la capacidad jurídica de la empresa, al punto que puede llegar el momento en que ante la multiplicidad de actividades relacionadas los terceros interesados en la sociedad no tengan claridad sobre qué puede y qué no puede hacer la compañía.

‘En caso de un objeto social plural en los estatutos sociales, cada una de las actividades relacionadas como tal, debe consistir de manera individual y particular, en una actividad que autónomamente pueda ser valorada como giro fundamental y ordinario de los negocios de la sociedad, pues no podrán ser consideradas como objeto social principal actividades que de manera accesoria, accidental o conexas sean realizadas por la sociedad.

‘En lo atinente en particular a las operaciones de mutuo, aunque no está prohibida su concesión sí está condicionada al cumplimiento de criterios ya decantados, tal como se expone en los oficios que a continuación se citan:

‘Oficio 220-64518 de octubre 30 de 2000 “... Se concluye dentro de este análisis, que las operaciones de mutuo aún entre vinculadas, también deben responder a los criterios expresados como el teleológico, la conservación del patrimonio social y el privilegio en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en desarrollo del objeto social principal.

‘En efecto, la relación de medio a fin (teleológica), es uno de los primeros presupuestos que una actividad no prevista en el objeto principal debe reunir para aceptarse como propia de la actividad de la empresa. Principio que sin embargo, no es el único sobre el cual debe fundamentarse el análisis sobre el respeto al principio de la especialidad de las sociedades comerciales, pues es obligado verificar el mantenimiento del patrimonio y el privilegio del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto principal.

'Y, es que no podría aceptarse como desarrollo del objeto secundario que el administrador tome parte del efectivo y lo coloque de manera imprudente produciendo un deterioro patrimonial, so pretexto de la necesidad de una sociedad perteneciente al grupo empresarial del que haga parte ya que la primera de sus obligaciones es que antes de efectuar cualquiera operación evalúe en forma detenida el riesgo que recae sobre la operación con miras, esencialmente, a preservar los activos de la sociedad, individualmente considerada que en últimas es 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 las obligaciones ordinarias y exigibles de la empresa, pues privilegiar actividades meramente 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).

'Presupuestos a los que deben ajustarse las sociedades individualmente consideradas o en el marco de un grupo empresarial, el cual, como se expresó en el oficio antes citado, no añade una actividad particular ni al objeto principal ni al objeto secundario previsto en el contrato social y que se desarrolla con prescindencia de su situación como vinculada.

'Así que aún en el evento en que se consagre en forma expresa como desarrollo de la actividad secundaria del objeto social, la posibilidad de celebrar contratos de mutuo entre sociedades vinculadas, también deberá responder a los criterios expresados y principalmente a la relación de medio a fin con el objeto principal”.

'Oficio 44028 del 21 de septiembre de 2000 “De acuerdo con el debate el cual sustenta el criterio de la Entidad en torno de los préstamos de dinero por parte de las sociedades, en el sentido de que eventualmente puede ser admitida su práctica, sólo en determinadas y particulares circunstancias, como ya antes se indicó (oficio 320-2279 del 22 de septiembre de 1995), arriba señalado, las cuales necesariamente exigen que tal práctica tenga relación directa con el objeto principal: "(...) La otra parte del objeto social, que es accesorio, se compone de una serie de actividades que conducen a la sociedad a alcanzar su fin, ...de manera que integrando estas definiciones tendríamos que constituye el objeto el fin y, el objeto complementario, las actividades, o medios que contribuyen a su cumplimiento. Esas actividades que integran el objeto complementario deben cumplir con un requisito indispensable que es de tener una relación directa con el objeto principal”.

‘Así las cosas tenemos como primera conclusión que la inclusión o no de la actividad de mutuo en el objeto social principal o secundario no es un criterio relevante para que sea considerado como una actividad adecuada a los fines de la empresa, lo que resulta en realidad determinante para que se considere apropiada a derecho tiene relación con los criterios teleológico, de protección del patrimonio y el privilegio del cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad previo a la disposición de su liquidez.

‘En conclusión, 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.’

En este orden de ideas, si en el objeto principal de la sociedad se encuentra previsto el otorgamiento de préstamos como actividad, bien podría proceder de conformidad con lo pactado en los estatutos. No obstante es preciso tener en cuenta que en ningún caso el desarrollo de ese objeto puede comportar actividades de intermediación financiera, puesto que estas como es sabido, se encuentran reservadas de manera exclusiva a las sociedades para ese fin autorizadas para el efecto por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Para ello hay que estarse a las reglas previstas en el Decreto 1981 de 1988, en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 2920 de 1982, incorporados al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De acuerdo con lo anterior, no será posible desarrollar la actividad referida, si los recursos con los cuales van a otorgarse los préstamos no son propios, puesto que esto comportaría una intermediación financiera, o la captación masiva y habitual de recursos del público que, como se explicó, son actividades cuyo ejercicio requiere fundamentalmente la autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Ahora, si lo que se pretende es desarrollar actividades propias de las cooperativas, será preciso dirigirse a la Superintendencia Nacional de Cooperativas, en orden a determinar por su conducto los tramites, permisos y autorizaciones a que haya lugar, de acuerdo con lo establecido por la Ley 79 de diciembre 23 de 1988, por la cual se actualiza la legislación cooperativa y por la Ley 454 de agosto 4 de 1998 por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la

Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes anotar que en la P. WEB de la Entidad podrá consultar la normatividad, los conceptos que expresan su criterio sobre temas diversos como los citados, la Cartilla sobre las preguntas frecuentes relacionados con el régimen legal aplicable las SAS, y la Circular Básica Jurídica, entre otros.