

OFICIO 220-003975 DEL 29 DE ENERO DE 2019

REF: NO ES VIABLE EXIGIR CUOTAS DE SOSTENIMIENTO POR ACCIÓN.

Aviso recibo de su escrito radicado con el número citado en la referencia, con el cual formula consulta relativa con el siguiente contexto:

“1. Puede dicha sociedad, con base en una decisión de asamblea general de accionistas, flexionar su objeto social y proceder a causar y cobrar a los accionistas, como actividad permanente, desde su creación y durante toda su existencia jurídica, incluso durante su liquidación privada, cuotas de sostenimiento para pago de mantenimiento de zonas de recreación, instalaciones, servicios públicos, impuestos ante DIAN?”

“2. Puede dicha sociedad, como diligencia permanente y durante toda su existencia jurídica, incluso durante su liquidación privada, proceder a realizar cobros persuasivos o ejecutivos a aquellos accionistas que no paguen las cuotas de sostenimiento.?”

“Ahora bien, caso de mora del accionista en cancelar a la sociedad comercial anónima las cuotas periódicas causadas y no pagadas:

“3. Podría el accionista ofrecer la cancelación de su deuda, mediante endoso en pago con su acción o acciones a la sociedad.?”

“4. Podría el accionista ofrecer el pago de todo lo adeudado con cruce de cuentas con su saldo a favor o remanente, al final de la liquidación.?”

“5. Habría o no lugar a un enriquecimiento sin causa en caso que la sociedad recibiera la dación en pago o el pago parcial en cruce de cuentas con la liquidación privada.?”

“6. En caso de ser procedente la dación, que procedimiento legal debería agotarse tanto por la sociedad como por el accionistas para la entrega de la dación en pago de la deuda?”

“En caso de que la contabilidad de este tipo de sociedades anónimas refleje que la mayor parte de los ingresos de las mismas proviene de actividad no operativa, es decir por la causación y cobro de cuotas de sostenimiento que se atesoran y pagan por los accionistas y que ésta, ha sido su actividad continua y permanente, se consulta finalmente:

“7. ¿Cual es el efecto o sanción jurídica en caso de que dicha actividad permanente, principal y continua para la generación de ingresos, (pero no previstas en los estatutos sociales y consistente en la causación y cobro de cuotas de sostenimiento de un club) resultare, en punto de vista de la Superintendencia, contraria a la ley comercial?.”

Antes de dar paso a la resolución de la consulta, es preciso indicar, que el marco legal de las atribuciones que desarrolla esta Entidad, están dadas conforme al contexto Constitucional en virtud del numeral 24 del artículo 189, artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

Como tantas veces se le ha advertido, este Despacho con fundamento en los artículos en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, y artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, absuelve las consultas que le son formuladas por los usuarios y en esa medida emite una opinión general y abstracta sobre las materias a su cargo, que como tal no tiene carácter vinculante ni compromete su responsabilidad, como quiera que se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca proporcionar una ilustración general.

Las premisas jurídicas anotadas son bien importantes tenerlas en cuenta, en la medida en que esta Superintendencia a través de la consulta no puede ni tiene la potestad Constitucional ni legal, de opinar, discutir, asesorar, en temas sobre los que se encuentran involucrados intereses particulares, dado que sus pronunciamientos son generales y abstractos sobre las materias propiamente regladas.

i) Sobre el primer bloque de inquietudes formulado por el consultante que hacen relación a la no viabilidad de exigir cuotas de sostenimiento a los socios, como tampoco la posibilidad de que por vía estatutaria se introduzcan causales de exclusión de accionistas, baste para ello tan solo traer los apartes de algunos oficios, mediante los cuales esta oficina ha sentado su posición doctrinal, en torno al cobro de cuotas de sostenimiento a los accionistas de una sociedad:

No es viable exigir cuota de sostenimiento.

Por Oficio 49307 del 27 de septiembre de 2004, se indicó lo siguiente:

(...)

“De las consideraciones anteriores, se desprende que la realización de la empresa social a través de una sociedad comercial, no implica el pago de cuotas de sostenimiento, distintas del aporte al capital social de quienes participan como socios en el acto de la constitución, o con posterioridad, mediante el cumplimiento

de las formalidades previstas en la ley para tal efecto, de acuerdo al tipo de sociedad.

“En este orden de ideas, tenemos que las cuotas de sostenimiento exigidas a los socios, no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato de sociedad; pero en todo caso, el máximo órgano social, puede en general adoptar todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados, tal y como lo establece el numeral 6 del artículo 187 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 188 ibídem, sin desconocer lo dispuesto por el artículo 190 del mismo código, el que establece que las decisiones cuando no tengan carácter general, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes; desde luego también, sin perjuicio de la opinión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, entidad a la que corresponde vigilar la actividad del transporte.”

De igual forma, por Oficio 220-40200 del 02 de agosto de 2005, se precisó lo siguiente:

(...)

“Sobre el particular, es pertinente observar que por virtud del contrato de sociedad, dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. (Artículo 98 del Código de Comercio).

“Ahora bien, el artículo 110 ibídem, consagra las disposiciones que debe contener la escritura de constitución, entre las que se cuenta aquella que corresponde al capital social, prevista en el numeral 5º, así: “El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado la clase y el valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año”.

(...)

“De las consideraciones anteriores se desprende que la realización de la empresa social a través de una sociedad comercial, no implica el pago de cuotas de sostenimiento, distintas del aporte al capital social de quienes participan como socios en el acto de la constitución, o con posterioridad, mediante el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley para tal efecto, de acuerdo al tipo de sociedad.

“Así pues, para responder los dos primeros interrogantes debe afirmarse que las cuotas de sostenimiento exigidas a los socios, no son de la esencia ni de la

naturaleza del contrato social; a su vez, tampoco responden a los fines generales del contrato social. Por tanto, a juicio de este Despacho, una sociedad anónima, no puede obligar a sus socios a aportar o cancelar valores adicionales a aquellos que hacen parte del capital suscrito y pagado por éste.”

No es viable establecer causales estatutarias de exclusión en una sociedad anónima

Sobre esta temática, por Oficio 220-008383 del 18 de febrero de 2010, esta Oficina indicó que no es viable establecer causales estatutarias de exclusión en una sociedad anónima, ratificando su doctrina en el siguiente sentido:

“El caso de los accionistas de la sociedad anónima.

(...)

“Así las cosas, ante la ausencia de una previsión expresa, como ocurre en el caso de la sociedad colectiva, o de una remisión al régimen de ésta, como sucede respecto de los gestores de la sociedad en comandita, es necesario examinar si en la forma social anónima, tal y como ocurre a propósito de las sociedades de responsabilidad limitada, a la ausencia de prohibición legal se suma la compatibilidad de la cláusula de exclusión con el régimen legal del tipo. Dicho examen, en opinión de este despacho, conduce a la conclusión de que la exclusión es incompatible con el tipo de la sociedad anónima, razón por la cual no es legalmente viable su estipulación.

“a. La división del capital de la sociedad anónima en acciones que facilitan la suscripción y enajenación de las mismas, tiene por objeto instrumentalizar la vinculación rápida, numerosa e impersonal de capitales al desarrollo de la gran empresa. Si se aborda la anónima como la sociedad por acciones por excelencia, hay que destacar cómo en el artículo 379 del C. Co., en vez de hacerse referencia en forma subjetiva al accionista como titular de derechos, se dispone que cada acción confiere a su titular determinados derechos, quien quiera que sea o como llegue a serlo, es decir, sin distinguir si es suscriptor o adquirente secundario; y es el goce cabal de esos derechos el que depende del cumplimiento de la obligación de pagar en forma completa el aporte correspondiente, quien quiera que sea que pretenda ejercerlos, con base en la propiedad de la acción, o de la constitución de un derecho prendario, o de un usufructo o de una anticresis en su favor.

“Puesto que en el artículo 384 del C. Co. se establece que en el mercado primario de acciones el suscriptor contrae la obligación de sujetarse a los estatutos, y dado que esa obligación también la contrae en el mercado secundario, por adhesión, cualquier futuro adquirente de una acción ya en circulación, cabe preguntarse si entre las disposiciones estatutarias de las cuales se derivan obligaciones exigibles a los accionistas puede incluirse una cláusula de exclusión aplicable en caso de

incumplimiento de alguna o algunas de dichas obligaciones. La respuesta es negativa, pues, tal y como lo puntualizó la Corte Suprema en 1938, en la sentencia citada en forma pertinente por la Intendencia regional de Cali de esta Superintendencia, “...todo accionista, por el solo hecho de serlo, disfruta de ciertos derechos esenciales, intangibles o inviolables por la norma social, pudiendo reducirse ellos a cuatro categorías, a saber: 1º el derecho a percibir una parte proporcional en todos los beneficios, 2º. derecho a participar en el gobierno de la sociedad mediante el voto en las asambleas generales o cuerpo legislativo de la entidad; 3º. derecho a recibir una parte proporcional en el activo social en caso de liquidación de la sociedad; 4º, derecho a negociar el título según las formas comerciales. (-) Los estatutos de la sociedad que son a modo de la carta constitucional en las democracias, deben desarrollar estos “ cuatro principios cardinales, reglamentándolos mediante la consagración de fórmulas, con las cuales se definan y desenvuelvan esos derechos en forma más o menos restrictiva, pero en todo caso dentro de límites que no impliquen o no conduzcan a su desconocimiento por caminos indirectos” .

“b- Podría argumentarse que en las sociedades anónimas cuya acción no se inscriba en el mercado público de valores, esto es, en las sociedades “ cerradas” , no se presentan los inconvenientes advertidos, de manera que por lo menos en ellas habría que aceptar la inclusión de tales cláusulas. No obstante lo anterior, hay que precisar que la distinción entre sociedades “ cerradas y “ abiertas” y, en general, entre sociedades con valores inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios no está consagrada en el Código de Comercio. La única previsión normativa relacionada con la introducción de una acción en el mercado público se refiere a la ineficacia automática y temporal de cualquier restricción estatutaria a la libre negociación de acciones en los términos del inciso 2º Art. 404 del C. Co., por como tal, no hay sociedades anónimas cerradas; así que éstas entran y salen al mercado sin que ello implique ninguna alteración en cuanto los estatutos sociales, ni a los derechos inherentes a sus titulares.

“Por las consideraciones expuestas este Despacho se ratifica en su doctrina, en el sentido de que no es viable establecer causales estatutarias de exclusión en una sociedad anónima, pues amén de la autonomía de la voluntad privada, cláusulas de esta índole no resultan compatibles con la naturaleza del tipo social” (Destacado es nuestro).

“De otra parte, tampoco resulta ajustado a la legislación mercantil imponer cargas adicionales a los accionistas relacionadas con la administración de la compañía, en la medida en que únicamente están obligados al aporte en los términos de la suscripción realizada, y que los gastos de funcionamiento de la empresa social deben ser atendidos por la actividad de la compañía.”

ii) En relación al segundo bloque de inquietudes, por ser una discusión netamente particular relacionada sobre las formas o modos de cancelación de la obligación de las cuotas de sostenimiento exigidas a los socios como las consecuencias de dichos pagos, dado que a través del mecanismo de consulta no le es posible esta Oficina opinar, discutir, asesorar, en temas sobre los que se encuentran involucrados intereses particulares, como tampoco es el medio idóneo para definir la instrumentalización del pago de la obligación, como sus consecuencias, por cuanto ello no es función para la cual está la modalidad de consulta.

iii) Sobre la sanción jurídica por desarrollar actividades no previstas en los estatutos como la de causar y cobrar cuotas de administración o sostenimiento, que no tienen relación directa con el objeto social, es necesario revisar cuidadosamente la escritura pública de constitución de una sociedad, en particular, el numeral 4° del artículo 110 del Código de Comercio¹.

1 4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;

Sin embargo tal y como se dijo anteriormente, la consulta no es el medio para definir, calificar el tipo de sanción aplicable; en todo caso, cualquier diferencia por la realización de actividades sociales que no tengan relación directa con el objeto principal, a la luz de la previsión legal anotada, puede resolverse en sede jurisdiccional ante esta Superintendencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del art 24 del Código General del Proceso, sin perder de vista lo acordado en los estatutos sociales sobre los mecanismos de resolución de los conflictos sociales.

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 el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la P.Web de la Entidad, la normatividad, los concepto jurídicos alusivos con el tema u otro cualquiera de su interés.