

## OFICIO 220-087485 DEL 10 DE JUNIO DE 2014

### ASUNTO: PRESTAMOS DE MUTUO POR PARTE DE UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Me refiero a sus escritos radicados en esta Entidad con los números 2014-01-237382 y 2014-01-239372, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta relacionada con préstamos de mutuo por parte de una SAS, en los siguientes términos:

1. Si una Sociedad por Acciones Simplificada, puede prestar dinero a título de mutuo a una persona jurídica o natural con fines de lucro, cuando en su objeto social determinado, no se menciona esta clase de actividad financiera.
2. Si dicha Sociedad, está en capacidad de prestar DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000,00), cuando su capital suscrito y pagado asciende a la suma de diez millones (\$10.000.000,00) de pesos.
3. En caso de poder ejercer la actividad de “prestamista” con fines de lucro, se necesita alguna autorización por parte de esta entidad para tal fin.
4. Qué entidad del estado ejerce la vigilancia sobre las personas jurídicas que ejercen la actividad colocar recursos a interés y a qué normatividad debe someterse la empresa “prestamista”.
5. Qué mecanismos puede usar la Fundación Universidad INCCA de Colombia, para conocer el origen de los recursos del prestamista, toda vez que su objeto social no es la actividad financiera.

Al respecto, me permito manifestarle que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es función de la Superintendencia de Sociedades la de absolver las consultas de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo traer a colación el Oficio 220- 066247 del 23 de mayo de 2011, a través del cual se expone el criterio respecto al contrato de mutuo como actividad principal en sociedades del sector real, aplicable a todos los tipos societarios, incluidas las SAS, el cual es del siguiente tenor:

“Me refiero a su comunicación radicada bajo No. 2011-01-128938, mediante la cual consulta si sociedades sujetas a la inspección y vigilancia de este Despacho pueden tener establecido en su objeto social el contrato de mutuo o préstamo de dinero como actividad principal.

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 conexa 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 accesorio, 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 accesoria, 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.

De otra parte, la información susceptible de ser conocida por terceros es la que tiene carácter de pública y que se encuentra en los estados financieros de la sociedad, sin que sea obligatorio para la sociedad entregar información adicional a quienes no son accionistas o siéndolo, lo soliciten por fuera de los plazos para el ejercicio del derecho de inspección.