SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 220-059522 DEL 03 DE ABRIL DE 2009

REF.: MORA EN EL PAGO DE LAS ACCIONES Y OTROS TEMAS.

Me refiero a su escrito radicado en este Despacho con el número 2009-01-06323, por medio del cual describe unas situaciones que vienen presentándose en una sociedad y eleva varias inquietudes al respecto. La consulta dice:

Consulta:

*"**1.** El día 30 de noviembre de 2007 fue inscrita en Cámara y Comercio la escritura pública de la sociedad la cual contemplaba un capital suscrito y pagado de $3'000.000 (300 acciones) por accionista. Actualmente 4 accionistas que pertenecen a la Junta Directiva y que además firmaron la escritura pública no han cancelado la totalidad de sus acciones, pese a los informes donde se citan los artículos en materia del código de comercio, presentados por la Gerencia, la Revisoría Fiscal. Al respecto, mediante actas de Junta Directiva se otorgan plazos para los pagos, pero también son incumplidos por los mencionados accionistas.*

***CONSULTA 1**:*

a. ¿Tiene validez adelantar acuerdos de pago sobre las acciones que por escritura se asumen suscritas y pagadas de inmediato?

b. ¿Tienen calidad de accionistas quienes hayan cancelado menos del 20% de las acciones que se asumen suscritas y pagadas por escritura?

c. ¿Tienen derecho de hacer inspección de libros y solicitar información contable y financiera de la sociedad los accionistas morosos?

d. ¿Tienen voz y voto en las asambleas?

***2.** En una asamblea extraordinaria realizada en octubre del año 2008 se nombró nueva Junta Directiva, sin embargo los miembros salientes, argumentan nulidad en la votación de esa asamblea debido a que había un 30% de acciones sin pagar por otros accionistas que habían suscrito acuerdos de pago de sus aportes bajo autorización de la Junta Directiva saliente. El Revisor Fiscal manifiesta por escrito los conceptos legales al respecto, pero son omitidos.*

***CONSULTA 2**:*

a. ¿Es válida el acta de esta asamblea dónde se definen los nuevos nombramientos de Junta Directiva?.

b. ¿Aún se puede presentar en Cámara y Comercio las cartas de aceptación de los nuevos nombramientos?

***3.** Algunos socios que firmaron la escritura pública, manifestaron no estar interesados en pagar las acciones y por medio de una cartas de "cesión de cuotas", cedieron sus derechos posteriormente a la inscripción de la escritura en Cámara y Comercio. Los cesionarios pagaron las acciones y quedaron registrados el libro de accionistas.*

***CONSULTA 3**:*
a. ¿Los cesionarios que cancelaron las acciones tienen calidad de accionistas, habiendo recibido "cesión de cuotas" posterior a la inscripción y al pago de las mismas?
b. Si algún cesionario no está interesado en que se legalicen sus acciones, puede impugnar y solicitar que le hagan la devolución del dinero?

***4.** A los 4 meses se evidencia pérdida operacional y la Gerencia y el Revisor Fiscal se pronuncian por la falta de recursos de la empresa en los rubros básicos, como la contratación de contador y/o persona que prepare la información contable, además de los pagos de los pasivos. Los accionistas no toman medidas al respecto y 6 meses después el Revisor Fiscal en Asamblea Extraordinaria informa el estado de la sociedad y el riesgo de disolverse debido a la reducción por pérdida del patrimonio en más del 50%.*

***CONSULTA 4**:*

a. Ante la falta de medidas al respecto y la irregularidad en el pago de aportes, qué acciones debe ejercer la Gerencia y el Revisor Fiscal?

b. Qué medidas legales pueden tomar los demás accionistas?

c. Qué responsabilidad le cabe a la Junta Directiva si conocía de antemano la falta de recursos para preparar la información y cumplir con este requisito legal?"

Antes de referirnos a su consulta, resulta oportuno manifestarle que de conformidad con los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo, y 2º numeral 18 del Decreto 1080 de 1996, es función de esta Oficina la de absolver las consultas de **carácter general** que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulados por la legislación mercantil, pero no asesora sobre hechos particulares y concretos.

No obstante lo anterior, esta entidad procederá a hacer un análisis general del asunto, en el entendido que se trata de una sociedad anónima, por lo que grosso modo se referirá a los temas propuestos, los cuales se desarrollarán a continuación, no sin antes anotarle, haciendo referencia a lo anotado en su escrito, que la Superintendencia conoce cuáles son sus funciones y el término que corresponde por ley (30 días hábiles – Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo) para absolver en el ámbito de su competencia las consultas que se le formulen.

1. Pago de acciones en una sociedad anónima, acciones no pagadas, derechos de los accionistas morosos, medidas que frente a los accionistas morosos puede adoptar una sociedad:

En cuanto al pago de los aportes, conviene traer a colación algunas normas del Código de Comercio que regulan la materia, no sin antes expresar que el aporte constituye un elementos esencial del contrato de sociedad, pues el capital es la garantía que tienen los acreedores para el pago de sus acreencias:

> **Artículo 110:** La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará, entre otros:
>
> "*…5o) 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 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;*" (resaltado fuera del texto).
>
> **Artículo 124:** "*Los asociados deberán entregar sus aportes* ***en el lugar, forma y época estipulados****. A falta de estipulación, la entrega de bienes muebles se hará en el domicilio social, tan pronto como la sociedad esté debidamente constituida*." (resaltado fuera del texto).
>
> **Artículo 125:** "*Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización estipulados en el contrato.*
>
> ***A falta de estipulación expresa*** *al respecto, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios o recursos:*
>
> *1o.) Excluir de la sociedad al asociado incumplido;*
> *2o.) Reducir su aporte a la parte del mismo que haya entregado o esté dispuesto a entregar, pero si esta reducción implica disminución del capital social se aplicará lo dispuesto en el artículo 145; y*
> *3o.) Hacer efectiva la entrega o pago del aporte.*
>
> *En los tres casos anteriores el asociado incumplido pagará a la sociedad intereses moratorios a la tasa que estén cobrando los bancos en operaciones comerciales ordinarias*." (resaltado fuera del texto).

Por su parte el artículo 397 del Código de Comercio, norma especial para las sociedades anónimas, contempla las alternativas a las que puede apelar la sociedad por mora en el pago de las acciones por parte de sus accionistas, con miras a lograr que las personas que entran a formar parte del capital, cumplan con la obligación contraída para con la compañía, cual es el pago de sus aportes, que conlleva a conformar el capital suscrito de la misma, y que es el que constituye la garantía de los acreedores.

Dicha norma prevé que los asociados que no cancelen oportunamente las cuotas que conllevan al pago total del aporte al cual se comprometieron, no pueden ejercer los derechos inherentes a la calidad de accionistas, y la junta directiva de la compañía, puede recurrir a alguno de los arbitrios señalados, a saber:

1. Acudir directamente al cobro judicial.
2. Vender de cuenta y riesgo del accionista moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito inicialmente.
3. Imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

> ***Artículo 130:*** *"En las sociedades por acciones, cada aportante responderá del valor total de la suscripción que haya hecho. Si el pago se hiciere por cuotas, el plazo para cancelarlas no excederá de un año…"*
>
> ***Artículo 373:*** *"La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S A."*
>
> *(…)"*
>
> ***Artículo 376:*** *Al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del cincuenta por ciento del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba.*
>
> ***Artículo 385:*** *"Las acciones no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción…"*
>
> ***Artículo 387:*** *"Cuando el reglamento prevea la cancelación por cuotas, al momento de la suscripción se cubrirá, por lo menos, la tercera parte del valor de cada acción suscrita. El plazo para el pago total de las cuotas pendientes no excederá de un año contado desde la fecha de la suscripción."*

De las normas anteriormente transcritas se puede observar la importancia que el legislador le da al pago de los aportes, al imponerle a los asociados **la entrega de los aportes** que se comprometieron al constituir la sociedad, en las circunstancias de tiempo modo y lugar convenidos, buscando con ello proteger a los terceros que contraten con la sociedad, pues como se advirtió anteriormente, los aportes realizados por los socios pasan a formar parte del patrimonio de la persona jurídica, constituyendo la prenda general de los acreedores.

Ahora, en cuanto al interrogante tendiente a determinar los derechos de los accionistas morosos, resulta muy ilustrativo para el efecto el pronunciamiento emitido por esta Superintendencia al respecto mediante oficio número 220-053980 del 13 de noviembre 2007, cuya parte pertinente me permito reproducir para una mejor ilustración:

"(…)

Dispone el artículo 397 del Código de Comercio: "Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá, a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato".

De la norma transcrita se desprende que si un accionista se encuentra en mora de pagar las cuotas de las acciones suscritas, esto es, cuando no ha cumplido su obligación dentro del término fijado en los estatutos sociales o en el correspondiente reglamento de colocación de acciones según el caso (artículos 110, ordinal 5º y 386 Num. 5º C.Co, y 1608 Num. 1º C.C.), dicho asociado no puede ejercer los derechos que se derivan de tal calidad, entre los que se cuentan el de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y el de votar en ella (artículo 379 Num. 1º C.Co).

La misma prohibición en opinión de este Despacho opera también en los casos en los que el accionista ya no solo ha incumplido con la cancelación de cuotas de las acciones suscritas sino con la totalidad del pago de estas, ya que resultaría inequitativo que un asociado que ni si quiera ha pagado el mínimo que le señala la ley pudiera ejercer los derechos en la sociedad, y que aquel que solo incumplió el pago de una cuota estuviere imposibilitado para hacer uso de los derechos como accionista. Además considerando que se está en mora bien por el incumplimiento del pago de una cuota o bien por el no pago de la totalidad del valor de la acción dentro de los vencimientos estipulados en los estatutos o en el respectivo reglamento de suscripción de acciones.

Ahora bien, la imposibilidad para el accionista moroso de ejercer sus derechos, debe analizarse de la mano con los arbitrios establecidos por la misma norma en los casos en los que la sociedad tiene obligaciones vencidas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, ya que de ello depende la forma en que opere la mencionada restricción.

En efecto, el artículo 397 comentado señala que cuando un accionista esté en mora de pagar sus acciones, la junta directiva debe necesariamente acudir a alguna de las siguientes opciones:

Al cobro judicial.

A vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito.

A imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

La elección y aplicación por parte de la junta directiva de alguna de las alternativas anteriores, permite determinar si el accionista moroso puede hacer uso de sus derechos, por lo menos respecto de algunas de sus acciones.
En el caso en el que se decida iniciar el cobro judicial, se está reconociendo implícitamente el interés de la sociedad de que el accionista moroso continúe como asociado, razón por la cual este podrá ejercer sus derechos con las acciones que le correspondan según lo que hubiese efectivamente pagado, ya que con las participaciones equivalentes al monto adeudado no estará facultado para hacer uso de sus derechos como accionista por expreso mandato legal.

En el evento de que se opte por vender las acciones que el accionista moroso hubiere suscrito, se patentiza el deseo de la compañía de que el mismo no siga participando en el contrato de sociedad, lo cual se traduce en la exclusión de dicho asociado y por consiguiente en la imposibilidad para ejercer los derechos que tenía en la sociedad.

En el supuesto de que se determine imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, es claro que el accionista podrá hacer uso de los derechos que se desprenden de las acciones liberadas.

En este orden de ideas, y para dar respuesta a sus interrogantes, se ha de concluir que en los eventos en los que un accionista se encuentra en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito o la totalidad del valor de estas, el mismo no podrá ejercer los derechos que confiere la calidad de asociado, entre ellos el de deliberar y votar en las reuniones de máximo órgano social, salvo que se trate del ejercicio de derechos derivados de aquellas acciones que le correspondieren según lo que hubiese pagado, y de acuerdo a la aplicación por parte de la junta directiva de los arbitrios contenidos en el artículo 397 del Código de Comercio tal como se explicó."

Adicionalmente, cabe observar que en torno al tercer arbitrio, esta entidad ha indicado que "cuando la junta directiva decide dar aplicación al tercer arbitrio establecido en el tantas veces mencionado artículo 397, imputando las sumas de dinero recibidas por el accionista moroso, con el fin de liberar el número de acciones equivalentes al valor pagado a la sociedad, debe el cuerpo colegiado, previamente a dicha operación, sustraer de las sumas pagadas por el asociado como aportes de capital, el equivalente al 20% que la norma de manera taxativa fija, como contraprestación por los perjuicios que el proceder del accionista le ha causado a la compañía"

"Una vez realizada la anterior operación, la suma que quede debe destinarse a la liberación de un determinado número de acciones, hasta donde lo permita el monto

de dinero que la compañía ha recibido del accionista, teniendo en cuenta el valor que cada acción tenga en ese momento"(Oficio 220-90850 del 1 de octubre de 1999).

Con la anterior posición quedan resueltos los interrogantes relacionados con el derecho de inspección de los accionistas morosos y el derecho de voz y voto en las asambleas.

2. Quiénes tienen la calidad de accionistas en una sociedad anónima:

Para el efecto, resulta oportuno poner de presente, la obligación prevista en el inciso segundo del artículo 195 del Código de Comercio, que a continuación se transcribe: "Las sociedades por acciones tendrán un libro *debidamente registrado, para inscribir las acciones; en él anotarán también los títulos expedidos, con indicación de su número y fecha de inscripción; la enajenación o traspaso de acciones, embargos y demandas judiciales que se relacionen con ellas, las prendas y demás gravámenes o limitaciones de dominio, si fueren nominativas*".

Como se observa, la exigencia del libro de registro de acciones, es imperativa, este documento deberá actualizarse de acuerdo con los hechos económicos o jurídicos que determinen las modificaciones pertinentes, con el fin de que cumpla su finalidad, cual es la de determinar quienes ostentan la calidad de accionistas, así como su participación porcentual en el capital social.

3. Negociación de Acciones:

A la inquietud del peticionario tendiente a determinar que si "…*algún cesionario no está interesado en que se legalicen sus acciones, puede impugnar y solicitar que le hagan la devolución del dinero?*", y como quiera que la pregunta no es clara, el Despacho la absolverá en el sentido de que si los accionistas que no quieren continuar en la sociedad, sería viable reclamarle a la misma la devolución de sus aportes, a lo cual resulta necesario precisar, que la forma de negociar las acciones está prevista en el artículo 403 y siguientes del Código de Comercio, procedimiento al cual deberán allanarse los accionistas cuya pretensión sea la enajenación de las mismas.

4. Registro de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito:

Valga precisar que no es suficiente establecer la ocurrencia de las pérdidas en una sociedad en la proporción que determine la ley como causal de disolución para empezar a contabilizar los seis (6) meses que ofrece para enervarla, sino que es necesario que el máximo órgano social conozca la novedad para que tenga así la posibilidad de determinar la suerte del ente jurídico, pues no sería acorde con el espíritu del legislador, que la norma previera la disolución y posterior liquidación antes de que la asamblea o junta de socios conociera la situación, en pos de ejercer la facultad indelegable que la misma ley le otorga de disponer si en ese evento opta

por ponerle fin a la empresa, o si por el contrario, adopta los correctivos que permitan su continuación, decisión de su exclusiva competencia .

Además, tal y como lo prevé el artículo 458 del Código de Comercio, cuando se verifiquen pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, "...*los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán a la asamblea general, para informarla completa y documentadamente de dicha situación*...", destacándose en dicha norma la responsabilidad de los administradores al respecto.

Ahora, una vez notificada legalmente la asamblea sobre el particular, será ella la que se pronuncie al respecto, correspondiéndole adoptar a la mayor brevedad los correctivos que fueran del caso en pos de salvar la empresa; en caso contrario, la asamblea deberá declarar la disolución y proceder a su inmediata liquidación en los términos previstos en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio.

5. Medidas que pueden adoptar los demás accionistas y responsabilidad de los administradores:

Finalmente, pregunta el peticionario qué medidas pueden adoptar los demás accionistas ante la ausencia de las mismas por parte del gerente y del revisor fiscal, y que responsabilidades recaen en la Junta Directiva al respecto, que conociendo la situación nada hizo sobre el particular.

Vale precisar que la ley mercantil prevé en su artículo 125, que cuando no se haga el aporte en la época convenida, la sociedad empleará los arbitrios estipulados en el contrato a falta de estipulación al respecto, cualquiera de los previstos por ley, situación que ya fue ampliamente explicada en el presente oficio.

Ahora, en cuanto a las responsabilidades de los administradores vale precisar que la ley comercial es clara al expresar cuáles son los deberes que le asisten a los administradores, y cuáles las responsabilidades frente a los desaciertos, descuido o negligencia en el desarrollo de su gestión (Artículos 22 al 25 de la Ley 222 de 1995).

> *" ART. 200.- **Modificado. L. 222/95, artículo 24.** Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.*
>
> *(…)*
>
> *En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá culpa del administrador.*
>
> *(…)"*

Conforme este artículo, el administrador deberá responder solidaria e ilimitadamente por todos los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a la sociedad, a los socios y terceros. Por ninguna razón podrán ser absueltos los administradores de las responsabilidades descritas en este artículo.

> *ART. 23 Ley 222 de 1995.- Deberes de los administradores.- Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

No sobra precisar, que el artículo 24 de la mencionada ley, puntualiza que la responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada, lo cual dimensiona los efectos que a nivel de sus patrimonios individuales pueden tener sus desaciertos, descuido o negligencia en su gestión.

Para mayor información e ilustración sobre los temas societarios, se le sugiere consultar la página de Internet de la Entidad (www.supersociedades.gov.co) o los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos publicados por la misma.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.