

220-67212

Asunto: ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 471.266-0, por medio del cual cita el precepto contenido en el artículo 397 de la Legislación Mercantil y en cuanto hace a la sanción que se establece en él, realiza un análisis legal con base en cual consulta:

- "la posibilidad de renunciar dicho derecho por parte de una sociedad de economía mixta, emisora de las acciones. Lo anterior, en aras de incentivar a los inversionistas, para que en caso que no puedan continuar cancelando las cuotas, se le entreguen las acciones pagadas hasta la fecha sin que la entidad realice descuento alguno".

- "la aplicabilidad de ese 20% a título de sanción, en aras de determinar si es solamente para (a) la última parte del artículo, es decir, que se "imputan las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas" o (b) para todos los casos previstos en el artículo como "cobro judicial, o vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista las acciones que hubiere suscrito".

Al respecto, en cuanto hace a la primera inquietud orientada a determinar si es posible por parte de una sociedad, en particular de economía mixta, renunciar a la aplicabilidad de la sanción del 20% de que trata uno de los arbitrios consagrados en el artículo 397 mencionado, es pertinente realizar de manera breve las siguientes consideraciones de orden temático y jurídico:

OBLIGACION DE PAGAR LAS ACCIONES SUSCRITAS

La obligación principal de la persona que suscribe una acción o un determinado número de acciones representativas del capital en una sociedad, es la de realizar el pago respectivo con el fin de obtener la liberación de ellas. Si bien existen otras obligaciones, es claro que están sometidas en su mayor parte a las estipulaciones consagradas en los estatutos sociales.

Diversas disposiciones hacen referencia a dicha obligación, entre ellas los artículos 110, numeral 5, 130, 345 y 387 del Código de Comercio, señalando este último que "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", con lo que se reitera la regla general que establece el art. 345 ibidem.

CONSECUENCIA DEL NO PAGO DE LOS INSTALAMENTOS DENTRO DE LOS PLAZOS ACORDADOS

El incumplimiento por parte del suscriptor en el pago de los instalamentos dentro de los plazos pactados, para cubrir la totalidad del valor de las acciones suscritas bien en el momento de constituirse la sociedad o en posteriores emisiones, implica que el accionista no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas, amén de que se considera que el aporte no se ha realizado de manera efectiva y por lo tanto, la Junta Directiva debe optar por una de las determinaciones que establece el artículo 397 del Código de Comercio.

INTERESES AFECTADOS POR EL NO PAGO

En la unión de voluntades para la constitución de una sociedad, la ley procura por encima de otras circunstancias, la protección de los intereses de sus componentes, concediéndole a sus miembros amplia iniciativa para administrar sus bienes y establecer parámetros dentro de los cuales se desarrollarán sus relaciones jurídicas.

Es con base en la manifestación de dicha voluntad, enmarcada dentro de los parámetros previamente establecidos, como pueden entonces sus componentes desarrollar sus relaciones jurídicas y adoptar las decisiones más convenientes a sus intereses.

NORMAS DE ORDEN PÚBLICO Y PRIVADO

Es claro que las normas jurídicas conllevan un marco al cual deben ajustarse los destinatarios de las mismas. Al respecto, el profesor Augusto González Ramírez, afirma que "toda norma jurídica es una regla de conducta externa de obligatorio cumplimiento, empero ese "obligatorio cumplimiento" no es exactamente igual en toda clase de preceptos de derecho, pues los hay unos con pretensión de vigencia mayor que otros. En efecto, el imperio de todas las normas no es de igual manera e idéntica intensidad, pues una cierta categoría se caracteriza por su forma rígida y absoluta, a diferencia de otro grupo de condición eminentemente limitada y relativa".

"Desde este punto de vista, es decir, de su "obligatoriedad", de su imperio, las normas o leyes se pueden dividir en los dos grupos siguientes:

1. Leyes de Orden Público y
2. Leyes de Orden Privado.

Sobre las leyes de orden público expresa que "las normas de Orden Público o "taxativas" son imperativas y absolutamente obligatorias, que mandan independientemente del querer de los individuos, tienen como finalidad principal la protección y regulación de los intereses superiores de la colectividad(seguridad del Estado, resguardo de las buenas costumbres, defensa de los derechos de terceros, etc.) y no pueden, por tanto, ser modificadas ni derogadas por la voluntad de los particulares□" y cita lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, que a la letra dice: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".

Respecto de las Leyes de Orden Privado, afirma que "las normas de Orden Privado no tienen el carácter absoluto ni son tan imperativas como las de Orden Público, sino que ellas son dispositivas o supletivas de la voluntad de las personas, tienen la finalidad de proteger los intereses individuales y pueden, por tanto, ser derogadas por la libre determinación de los particulares. De ahí que todos aquellos derechos que únicamente atañen al interés privado de los sujetos pueden renunciarse, por ser objetos de transacción" e igualmente alude al artículo 15 del Código Civil que dispone que "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

"Estas normas no imperativas son "dispositivas" cuando han sido establecidas por el Poder Público para que tengan valor únicamente en caso de que la voluntad de las partes no aparezca expresamente manifestada en forma distinta. En muchas circunstancias la ley deja a los particulares la libertad de "disponer" de algunos derechos privados, siempre y cuando con ello no infrinjan las normas taxativas o de orden público. (Introducción al Derecho □ Segunda Edición- Páginas 128,129 y 130).

Tenemos entonces como dentro de las disposiciones establecidas en los ordenamientos legales, existen normas que permiten dentro del marco legal que las consagra, señalamientos que dan vía al libre juego de las voluntades, como son las denominadas dispositivas o supletivas o bien otras, en las cuales la voluntad de las partes está sometida a lo dispuesto en las normas y por lo tanto, el acatamiento de las mismas es obligatorio y las hace de forzosa aplicación.

ARTICULO 397 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Para determinar su carácter, es preciso remitirse a lo dispuesto en el artículo 397 ibidem:

"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 por 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"

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, y examinado el contexto dentro del cual se desarrolla la disposición citada, particularmente su finalidad, es claro que si bien es cierto debe recurrirse a la aplicación de algún arbitrio de los indicados en aras a lograr la efectiva conformación de la totalidad del capital social, no menos es que con ello se busca satisfacer intereses eminentemente particulares, donde la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante en la toma de la decisión que mejor convenga a los intereses de la sociedad en un momento determinado.

Ahora bien, partiendo de la base de que el arbitrio al cual decida acudir el órgano social competente para lograr la efectiva conformación del capital social sea el de "imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas.", no hay duda alguna que la sanción que se consagra, consistente en deducir de las cuotas pagadas un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, está establecida exclusivamente a favor de la sociedad, independientemente de si la misma es de economía mixta y por lo tanto, nada obstaría, para que previa evaluación de las circunstancias que ocasionaron el incumplimiento de las obligaciones inicialmente contraídas por los asociados, y determinado si realmente se presentaron o no perjuicios a la sociedad, se decida no hacerla efectiva, lo cual queda a discreción de la Junta Directiva.

Valga anotar que la sociedad de economía mixta se rige por las reglas del derecho privado, salvo que la participación estatal sea igual o superior al 90 % del capital social, evento en el cual se le aplican las normas propias de las empresas industriales y comerciales del estado.

AMBITO DE APLICABILIDAD DE LA SANCIÓN DEL 20%

Respecto a la segunda parte de su consulta, relacionada directamente con la aplicabilidad del 20% a título de indemnización por perjuicios, es pertinente manifestarle que este mecanismo procede única y exclusivamente frente al tercer arbitrio contemplado en el citado artículo 397, como de manera expresa lo señala la ley.

Al respecto, 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).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta claro como antes se indicó, que si bien los perjuicios se presumen causados y por ende puede efectuarse la deducción correspondiente sin necesidad de entrar a probar la existencia ni el monto de los mismos, es dable que eventualmente el órgano competente, decida renunciar a hacer efectiva la deducción.

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