

OFICIO 220-039926 DEL 18 DE MARZO DE 2014

ASUNTO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES – CONTRATO POR SUSCRIPCIÓN SUCESIVA.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2014-01-067610, mediante la cual informa que de conformidad con el resultado de su consulta personal en visita efectuada a las instalaciones de esta entidad el día 10 de febrero, solicita que se le precisen algunas inquietudes que se les han venido presentando durante el proceso de promoción y gestación del proyecto de frigorífico y planta de beneficio animal en el Municipio de Villanueva — Casanare: mediante la utilización del mecanismo jurídico de la referencia.

INQUIETUDES

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del programa de fundación y del llamado contrato de suscripción?
2. Dado que durante el proceso de promoción y estructuración del frigorífico es absolutamente necesario adelantar actividades previas fundamentales que permitan agregar valor al proyecto ofrecido, tales como:

Promoción

Estructuración Jurídica, financiera y técnica)

Diseños y estudios técnicos (previos y definitivos)

Gerencia de proyectos

Adquisición de predios

Consulta de normas

Licencia de urbanismo

Licencia de construcción

Permisos ambientales

Trámites ante el INVIMA

Trámites ante el Ministerio de Agricultura

Trámites ante el ICA

Servicio públicos domiciliarios etc.

¿Cómo pueden los promotores que aportan el capital de riesgo para el adelantamiento de todos estos trabajos e inversiones asegurar jurídicamente sin incurrir en ninguna falta comercial o societaria la recuperación de dichos recursos?

3. ¿El contrato de suscripción de acciones es un contrato de asociación?; y ¿Entre quienes se debe firmar el contrato de suscripción de acciones?

a) El promotor y el futuro inversionista

b) La fiduciaria y el futuro inversionista

c) Solo el futuro inversionista

4. ¿El contrato de suscripción de acciones constituye una aceptación de la oferta, es un contrato de promesa o es un simple acto jurídico unilateral?

5. Cuál es el papel jurídico del promotor, queda vinculado con los serían sus responsabilidades frente al estado?

Para responder **el primer interrogante planteado**, es preciso observar que la constitución de una sociedad por suscripción sucesiva, se caracteriza por la posibilidad legal de conceder un periodo de gestación en el cual la sociedad no se ha constituido ni surgido como persona jurídica, lapso durante el cual, los promotores realizan todos los actos preparatorios para que la sociedad sea viable, entre los que se cuenta el de conseguir los socios y recaudar los aportes correspondientes.

En este sentido, los artículos 50 y 51 de la ley 222 de 1995, dispone lo siguiente:

“Artículo 50. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCION POR SUSCRIPCION SUCESIVA.

En la constitución por suscripción sucesiva, los promotores elaborarán el programa de fundación junto con el folleto informativo de promoción de las acciones objeto de la oferta.

El programa de fundación será suscrito por todos los promotores.

El folleto informativo deberá ser suscrito además, por los representantes de las entidades que se encarguen de la colocación de la emisión o del manejo de los recursos provenientes de la suscripción.

El programa de fundación y el folleto informativo se inscribirán en la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde se vaya a establecer el domicilio principal de la sociedad.

Artículo 51. CONTENIDO DEL PROGRAMA DE FUNDACION.

El programa de fundación contendrá, por lo menos, las siguientes estipulaciones:

1. El nombre, nacionalidad, identificación y domicilio de todos los promotores.

2. El proyecto de los estatutos.

3. El número, clase y valor nominal de las acciones.
4. El monto mínimo al que deberá ascender el capital suscrito, el número de emisiones, el plazo, y demás condiciones para la suscripción de acciones y el nombre de la entidad donde los suscriptores deben pagar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas.
5. Cuando se proyecten aportes en especie, se indicarán las características que deberán tener y las condiciones para su recibo.
6. La forma de hacer la convocatoria para la asamblea general constitutiva y las reglas conforme a las cuales deba celebrarse.
7. La participación concedida a los promotores, si fuere el caso.
8. La forma como deberán manejarse los rendimientos provenientes del capital aportado y los gastos en que incurran los promotores.

De acuerdo con lo anterior, las personas que adelantan estas gestiones, de acuerdo con la ley comercial, se denominan promotores, quienes tienen la obligación de elaborar un folleto informativo de promoción de acciones, el programa debe depositarse en el registro mercantil del lugar del domicilio principal de la sociedad, tal y como lo establece el inciso 3° del artículo 50 de la ley 222 de 1995; si dentro de los seis meses siguientes a la celebración de la asamblea constituyente, no se ha otorgado la escritura correspondiente a la constitución de la sociedad, los suscriptores podrán solicitar la restitución de los aportes. (Artículo 59 de la ley 222 de 1995).

La Ley 222 de 1995 no consagró una definición para los promotores cuando se trata de la constitución sucesiva de la sociedad anónima; por lo tanto, habrá que acudir a la definición general, que establece el artículo 140 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

“Son promotores quienes hayan planeado la organización de una empresa y presentado estudios técnicos de su factibilidad. Dichos promotores responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas para constituir la sociedad y si ésta no se perfecciona, carecerán de toda acción contra los presuntos constituyentes”.

Entonces, el promotor es la persona natural o jurídica que por iniciativa propia se encarga de idear, promover y cumplir las formalidades legales para llevar a cabo la constitución de una compañía; afirma el doctor Francisco Reyes Villamizar, que el promotor, al igual que el fundador del sistema francés, “es la persona que toma la iniciativa de crear la sociedad, se encarga de reunir los socios y los capitales y de cumplir las formalidades legales necesarias para llegar a constituir la sociedad” Reforma al régimen de sociedades y concursos, segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1999. Pág. 223.

El promotor, por tanto, es la persona natural o jurídica que se ha encargado la tarea de idear y desarrollar todo el proceso de fundación de una sociedad, o ha tenido la original iniciativa de su creación. Tiene como propósito la materialización de la idea, realiza los trámites previos, los actos preparatorios y deben asumir la responsabilidad por los actos anteriores a la constitución de la sociedad, toda vez que a partir de ese momento y una vez que sea aprobada su gestión, por la asamblea constituyente, cesa su responsabilidad.

Efectuadas las consideraciones que anteceden, es del caso observar que en cuanto a la naturaleza jurídica de programa de fundación, la doctrina tiene dos posiciones distintas a saber: algunos sostienen que se trata de un acto jurídico unilateral de oferta de negocios, mientras que para otros, dicho documento no se puede considerar como una verdadera oferta de contrato, sino una mera invitación a participar en un negocio.

En este sentido, el Doctor Rafael Bernal Gutiérrez ha sostenido: “Nuestra normatividad no trae ninguna alusión al respecto pero, en mi entender y si nos atenemos a la función que, como veremos, cumple el programa dentro del trámite de la constitución por suscripción sucesiva, no cabe la menor duda que se trata de una oferta de contrato a la cual se responde con la manifestación de adhesión expresada a través del contrato de suscripción del pretense accionista” BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. La Constitución de Sociedades Anónimas por Suscripción Sucesiva, Reforma al Código de Comercio y otros temas. Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín y Biblioteca Jurídica Dike.

En el mismo sentido, el Doctor Francisco Reyes Villamizar en su libro “Derecho societario, editorial Temis 2002, afirma: “...el programa de fundación constituye un acto jurídico unilateral de oferta dirigido a los posibles suscriptores de las acciones en que habrá de dividirse el capital de la sociedad.”. Igualmente, Enrique Gaviria Gutiérrez señala que el programa de fundación es “una oferta en firme que contiene los diversos aspectos de carácter jurídico económico atinentes a la suscripción propuesta, a la sociedad que de ella ha de resultar y al itinerario que deberá ser recorrido para pasar con éxito de la primera a la segunda” (Nuevo Régimen de Sociedades, primera edición. Biblioteca jurídica DIKE. Medellín. 1.996).

La opinión de este Despacho, coincide con las anteriores en cuanto que el programa de fundación, corresponde a un acto jurídico unilateral que reúne todas las características de una verdadera oferta, en los términos del artículo 845 del Código de Comercio, en la medida en que las condiciones preestablecidas en el programa de fundación, son de obligatorio cumplimiento, al punto que de acuerdo con el artículo 54 ibídem, en el evento en que la suscripción acordada no se cubra en su totalidad dentro del plazo previsto, los contratos de suscripción se resolverán de pleno derecho y la entidad respectiva, reintegrará la totalidad depositada a cada suscriptor. Por tanto, la oferta debe culminar con la suscripción del contrato de suscripción de acciones, cumplido el cual, debe procederse por parte de los promotores a la convocatoria a la asamblea general constituyente en la forma y plazo previstos en el programa de fundación.

En lo que corresponde a la naturaleza del contrato de suscripción, también muchos tratadistas coinciden en que se trata de un contrato, preparatorio de la sociedad, denominado “contrato de suscripción accionaria”, donde cada suscriptor forma un vínculo contractual propio con los promotores. Este contrato de suscripción se concluiría “bajo la condición suspensiva de la aprobación de la asamblea constituyente, es decir, de la suscripción de todo el capital indicado en el programa.”

En todo caso, debe tenerse en cuenta que corresponde a la manifestación unilateral de voluntad del inversionista o suscriptor de adherirse a un contrato de asociación con ánimo de lucro, que se encuentra bajo condición resolutoria; y el compromiso de pagar unos aportes a una sociedad que se espera que nazca. De este contrato de asociación surge para sus asociados la obligación de realizar un aporte.

Para resolver el **segundo punto**, habrá de tener en cuenta, la disposición restrictiva contenida el artículo 55 ibídem, que al respecto establece lo siguiente: “ No podrá disponerse de los aportes mientras no se otorgue la escritura pública de constitución de la sociedad, salvo para cubrir los gastos necesarios para su constitución” ; por su parte, el artículo 60 de la misma ley, señala lo siguiente: Constituida la sociedad, esta asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y restituirá los gastos realizados por éstos, siempre y cuando su gestión haya sido aprobada por la asamblea general constituyente....” Previsión de la que se desprende que si a juicio de la asamblea constituyente deben hacerse gastos necesarios para la operación del negocio que proyecta realizar la sociedad por constituir, la asamblea podría autorizar el pago de esos gastos.

Ahora bien, dentro del esquema de la constitución de una sociedad por suscripción sucesiva, no está prohibido que los promotores suscriban el contrato de suscripción, en tal virtud, el aporte de capital de riesgo, podría quedar consignado en un contrato de suscripción de acciones, en los términos previstos en el folleto informativo de promoción de acciones objeto de oferta.

En el entendido que las **preguntas tercera y cuarta**, han sido resueltos en los dos anteriores, quedaría pendiente la relacionada con el papel que juega el promotor y su vinculación con los inversionistas, tema que también se ha dilucidado a lo largo de esta consulta, en la que se ha desarrollado el papel del promotor, quien tiene a su cargo la materialización de los trámites previos a la constitución de una sociedad, cuya responsabilidad se concreta a los actos anteriores a su constitución, sin que tenga ningún vínculo con los inversionistas, máxime que a partir de ese momento y una vez que sea aprobada su gestión por la asamblea constituyente, cesa su responsabilidad. En todo caso, señala el inciso 2º del artículo 59 de la misma ley, que los promotores responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad, hasta la celebración de la asamblea general constituyente.

En los anteriores términos se han atendido los interrogantes formulados, desde luego, teniendo en cuenta los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.