

OFICIO 220-050194 DEL 06 DE MARZO DE 2017

REF: DISTRIBUCIÓN DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES UNA VEZ CAPITALIZADA

Aviso recibo de su escrito radicado con el No. 2017-01-026484, mediante el cual previa exposición de las consideraciones que estima conducentes sobre la prima en colocación de acciones, formula los siguientes interrogantes:

1. Al capitalizar la prima en colocación de acciones o cuotas, ¿es posible que el accionista/socio que pagó el valor de la prima, suscriba en forma exclusiva las acciones o cuotas que hayan de suscribirse con ocasión de la capitalización futura de la prima en colocación de acciones/cuotas?
2. Al capitalizar la prima en colocación de acciones o cuotas, es posible que el accionista/socio que pagó el valor de la prima, suscriba en forma diferenciada o sin tener en cuenta su proporción en el capital de la sociedad, las acciones o cuotas que hayan de suscribirse con ocasión de la capitalización de la prima?
3. ¿Es posible que los accionistas/socios que no pagaron/aportaron a la sociedad el valor de la prima en colocación de acciones, renunciar a su derecho de suscribir acciones o cuotas con ocasión de la capitalización de dicha prima? En caso afirmativo, ¿puede dicha renuncia tener lugar en el momento en que se hizo la capitalización inicial con la prima en colocación de acciones/cuotas que será objeto de una capitalización futura?

Sobre el particular se debe anotar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Efectuada dicha aclaración, procede efectuar las siguientes consideraciones generales a partir de la doctrina vigente de esta Entidad, que se ha ocupado en extenso sobre el tema, comenzando por señalar que el concepto de prima en colocación, corresponde al mayor valor cancelado del nominal del capital o del aporte, lo que permite afirmar que por su origen, es una parte de aquél cuyos recursos están a disposición de la compañía mientras se mantengan en el superávit del capital.

A ese propósito ilustra entre otros el oficio 220-039144 del 29 de junio de 2010, cuyos apartes se traen a colación.

“(…)

“1. CAPITALIZACION DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN

Sea lo primero señalar que cuando quiera que una sociedad por acciones pretenda aumentar su capital suscrito, por regla general, debe proceder a realizar una oferta de acciones en los términos de la ley, de los estatutos y en particular del reglamento de suscripción. Dicho reglamento debe indicar el precio en que será ofrecida la acción, que en todo caso no será inferior al valor nominal (artículo 385 C.Co), lo cual quiere decir que puede colocarse por un valor diferente y en todo caso superior al valor nominal de la acción.

La diferencia entre el valor nominal y el valor pagado por la acción, es lo que se entiende por prima en colocación, que en últimas son recursos de que dispone la empresa pero que siguen a disposición de los asociados para darle un destino final.

Se trata entonces de una ganancia obtenida por la compañía, auspiciada por los mismos accionistas o por terceros interesados en participar en la compañía, pero sin tener la connotación de capital suscrito o de pasivo externo a favor de los accionistas. Es en este contexto que el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993 define la prima en colocación como el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, y es por ello que ordena su registro contable, plenamente individualizado y por separado dentro del patrimonio.

Ahora bien, es claro para el Despacho que cuando se liberan acciones o cuotas con cargo a la prima en colocación, los dineros ya han ingresado a la sociedad anticipadamente con cargo al excedente pagado en una anterior colocación, y las acciones así entregadas han sido real y efectivamente canceladas.

2. DISTRIBUCION DIRECTA DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DIRECTAMENTE A LOS ASOCIADOS

Sobre este particular es conveniente precisar que si bien los dineros obtenidos en desarrollo de una capitalización realizada por encima del valor nominal de las acciones ingresan al activo social de la compañía, es al máximo órgano social a quien corresponde señalar el destino de la diferencia entre el precio y el valor nominal (prima) que se registra como superávit de capital.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la regulación del Código de Comercio guarda silencio absoluto en cuanto concierne a la eventual distribución de la prima entre los asociados procede remitirse al Estatuto Tributario en procura de determinar su tratamiento.

(...)

Para disponer de la prima en colocación, el máximo órgano social habrá de reunirse en los términos de la ley y los estatutos y observar las mayorías especiales para la distribución de este superávit, o en su defecto habrá de observar las mayorías generales establecidas en los estatutos para la toma de decisiones.

En todo caso no debe olvidarse que las decisiones de la junta de socios o de la asamblea general sólo obligarán a todos los socios, incluso a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y se ajusten a las leyes y a los estatutos (Artículo 188 C.Co.). **La decisión de distribuir la prima sea en acciones o sea en efectivo, únicamente tendrá el carácter general si afecta por igual a todos los asociados, es decir, cuando se acuerde distribuir en proporción a la participación en el capital social.** (la negrilla no es del texto).

Así mismo es pertinente retomar lo expuesto por esta Entidad mediante Oficio AN-09195 de Abril 23 de 1990, relacionado con la capitalización de la prima, que aplica igualmente cuando se trate de la distribución directa de este superávit:

"Ahora bien, si se opta por la aludida capitalización, considera este Despacho que aunque no todos los accionistas hayan adquirido partes alícuotas con prima de colocación, todos pueden participar de dicha capitalización ya que así algunos no hayan contribuido a la creación y formación de ese superávit por no haber suscrito en su momento las acciones colocadas con tal prima, sí han contribuido al incremento del patrimonio social, hecho éste que como se dijo es el fundamento de la nombrada prima.

Y más aún, también es de la opinión que no puede la asamblea general de accionistas disponer que la referida capitalización beneficie únicamente a aquellos accionistas que hubieren hecho pagos por concepto de prima en colocación, en razón a las siguientes consideraciones:

Proceder de tal manera, implicaría indudablemente un desmedro en los reales derechos del accionista no aportante de la prima, quien como se dijo ya ha contribuido a la valoración de los aportes iniciales y que es lo que sirve de sustento para el cobro de la anotada prima, precisamente para guardar el equilibrio en la relación aportes-accionistas.

La prima en colocación aunque no obedece propiamente al concepto de utilidad entendiendo por ésta los mayores ingresos frente a los egresos en el ejercicio de la empresa social durante un período determinado (ejercicio social), sí es un superávit de capital, y por lo tanto un componente del patrimonio social, en el cual

se registra además del capital, todas aquellas sumas que realmente se constituyen en la ganancia o pérdida de los aportantes de dicho capital y no solamente de algunos.

Todas las sumas que integran el patrimonio, ya sea a título de utilidades, reservas o superávit están llamadas, al momento de su distribución, bien sea durante el curso de la vida social o al momento de la liquidación, a repartirse en forma proporcional a los aportes de los asociados, salvo que otra cosa se disponga en el contrato social...."(resaltado fuera de texto)

Por lo expuesto, frente a los interrogantes formulados, en concepto de este Despacho es dable concluir:

1. El máximo órgano social no puede disponer que la capitalización de la prima en colocación de acciones beneficie únicamente a aquellos accionistas que hubieren hecho pagos por concepto de prima en colocación, toda vez que ello como se anotó, implicaría indudablemente un desmedro en los reales derechos del accionista no aportante de la prima, quien ha contribuido a la valoración de los aportes iniciales y que es lo que sirve de sustento para el cobro de la anotada prima, precisamente para guardar el equilibrio en la relación aportes-accionistas.

Menos aún podrá tener ese accionista aportante de la prima, un derecho preferente en una capitalización, pues se reitera, todos los accionistas tienen el mismo derecho de participar en aquélla, dado que todos han contribuido al incremento del patrimonio social.

2. En consecuencia, todos los accionistas, incluido el aportante de dicha prima, recibirá acciones en caso de que aquélla se capitalice, en proporción a su participación en el capital social, sin que sea dable que pueda tener un trato diferencial frente a los demás.

3. Sin perjuicio de lo anterior, los demás accionistas podrían renunciar al derecho que les asiste en la aludida capitalización, pues la legislación comercial no lo prohíbe, aunque sería un escenario poco probable, dado que la renuncia implicaría la disminución en la participación accionaria.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no sin antes advertir que en la P. WEB de esta entidad www.supersociedades.gov.co puede consultar directamente la normatividad, los textos de los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia incluidos los señalados y la Circular Básica Jurídica, entre otros.