

OFICIO 220-152497 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 2015

Ref: REPRESENTACIÓN ACCIONES MENORES DE EDAD-EMISIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES-CAPITALIZACIÓN ABUSIVA Y OTROS

Me refiero a su escrito radicado con el No. 2015-01-412176 del 14 de octubre de 2015, mediante el cual, previa relación de una serie de consideraciones, formula los siguientes interrogantes:

1. Existe algún conflicto de intereses, en que el representante legal de la sociedad represente las acciones propias y las de sus hijos? Lo anterior debido a que puede usarse indebidamente el derecho al voto, afectando los intereses de los otros accionistas.
2. Es lícito sacar a la venta acciones sin considerar estas deudas?
3. Al emitir estas acciones, ¿no habría una capitalización abusiva?
4. ¿Se debe realizar un avalúo previo de los bienes de la empresa para conocer el valor real de las acciones, si el accionista impedido en capitalizar, quiere colocar en venta sus acciones? Y si se debe realizar el avalúo, como se puede hacer?

Aunque es sabido, no está demás advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 28 del nuevo C.P.C.A., emite los conceptos de carácter general a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, atendiendo que sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas de su resorte, lo que explica que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad.

De ahí que mal puede esta oficina, al amparo del derecho de petición en la modalidad de consulta, asesorar o emitir pronunciamiento alguno sobre la legalidad de actos o decisiones de los órganos sociales en particular, menos tratándose asuntos relativos a sociedades sujetas a su vigilancia, sobre los que la Superintendencia en ejercicio de sus facultades tendría vocación para conocer, bien como autoridad administrativa o judicial, lo que obviamente impide referirse a sus inquietudes de manera puntual.

Bajo ese presupuesto procede efectuar unas consideraciones generales sobre los temas a que aluden los interrogantes formulado, a partir de la doctrina de la misma Entidad.

1. REPRESENTACIÓN DE ACCIONISTAS MENORES DE EDAD

El artículo 185 del Código de Comercio señala: “Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en el ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran...”.

Por su parte, como esta entidad lo ha señalado, la patria potestad se ejerce de manera conjunta por ambos padres salvo que haya sido conferida por un Juez a uno solo, o que uno de los padres de poder a otro. Así se indicó en el oficio 220-164002 del 19 de noviembre de 2011, algunos de cuyos apartes se extraen a continuación:

“(...)

“Justamente, para el caso que nos ocupa, encontramos que el artículo 307 del ordenamiento civil dispone que "Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos **conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.**

“Si uno de los padres falta, corresponderían los mencionados derechos al otro”.
(Subrayado y destacado fuera de texto)

Así las cosas, resulta claro, respecto de los socios menores de edad, que su representación al interior de la sociedad la adelantan conjuntamente sus padres, a menos que alguno de ellos no detente la patria potestad sobre el menor o haya delegado en forma expresa, por escrito, tal facultad en el otro; por lo tanto, la convocatoria a reuniones del máximo órgano social deberán ser remitidas a las personas que ejerzan la patria potestad sobre el menor, quienes, en caso de tratarse de padre y madre del mismo, determinarán si asisten juntos a la reunión en representación del socio menor, el uno delega en el otro la representación, o juntos, de común acuerdo, deciden delegarla en un tercero.

En el evento que la patria potestad recaiga sobre ambos padres y sólo uno de ellos acuda a la reunión en representación del socio menor sin que le haya sido delegada, expresamente y por escrito, la representación por parte del otro miembro de la pareja, es clara la norma en disponer que éste carece de facultad para adoptar cualquier determinación a nombre del menor, lo cual no resulta óbice para que, dadas las circunstancias, puedan adelantarse ante la justicia ordinaria las acciones civiles respectivas contra el progenitor o representante legal de un socio menor de edad, quien aproveche tal condición para causar perjuicios a la sociedad y, por ende a los intereses de los asociados...”(subraya fuera de texto).

2. DEL CONFLICTO DE INTERÉS

A propósito del tema ilustra entre otros el concepto emitido en el oficio 220-140389 del 27 de Noviembre de 2012, a cuyos apartes viene al caso extractar.

“(....)”

“3.8 Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses.

“Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.

“(....)”

“3.9.1 Incursión en conflicto de interés y competencia por interpuesta persona.

“La participación en actos de competencia o de conflicto de intereses por parte de los administradores puede ser directa, cuando el administrador personalmente realiza los actos de competencia; o, indirecta, cuando el administrador a través de un tercero desarrolla la actividad de competencia, sin que sea evidente o notoria su presencia.

“Considera este Despacho que los administradores incurren en competencia o conflicto de interés por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas:

“a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad.

“b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.

“c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.

“d) Los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios.

“(....)”

“3.9.2 Conducta del administrador en caso de actos de competencia o en caso de conflicto de interés:

“(…)

“En los eventos señalados, el administrador pondrá en conocimiento de la Junta de Socios o de la Asamblea General de Accionistas esa circunstancia, debiendo igualmente suministrarle toda la información que sea relevante para que adopte la decisión que estime pertinente. El cumplimiento de tal obligación, comprende la convocatoria del máximo órgano social, cuando quiera que el administrador se encuentre legitimado para hacerlo. En caso contrario, deberá poner en conocimiento su situación a las personas facultadas para ello con el fin de que procedan a efectuarla.

(…)”

3. DE LA CAPITALIZACIÓN ABUSIVA

Esta Superintendencia, mediante Sentencia de Alexander Rodríguez contra Jorge Díaz Ángel, Ricardo Alonso Zamudio Alarcón y Jannas Grupo Empresarial S.A.S. (Proceso 2013-801-129), con ocasión de la capitalización abusiva, expresó:

“(…)”

“Esta figura consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación. La capitalización abusiva se presenta, por ejemplo, cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, en forma premeditada, la participación de un asociado en el capital de la compañía. En esta hipótesis, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a un accionista.

“Este Despacho también ha hecho referencia a la elevada carga probatoria que deben satisfacer quienes propongan una acción judicial por abuso de mayoría. En estas hipótesis, no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario.

“Para acreditar que se produjo un abuso, debe demostrarse que las actuaciones del mayoritario estuvieron orientadas por una finalidad ilegítima. Ello ocurriría, por ejemplo, si el derecho de voto fue ejercido con la intención deliberada de causarle un perjuicio al accionista minoritario. De no acreditarse esta u otra finalidad

ilegítima, las pretensiones judiciales del minoritario serían inexorablemente desestimadas...”

4. DE LA EMISIÓN Y COLOCACIÓN DE ACCIONES

El artículo 388 del Código de Comercio señala: “Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento...”

Por su parte el numeral 5 del artículo 420 ibídem, preceptúa: “La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes: ...5. Disponer que determinada emisión de acciones ordinaria sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia...”

En el entendido que es discrecional del máximo órgano social disponer la pertinencia de aumentar el capital, bien es dable cuando la sociedad tenga dificultades financieras, adoptar como mecanismo para superarlas, la capitalización, medida que supondrá respetar el derecho de preferencia en los términos de la disposición legal invocada, salvo que medie su renuncia por parte del máximo órgano social. Sobre el tema tarta el concepto contenido en oficio 220-16747 del 31 de agosto de 1994:

“...el derecho de preferencia en la suscripción de acciones, significa que son los accionistas los primeros llamados a efectuar cualquier aporte al capital social cada vez que la compañía lo requiera, lo cual deben hacer en proporción a la participación que tengan dentro de dicho capital, con el fin de mantener el mismo grado de participación que acordaron al constituir la sociedad, de manera que **el ingreso de terceras personas como asociados o el incremento del porcentaje de uno o más accionistas y por lo tanto la consecuente disminución en el de los restantes, está condicionada a que aquellos manifiesten su decisión de no ejercer tal prioridad en virtud de la renuncia al derecho de preferencia** por parte de la asamblea general de accionistas, o por pacto expreso estipulado en los estatutos sociales...”

Ahora bien, frente al escenario de la suscripción, es factible que uno o varios accionistas no puedan o no quieran capitaliza, situación de la se derivan distintas circunstancias. A ese respecto el 220-039725 de 2009, indica:

“(...)”

Así las cosas, el asociado haciendo uso del derecho de preferencia podrá suscribir en proporción a su porcentaje de participación, sin perjuicio de poderlo acrecer, bien por la compra a sus consocios de los derechos de suscripción, o como

consecuencia de estar acordada una segunda vuelta, en los estatutos, o en el mismo reglamento.

De todas maneras se considera oportuno anotar que la llamada segunda vuelta en una suscripción de acciones, más conocida como el derecho de acrecimiento, no está consagrada legalmente; sin embargo, se reitera, es viable pactar este derecho en los estatutos de la sociedad, y, en su defecto, en el reglamento de colocación de una nueva emisión de acciones, eventos en los cuales tendrán derecho a suscribir en la segunda vuelta únicamente aquellos accionistas que hayan suscrito en la primera, y en proporción a su participación en el capital social de la compañía a la fecha en que se apruebe el reglamento.

Igual resulta aclarar, que de no encontrarse pactado este derecho de acrecimiento, ni en la oferta tampoco se pactare una segunda vuelta, o de hacer destinatarios de las acciones a terceros, la emisión se circunscribirá a las colocadas en primera vuelta y las demás deberán regresar a la reserva.

De acuerdo con lo anterior, es dable concluir que ante una eventual suscripción sujeta al derecho de preferencia en la que un solo accionista pretenda suscribir, éste podrá acrecer su participación en los casos antes descritos; esto es, si ha negociado con los accionistas que no pretenden suscribir dicho derecho, como también si el derecho de acrecimiento se encuentra previsto en los estatutos (evento en el cual se allanará a los términos allí consignados), o en el reglamento de suscripción correspondiente, el cual contendrá el procedimiento a seguir, y sólo en proporción a su porcentaje de participación en el capital de la sociedad.

5. DE LA VENTA DE ACCIONES Y LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LAS ACCIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Comercio, “La enajenación de acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; más para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante...”

Así la regla general determina que las acciones son libremente negociables, salvo cuando se haya estipulado en los estatutos el derecho de preferencia (art. 407 del C de Co.)

Frente a los alcances de las disposiciones legales mencionadas, la Entidad mediante Oficio 220-146165 del 24 de octubre de 2013, indicó:

“(...)

...la venta de acciones es un negocio entre partes, vendedor y comprador, y a ellos corresponde fijar, en principio, el precio a que están dispuestos a vender y a comprar, sin que exista desde el punto de vista del derecho societario, la obligación de que sea establecido de manera diferente o a través de un trámite especial cuando el patrimonio sea negativo.

(...)

De otra parte, si la negociación parte del ejercicio del derecho de preferencia, es claro que el procedimiento está determinado en la ley, y una vez agotado, si existe discrepancia en el precio, las partes podrán de común acuerdo nombrar un perito para que lo determine; si existe desacuerdo en cuanto al perito podrán solicitar la designación por medio de una acción judicial ante la Superintendencia de Sociedades o ante juez civil del circuito, para que a través del proceso verbal sumario lo designe”.

Y, en cuanto a la determinación del precio para la negociación de acciones, ilustran las consideraciones expuestas en el oficio 220-001503 del 1(..) 7 de enero de 2015:

(...)

Respecto del valor de la acción, al mismo suelen asignársele los siguientes términos: nominal, intrínseco, de mercado, patrimonial y de liquidación.

Para el caso materia de consulta se hace necesario referirnos solamente al valor nominal, valor de mercado e intrínseco. Por el primero se debe entender aquel que se encuentra estipulado en los estatutos. En efecto, el numeral 5º. del artículo 110 del Estatuto Mercantil establece que en la escritura por la cual se constituye la sociedad se expresará: "El capital social, la parte del mismo que suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y 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".

(...)

Respecto al valor de mercado, podemos decir que es aquel que resulta como producto de la oferta y la demanda de una acción, el cual se determina por factores que reflejan las tendencias de la compañía, haciendo énfasis especialmente en las utilidades y dividendos por acción.

Por valor intrínseco entendemos el valor de los activos netos o el valor de la entidad que corresponde a cada acción, de acuerdo a la información que presenta

la contabilidad. Son activos netos la diferencia entre los activos totales y el total del pasivo. O en otras palabras es el Patrimonio Neto dividido por el Número de acciones en circulación.”

CONCLUSIONES

Efectuadas dichas consideraciones generales es dable concluir lo siguiente:

1. El artículo 185 del Código de Comercio señala que los administradores no pueden representar acciones distintas de las propias mientras estén en ejercicio de sus cargos, salvo los casos de representación legal, como ocurre con los padres quienes deben representar conjuntamente las acciones de los hijos (accionistas) menores de edad salvo que la patria potestad se haya delegado en uno solo de ellos o, en caso de ejercerla conjuntamente, uno de los padres faculte al otro para llevar la representación.

Así pues, la representación en virtud de la patria potestad no comporta per se un conflicto de interés, pues éste tiene lugar cuando se compruebe que no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.

2. La suscripción de acciones es un mecanismo de la ley, que procede entre otros, para aquéllos eventos en que la sociedad esté en una situación financiera crítica que imponga la necesidad de fortalecer el capital de la compañía.

3. La capitalización abusiva, según la jurisprudencia de esta Superintendencia antes aludida, ocurre, por ejemplo: “... cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, en forma premeditada, la participación de un asociado en el capital de la compañía. En esta hipótesis, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a un accionista...”

4. Como lo dispone el artículo 407 del Código de Comercio, el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados por los interesados y, si estos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes cuando exista derecho de preferencia.

Finalmente frente a la eventualidad de los conflictos que puedan surgir entre los accionistas, es preciso señalar que la Superintendencia de Sociedades, a través de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, ejerce facultades jurisdiccionales de naturaleza societaria sobre las materias que le fueron atribuidas en los artículos 133, 136 y 138 de la Ley 446 de 1998; Ley 1258 de 2008; artículos 28, 29 y 43 de

la Ley 1429 de 2010 y artículo 24, numeral 5°, literales a), b) c) d) y e) del Código General del Proceso.

En este sentido, todos los procesos jurisdiccionales deben iniciarse con una demanda, la cual debe reunir los requisitos establecidos en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso y demás normas aplicables, los cuales incluyen la presentación de la misma por conducto de abogado inscrito.

Para el efecto, procede consultar la Guía del Litigio publicada en la casilla “Procedimientos Mercantiles” de la página WEB de la Entidad,, en la que puede igualmente acceder a los conceptos jurídicos y la jurisprudencia en materia societaria.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que los efectos son contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo