

**OFICIO** 220- 253416 10 DE OCTUBRE DE 2023

**ASUNTO** INEFICACIA DE UNA CAPITALIZACIÓN – EFECTOS

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, por medio de la cual plantea la siguiente consulta:

“En el evento en que una decisión de aumento de capital social de una sociedad por acciones simplificada sea declarada ineficaz cuando el capital autorizado ya hubiere sido pagado por los accionistas a la sociedad. ¿Qué sucede con los recursos aportados por los accionistas a la sociedad en virtud de dicho aumento de capital? ¿Se constituye un pasivo en cabeza de la sociedad y en beneficio de los accionistas que pagaron los aportes correspondientes al aumento?”

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a estudiar sus inquietudes, conforme las normas legales vigentes sobre la materia, advirtiendo que, toda vez que el caso al que se refiere su consulta es particular, la entidad no se referirá concretamente al mismo y, en consecuencia, la respuesta que en este escrito se emita, se realizará en términos generales y abstractos, más no referida a un caso particular.

Entrando en materia, en lo concerniente con el aumento del capital en una sociedad que es declarado ineficaz, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

Partimos de la base de que la consulta presentada alude a la Sociedad por Acciones Simplificada, creada por la Ley 1258 de 2008<sup>1</sup>. En dicha ley, no se hace referencia de manera concreta a la ineficacia de las decisiones del máximo órgano social, es por ello que debemos recurrir a los términos del artículo 45 ibídem que a la letra consagra:

**“Artículo 45. Remisión.** En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes. (...)”

Por lo tanto, para referirnos a lo concerniente a la ineficacia de las decisiones del máximo órgano social, es pertinente tener en cuenta las normas del Código de Comercio<sup>2</sup> que guardan relación con el tema que nos ocupa, veamos las principales:

“Art. 188.. Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes a las leyes y a los estatutos.

Parágrafo. El carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social.”

“Art. 190. Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.”

“Art. 433. Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección.” (Hace referencia al Capítulo III, Sección I, artículos 419 a 433.

<sup>1</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (05 de diciembre de 2008) “Por la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada”

<sup>2</sup> COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL. Decreto 410 (27 de marzo de 1971) “Por el cual se expide el Código de Comercio” Diario Oficial No. 33339 del 16 de junio de 1971. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1833376>

En este sentido, el referido artículo 190 del Código de Comercio consagra que las decisiones tomadas por el máximo órgano social en contravención de lo dispuesto en el artículo 186 serán ineficaces. Veamos entonces lo que señala de manera concreta el artículo 186 ibídem:

“Art 186. Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429.”

Valga anotar que el artículo 427 a que alude el artículo 186, se entiende derogado tácitamente por el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, en un pronunciamiento reciente sobre sanciones de nulidad e ineficacia en decisiones sociales, la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-193403<sup>3</sup> expresó lo siguiente:

“(…)

En primer lugar, es preciso recordar lo dispuesto en la normatividad que rige la materia, en este caso el Código de Comercio, que en su Libro Segundo De Las Sociedades Comerciales, consigna:

“**ARTÍCULO 186.** Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429. (...)”

**ARTÍCULO 190.** Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.” (Subraya fuera de texto).

<sup>3</sup> COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-193403 (01 de septiembre de 2023). Asunto: Sanciones de Nulidad e Ineficacia en decisiones sociales.

En el mismo código aparecen en el Título VI De La Sociedad Anónima, las disposiciones relacionadas a continuación:

“**ARTÍCULO 427.** La asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija un quórum diferente. Las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial.” (Subraya fuera de texto)

(...)

**Artículo 433.** Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección.”

Visto lo anterior, procede en este punto para mayor claridad del asunto objeto de estudio, citar un pronunciamiento de esta Oficina, proferido mediante Oficio 220- 1866333 en los siguientes términos:

Con respecto a la cuestión indicada se estima suficiente transcribir el contenido del concepto contenido en el Oficio 220-011039 del 21 de enero de 2020 emitido por este Despacho, en el cual se explica de manera extensa la sustancia de la ineficacia como sanción jurídica y su reconocimiento:

“La sanción de ineficacia mercantil, en los términos del Código de Comercio, se encuentra prevista en el artículo 897 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

(...) Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

En este orden de ideas, es claro que no se requiere pronunciamiento judicial alguno para declarar la ineficacia de un acto que la ley sancione como tal, en los términos del citado artículo de la legislación mercantil, dado que la misma opera por el sólo ministerio de la Ley.

La jurisprudencia en este tema ha manifestado:

(...) la ineficacia de pleno derecho o formula pro non scripta es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las

normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si estos nunca se hubieran realizado (...).

Así, a diferencia de otras figuras la ineficacia de pleno derecho opera de forma inmediata en los casos expresamente previstos en la Ley y no requiere ser declarada judicialmente, pues a través de la misma lo que se persigue fundamentalmente es la conservación del negocio eliminando de la realidad jurídica únicamente aquella cláusula o pacto del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento jurídico sin destruir o eliminar sus demás partes.

Especialmente en materia societaria, existe una sanción específica de ineficacia, referida a las decisiones del máximo órgano social, respecto de la cual, sea lo primero puntualizar que ésta sanción no opera sobre las actas, sino sobre las decisiones sociales; precisión legal a partir de la cual, el artículo 190 del Código de Comercio, alude a ineficacia de las decisiones tomadas en una reunión en contravención a la convocatoria, el domicilio y el quórum que se consagran en el artículo 186 del Código de comercio.

Adicionalmente, debe señalarse que, frente a las sociedades anónimas, el artículo 433 del Código de Comercio, alude a la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta sección. (Capítulo III, artículos 429 y siguientes). Es decir, que en punto de las sociedades anónimas la sanción de ineficacia se extiende a los aspectos señalados en las citadas normas haciéndolo más amplio que en el resto de sociedades. Aspecto a tener en consideración, dado que la consulta no se especifica el tipo societario objeto de su inquietud.

El legislador facultó a los interesados a solicitar el reconocimiento de los presupuestos de hecho que dan lugar a la sanción de ineficacia ante las autoridades en funciones judiciales o administrativas.

Por vía judicial, ésta Superintendencia de acuerdo con el artículo 24 numeral 5, literal c) del Código General del proceso, en ejercicio de funciones judiciales, podrá conocer de la “impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión” o proceder al reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, bajo la misma normatividad. (...).”

De otra parte, para el caso que nos ocupa, es pertinente traer a colación una sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>, que señala lo siguiente:

“(…)

- a) En efecto, del cuadro fáctico aducido por el promotor del proceso y de las mismas expresiones empleadas, puede inferirse con facilidad que se intentaba despejar el camino para llegar al objeto práctico constituido por las restituciones a que había lugar, vale decir, del relato expresado en la causa petendi, al igual que de los hechos decimoséptimo y vigesimoprimeros en particular, fluye que lo trascendental era obtener la devolución del dinero entregado por las acciones que en últimas resultaron afectadas con la ineficacia del acto que les dio vida, de donde también emerge que la importancia mayor estaba en la consecución de ese fin y que, por tanto, la calificación jurídica del fenómeno afloraba significativa únicamente en la medida en que se la veía como un paso previo, que conduciría al señalado fin.

De ese modo, es de ver cómo en el numeral decimoséptimo de los hechos la demanda enfatiza que “...el precio cubierto por mi mandante por dichas acciones, no ha regresado a su patrimonio...”, al igual que en el vigesimoprimeros es categórica en sostener que “...el precio pagado entró a sus arcas y allí permanece, por lo cual debe ser restituido con su correspondiente indexación...”, pues, “...en caso contrario la sanción operaría contra el suscriptor que de buena fe invirtió su capital...”, de donde, según ya se afirmó, fluye que el ejercicio de la acción se endereza fundamentalmente en pos del reembolso dinerario a que juzga el actor tener derecho.

(…)

15. En el cargo segundo la acusadora le atribuye al tribunal haber infringido los preceptos legales allí aducidos, al confundir la “...ineficacia de pleno derecho del acto...” con las “...prestaciones ejecutadas con ocasión del mismo...”, porque, según la recurrente, la devolución no puede “...hallar su razón de ser en un...reconocimiento judicial...” de aquel fenómeno, puesto que tal restitución encuentra su origen en el hecho de “...haberse entregado

<sup>4</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL (Referencia 05001-3103-017-2002-00189-01), Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete (06 de agosto de 2020)

algo sin causa alguna...”; de este modo, prosigue, “...juzgó como imprescriptible la acción - ejercitada en la especie de esta litis...”, fundado en que la ineficacia nunca prescribe, con lo cual desestimó la excepción propuesta. (...)”

Al comparar las nociones anteriores con la causa que motiva la solicitud de devolución de los dineros que la actora entregó a la demandada, sin dificultad se constata que ella no encuadra en ninguno de tales supuestos fácticos, o sea, que el petitum atinente a que se ordenare a ésta restituírle a aquélla la suma de \$76'267.245 debidamente indexada, no obedece al hecho del incumplimiento, o a la atención parcial o morosa de una específica y puntual obligación que la segunda tuviera con la primera; tampoco halla su génesis en el quebranto de lo contemplado por el legislador respecto del régimen societario, ya se trate de las disposiciones contenidas en el libro segundo del Estatuto de los Comerciantes ora de las que las complementan o que les son concordantes; y mucho menos se relaciona con la violación a lo prevenido en alguna disposición de la 222 de 1995.

Conforme quedó considerado al describir el ámbito de la teoría sobre la ineficacia de los negocios jurídicos, y como en forma tajante lo admite la impugnadora en orden a pretender demostrar la equivocación en la que, según su decir, incurrió el juez de segundo grado, por la circunstancia misma de que se trató de un acto que no nació a la vida jurídica, por las razones expuestas en precedencia, la súplica relativa a la devolución de los dineros que sin motivo alguno así entregó la promotora del litigio a la contraparte, no tiene como causa petendi el contrato de suscripción de acciones, ni las acciones mismas ni una de las tres hipótesis factuales a las que se limita el artículo 235 citado; en este orden de ideas, dicho ejercicio judicial involucra una petición apoyada, fundamentalmente, en que, por ser el aludido acto ineficaz, las sumas de dinero de las que trata la prealudida restitución fueron entregadas sin causa alguna y, por ello mismo, la demandada está llamada a regresarlas, debidamente actualizadas; expresado con otras palabras, aquel precepto no rige la cuestión debatida en el presente litigio, puesto que, antes que en tales supuestos normativos, el indicado reintegro tiene hontanar fáctico en la negativa de la opositora a hacer reembolso de una suma dineraria que, al tenor de la pieza inicial del pleito, debió restituir una vez reconocida la ineficacia del reglamento de colocación de acciones, esto es, jurídicamente se funda en el pago sin motivo alguno, como ampliamente se dejó manifestado con antelación.

Es que si, además, de conformidad con la aserción involucrada en el cargo, la idea nuclear que ilumina el libelo es la reintegración del patrimonio de Hajduk, dada la carencia de causa de la entrega dineraria que hiciera a Unibán S.A., florece palmario que la acción, como antes se puntualizó, no deriva de ningún otro fenómeno, ni siquiera de la desatención de reglas jurídicas, pues su fundamento se halla, justamente, en la necesidad, por motivos de justicia, de regresar a su origen las cosas dadas sin razón (...)

Con base en lo expuesto a lo largo del presente escrito, se procede a contestar su consulta en los siguientes términos:

Partiendo de la base de que se desconocen las razones por las cuales fue declarada la ineficacia de la decisión consistente en aumentar el capital social de una sociedad por acciones simplificada, podemos afirmar que es obligatoria la restitución de los recursos aportados por uno a varios asociados en un momento determinado, como consecuencia de la fallida capitalización, al constituirse en un pago sin motivo alguno.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y el aplicativo Tesouro.