

OFICIO 220-000554 DEL 07 DE ENERO DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS GENERALES SOBRE AUMENTO DE CAPITAL

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia, cuyas inquietudes 2 y 3 fueron trasladadas a esta Oficina el día 4 de diciembre de 2020, en la que se solicita se emita concepto sobre los aspectos que se mencionan a continuación.

"2. ¿La decisión de la capitalización aprobada por la asamblea general de accionistas es válida desde la fecha de la reunión o la fecha de registro momento en la que se hace oponible a terceros?"

3. ¿En pocas palabras, el accionista debe enviar el dinero de la inversión posterior a la fecha del acta o posterior a la fecha de registro en cámara de comercio?"

Aunque es sabido, es oportuno reiterar 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 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige 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, ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Adicionalmente, debe precisarse que esta Oficina carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de las dependencias misionales de esta Superintendencia.

Sin perjuicio de lo anterior, y para dar respuesta a las inquietudes planteadas, con fines ilustrativos procede efectuar las siguientes consideraciones de índole general.

1. Ha determinado esta entidad lo siguiente:

“(…) Además prevé que “el capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la ley”; que “ningún asociado podrá ser obligado a aumentar o reponer su aporte si dicha obligación no se estipula expresamente en el contrato”; que “toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma”, y que la sociedad anónima “se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”.

También establece que la suscripción de acciones es “un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos”; que las acciones no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción. Con excepción de las acciones privilegiadas y de goce, a falta de norma estatutaria expresa, corresponderá a la junta directiva aprobar el reglamento de suscripción”; que 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 estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento”, y que corresponde a la asamblea general de accionistas “Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión”.

De otra parte, se advierte que tanto el Código de Comercio como el Código Civil contemplan el contrato de promesa, en virtud de los cuales “la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”, y “la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren circunstancias siguientes: 1) Que la promesa conste por escrito;

2) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil; 3) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán al material sobre que se ha contratado”. (...)”¹”.

“ (...) “2. CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN

“El contrato de suscripción está definido por el artículo 384 del ordenamiento mercantil, señalando los dos extremos de las prestaciones, de una parte, el suscriptor, sea un asociado o un tercero que presta su consentimiento que lo obliga pagar un aporte de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a los estatutos sociales; y de otra, la sociedad emisora, que se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

“Negocio jurídico que acentúa su carácter consensual por la expresa previsión legal según la cual la suscripción de acciones no estará sometida a formalidades especiales y podrá acreditarse por cualquier medio de prueba (artículo 394 C.Co).

“De lo expuesto se deriva que se trata de un contrato eminentemente consensual entre una sociedad por acciones y el accionista o tercero destinatario de la oferta, que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta.

“Así que, debidamente aceptada la oferta, surge para el suscriptor la obligación de pagar el precio y respetar los estatutos sociales y para la sociedad emisora el deber de emitir los títulos provisionales y reconocer la calidad de accionista.

“El asunto entonces se circunscribe en determinar cuándo se forma el acuerdo de voluntades, en qué momento se encuentran el consentimiento del proponente y del destinatario de la oferta, para fijar así el instante mismo del perfeccionamiento del contrato de suscripción, que se repite es eminentemente consensual.

1 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-100615 (14 de julio de 2018). Asunto: Compromiso de capitalización de la sociedad y colocación de acciones sin derecho de preferencia. {En Línea}. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-100615.pdf. {04/01/2021}.



“Sobre el particular existen diferentes teorías derivadas del régimen que estructura la oferta, que deberá estudiarse en el caso particular planteado.

Si el destinatario de la oferta acepta en forma escrita y dentro del término establecido, entonces el contrato de suscripción se perfecciona en el momento de la expedición de la respuesta (artículo 845 C.Co). Pero si se trata de aceptación tácita por la ejecución de hechos inequívocos de ejecución del contrato, el contrato se perfeccionará siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos de la oferta (artículo 850 ídem).

“Desde luego, es posible que una vez celebrado el contrato alguna de las partes estime que en él existe un vicio que afecte la existencia o validez del mismo, lo que implica que ejerza las acciones pertinentes para restablecer las cosas a su estado original, alegando no radicar en el negocio jurídico las condiciones de la esencia o de la naturaleza propias de cualquier negocio jurídico como las establecidas en el artículo 898 del código de comercio como requisitos de existencia (solemnidades sustanciales exigidas por la ley y cuando falte alguno de sus elementos esenciales), por ejemplo pretermitir el reglamento de suscripción o haberse producido en forma extemporánea la aceptación; o que afectan su validez viciando el acto de nulidad absoluta, por ejemplo cuando ha sido realizada por una persona interdicta (artículo 899 íbidem); o adolezca de ciertos elementos que lo hagan susceptible de anulación (artículo 900 ídem), suscrito por ejemplo bajo coacción o en el error 5 invencible que era su obligación aumentar su aporte a través de la suscripción”.

ii) “Marco legal:

Artículo 384. "La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocer la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente."

“Artículo 385. " las acciones no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción.

“Con excepción de las acciones privilegiadas y de goce, a falta de norma estatutaria expresa, corresponderá a la junta directiva aprobar el reglamento de suscripción."

Artículo 386: " El reglamento de suscripción de acciones contendrá:

"1° La cantidad de acciones que se ofrezca, que no podrá ser inferior a las emitidas;

"2° La proporción y forma en que podrán suscribirse;

"3° El plazo de la oferta que no será menor de quince días ni excederá de tres meses;

"4° El precio a que sean ofrecidas, que no será inferior al nominal, y

"5° Los plazos para el pago de las acciones."

"Artículo 387. "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."

"Artículo 388 Inciso 3°. "Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la Superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento" (no existe la obligación legal de someter a consideración el reglamento de suscripción de acciones por parte de las sociedades vigiladas por esta entidad, salvo que se trate de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, de acuerdo con el artículo 84 numeral 9 de la ley 222 de 1995)

"De las normas transcritas se infiere claramente que el contrato de suscripción, aunque es consensual, está sujeto a los términos de la oferta contenida en un acto jurídico unilateral emanado de la sociedad, que la ley denomina reglamento de suscripción de acciones, cuyo contenido mínimo corresponde a los elementos esenciales del contrato de suscripción determinados en el artículo 386 del Código de Comercio.

Ahora bien, uno de los elementos de la oferta es la forma de pago de las acciones y al respecto, en forma imperativa la disposición contenida en el artículo 387 ibídem dispone 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.

Conforme con lo expuesto, en el evento en que el reglamento aprobado por la Junta Directiva de la Sociedad hubiere correspondido a una oferta de un millón de acciones (1.000.000.), por valor de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) M/cte., la suma que de acuerdo con su escrito pagó el

Ministerio de Desarrollo por valor de mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) M/cte. equivale a la tercera parte de cuatro mil quinientos millones de pesos (\$4.500.000.000) m/cte., y corresponde también, a la aceptación de la oferta por la cual se perfeccionó el contrato de suscripción de cuatro millones quinientas mil acciones, presupuesto del que se deriva que las quinientas mil acciones no suscritas, debieron volver a la reserva y su oferta, sujetarse a la realización de un nuevo contrato de suscripción de acciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 386 del Código de Comercio.(...)"².

En palabras del Doctor Francisco Reyes Villamizar:

" (...) El aumento del capital suscrito de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones puede efectuarse en cualquier momento en que así lo disponga el órgano competente. Los incrementos de dicho rubro pueden cumplirse, como regla general, bajo diversas modalidades tales como, la capitalización de créditos, de plusvalías del activo o reservas, de utilidades, de la cuenta de revalorización del patrimonio o de la cuenta de superávit del capital por prima en colocación de acciones. Claro que el mecanismo principal para aumentar el capital suscrito consiste en aportar nuevos recursos externos por parte de los accionistas. (...).

(...) Según lo preceptuado en el artículo 384 del Código de Comercio, "La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente". La misma norma prevé en el inciso 2º en forma categórica, que "en el contrato de suscripción no podrá pactarse estipulación alguna que origine una disminución del capital suscrito o del pagado".

Es necesario enfatizar en el carácter contractual del negocio de suscripción de acciones. La Superintendencia de Sociedades ha enumerado las características del referido contrato, en los siguientes términos: "es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, accesorio, por adhesión y nominado. Las partes de este negocio jurídico son la sociedad emisora y el suscriptor (accionistas o terceros) personas naturales o jurídicas. " (Oficio

2 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-027602 (5 de abril de 2019). Asunto: Reglamento de suscripción de acciones. {En Línea}. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-027602_DE_2019.pdf. {29/12/2020}.

AN39536 de 4 de octubre de 1988). En palabras de NARVAEZ, "el suscriptor se obliga a pagar un aporte a la sociedad y a someterse a los estatutos que la rigen. A su turno la compañía se obliga a reconocerle a aquel el status de accionista y a entregarle el título correspondiente". Por su parte la Superintendencia de Sociedades, en expresa referencia al tema que se analiza, manifiesta que "el suscriptor de acciones se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el respectivo reglamento. Para que se extinga la obligación ante-dicha es menester el pago de la prestación debida, el cual se hará bajo todos los respectos en conformidad con el tenor de la obligación misma, ya que el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la debida, ni aún con el pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida". (Oficio OA-18773 de 26 de septiembre de 1984).

Resulta claro, a la luz de lo expuesto, que el contrato de suscripción de acciones, luego de ser válidamente celebrado, compromete al suscriptor a hacer el pago y a la sociedad a expedir los títulos correspondientes. basta con que haya aceptado la oferta para que quede perfeccionado el contrato respectivo.

"Manifestada la aceptación de cualquier accionista, ya la emisión no puede ser revocada ni modificada por la asamblea general de accionistas porque se ha perfeccionado la suscripción, así sea parcial, de las acciones ofrecidas". La conclusión anterior se deriva, además, de la circunstancia de que, una vez perfeccionado el referido contrato de suscripción, surge en forma automática, un incremento del capital suscrito."³.

Para contestar las inquietudes trasladadas, de manera general, teniendo en cuenta que se indaga por una sociedad por acciones y como se puede observar de la transcripción de los conceptos antes verificados y la doctrina reseñada, a la primera inquietud, el incremento del capital respectivo surge desde el momento de perfeccionado el contrato de suscripción de acciones, por lo cual la sociedad tendrá la obligación legal de realizar los trámites societarios y registros correspondientes de acuerdo con las estipulaciones del Código de Comercio; a la segunda inquietud, es de precisar que, es a través de las estipulaciones del contrato de suscripción de acciones válido, de donde se puede derivar la obligación de pago del accionista comprometido en el mismo y el derecho que le surge a la sociedad sobre la acreencia respectiva.

Es de reiterar que lo anterior, deberá entenderse en concordancia con lo descrito por el Grupo de Régimen Cambiario, quien respondió de manera preliminar su

3 REYES VILLAMIZAR, Francisco. DERECHO SOCIETARIO: CAPITAL SOCIAL Y MECANISMOS DE CAPITALIZACIÓN. Tercera edición. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS S.A. 2017. 392 p. Tomo I. ISBN: 978-958-35-1145-5.

consulta en el punto 4 de sus inquietudes, según lo determinado en el oficio 2020-01-623249, cumpliendo en su totalidad con las disposiciones respectivas del régimen cambiario.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.