

220-56803, 29 de octubre de 2004

Ref.: El contrato de suscripción solo puede revocarse o modificarse antes de la emisión de acciones. La rescisión del contrato implica disminución de capital.

Se avisa recibo de su escrito radicado con el número 2004-01-130596 por medio del cual consulta la viabilidad de rescindir un contrato de suscripción de acciones, previa aclaración de que antes del 31 de diciembre de 2003, la asamblea general de accionistas, con las formalidades legales, aprobó una capitalización de la compañía; posteriormente, durante el 2004, el máximo órgano social en una misma sesión, aprueba la rescisión parcial de la capitalización, en 100 mil acciones, equivalente a \$100 millones de pesos, monto con el cual se constituyó un anticipo de capital, y la emisión de nuevas acciones para modificar (disminuir) el valor de la prima en colocación, operaciones que, según manifiesta, fueron contabilizadas y registradas en la Cámara de Comercio. En caso negativo, solicita el procedimiento adecuado para subsanar tal situación.

Sobre el particular, previo a resolver la consulta formulada, se advierte que la misma será atendida bajo el supuesto de que se trata de una situación y antecedentes hipotéticos, planteados en esta oportunidad como esbozados en el escrito allegado el 7 de agosto pasado y las aclaraciones proporcionadas de manera verbal ante esta Oficina, presentados en una sociedad del tipo de las anónima, conformada por cinco (5) accionistas.

Así planteado el asunto, los alcances de la misma son los previstos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, pues no es viable pronunciamiento alguno sobre situaciones particulares y concretas de sociedades que bien pueden estar sujetas a la vigilancia y/o control de la Entidad.

Los antecedentes de la situación planteada, pueden resumirse de la siguiente manera:

1. A 31 de diciembre de 2003:

Capital suscrito y pagado: 4 millones de acciones
Prima en colocación: \$120 millones.

Monto de capital y prima que incluye 100 mil acciones suscritas por uno de los accionistas, con un valor nominal de \$1.00 y prima de \$999.00 cada una.

2. En el año 2004, en asamblea general, los accionistas aprueban lo siguiente:

2. 1. La **rescisión de la suscripción de las 100 mil acciones** mencionadas, en razón al incumplimiento de otro de los accionistas quien se había comprometido a suscribir en forma verbal.

Resultado de la operación:

Capital suscrito y pagado: 3 millones 900 mil acciones
Prima en colocación: \$20.100.000.00.
(\$120 millones -\$99 millones 900 mil pesos)

2. 2. Adicionalmente, se aprueba la emisión de 9 millones de nuevas acciones (valor nominal de \$1.00 peso y prima en colocación de \$19 pesos cada una).

Del total de acciones emitidas, se **suscriben 3 millones de acciones**, por parte de tres (3) de los accionistas de la compañía, incluyendo el asociado a favor de quien se aprobó la rescisión del contrato.

Resultado de la operación:

Capital suscrito y pagado: 6 millones 900 mil acciones
Prima en colocación: \$77 millones 100 mil pesos

3. En cuanto al patrimonio, antes del 31 de diciembre de 2003, sin incluir el aumento de capital que se menciona en el escrito, se observa:

-Capital suscrito y pagado 3.900.000.00
-Revalorización del patrimonio 469.000.000.00
-Resultados del ejercicio (1.010.000.000.00)
-Resultados de ejercicios

anteriores (942.000.000.oo)
-Superávit por valorizaciones 1.376.000.000.oo

Patrimonio negativo (103.100.000.oo)

Con posterioridad a la capitalización, una vez suscritas y pagadas las acciones, se observa lo siguiente:

-Capital suscrito y pagado 4.000.000.oo
-Prima en colocación 120.000.000.oo
-Revalorización del patrimonio 469.000.000.oo
-Resultados del ejercicio (1.010.000.000.oo)
-Resultados de ejercicios anteriores (942.000.000.oo)
-Superávit por valorizaciones 1.376.000.000.oo

Patrimonio a 31 de Dic /03 17.000.000.oo

En ese orden de ideas, para los fines de la consulta, se precisa traer a colación las siguientes disposiciones de orden legal y doctrinal, a saber:

El artículo 384 del Código de Comercio, define la suscripción de acciones como el 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 (....)"*.

En los términos del artículo 864 ibidem, el contrato en general es un acuerdo entre dos o más partes para constituir una relación jurídica patrimonial, que se entiende **celebrado en el momento en que se reciba la aceptación** a la propuesta u oferta, cuyos elementos esenciales se encuentran contenidos en el artículo 845 precedente, cuando determina que **"La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario"**

Del articulado que regula los contratos y sus elementos, la Superintendencia ha expresado, con relación a la suscripción de acciones, que se trata de un contrato bilateral (sociedad- suscriptor), consensual (se perfecciona con el consentimiento), de adhesión (reglamento de colocación) y oneroso (precio por cada acción suscrita). De acuerdo con lo anterior, el contrato una vez perfeccionado con la aceptación de la oferta, surte todos los efectos entre las partes y los terceros, en virtud del incremento del capital suscrito y pagado, independientemente de las repercusiones que tenga en el patrimonio de los suscriptores (Oficio 220-49439 de 21 de agosto de 1998).

Sin embargo, aunque la regla general en materia de contratos, es su irrevocabilidad (Art. 846 del C. Co.), el artículo 383 Cód. Cit., permite que la emisión de acciones sea revocada o modificada cuando dispone que *"Toda emisión de acciones podrá revocarse o modificarse por la asamblea general, antes que sean colocadas o suscritas y con sujeción a las exigencias prescritas en la ley o en los estatutos para su emisión (....)"*.

Respecto a la rescisión, figura que de acuerdo con el escrito fue aplicado, vale la pena precisar que la misma consiste en la facultad de las partes contratantes para dejar sin efecto un contrato, entre otros, a fin de retrotraer las cosas al estado en que inicialmente se encontraban, por lo que la devolución del monto cancelado por efecto de la aceptación de la oferta por parte del suscriptor, implicaría una disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, autorizada por la Entidad y con sujeción al artículo 145 del C. de Co.

Ahora bien, entratándose de la cuenta "Prima en colocación" y su destinación, es oportuno traer a colación apartes del Oficio 100-010602 del 18 de marzo de 2002, el que se expresa que *"....el artículo 36 del Estatuto Tributario establece tres posibilidades respecto a la **utilización de la prima en colocación de acciones**, cuotas o partes de interés, así:*

º **Mantenerla** como superávit de capital, es decir, como prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés registrada en el patrimonio, caso en el cual no constituye renta ni ganancia ocasional;

º **Capitalizar su valor**, evento en el cual las acciones entregadas no se tienen como un ingreso constitutivo de renta ni de ganancia ocasional para los socios; y

º **Distribuirla total o parcialmente** este superávit **entre los socios**, opción que inmediatamente implica que los valores distribuidos configuren renta gravable para la sociedad...."

De lo dicho anteriormente se concluye:

1º. No es viable la rescisión del contrato como tampoco su revocatoria, dado que no se presentan los presupuestos para el efecto, no obstante la aprobación del máximo órgano social.

2º. Recibido y registrado en los libros de la sociedad como en la Cámara de Comercio, la composición del capital suscrito y pagado, después de llevada a cabo la capitalización de la misma, su variación presupone disminución de capital, con efectivo reembolso de aportes, no obstante su registro en la cuenta "Anticipo de capital para futuras capitalizaciones", que como pasivo externo, supone su devolución en el momento en que sea solicitado, previa autorización de esta Entidad y acreditación de alguno de los presupuestos de que trata el artículo 145 ibidem.

3º. De la simple operación matemática, de acuerdo con los valores aportados en el ejemplo, se observa que la capitalización fue el mecanismo para restablecer el patrimonio de la sociedad (Art. 459 Cód de Co.), a pesar de que se desconoce la conformación del capital suscrito y pagado, antes de la capitalización de la misma.

Además, no es dable a la compañía, aun con aprobación de sus accionistas reunidos en asamblea general, llevar a cabo operaciones o negociaciones que puedan disminuir o reducir la garantía de los acreedores, aunque con posterioridad se sustituya mediante la suscripción de nuevas acciones.

4º. Respecto a la disminución del rubro "Prima en colocación", conforme con el concepto citado, dentro de las alternativas conferidas en la ley, podría distribuirse total o parcialmente entre todos sus accionistas, situación que no se presentó en el caso en comento.

5º. De llevarse a cabo una operación en la forma y términos mencionados, sería evidente una violación en las funciones que corresponden a quienes administran la compañía, al haber obviado la solicitud que para el efecto requería de la Entidad. También omisión en el ejercicio de los deberes que corresponden al revisor fiscal, a quien le corresponde velar porque las decisiones que adopte el máximo órgano social se ajusten a la ley y a los estatutos.

Del análisis de los antecedentes y consideraciones expuestas, no cabe duda que la operación tipifica innegablemente una disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, por tanto de aquellas que requieren autorización de esta Superintendencia (artículo 86, numeral 7º de la Ley 222 de 1995), se predique o no de la sociedad alguna de las causales de vigilancia de que trata el Decreto 3100 de 1997, siempre que se acredite alguno de los presupuestos del artículo 145 del C. de Co.

Como consecuencia de lo anterior, de tratarse de una situación particular y concreta que se pretenda subsanar, será el Grupo de Trámites Societarios de esta Entidad, previa evaluación de los documentos e informes que aporten mayores y precisos elementos de juicio, la dependencia competente para impartir las instrucciones a que haya lugar.