

OFICIO 220-212161 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL AUMENTO DEL CAPITAL EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad con el número y fecha de la referencia, por medio del cual formula una consulta en los siguientes términos:

“1. ¿Requiere un proceso de capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada de la presentación a los socios de un soporte de justificación que propenda porque el aumento de capital surja de la necesidad que tiene el ente social de un mayor flujo de fondos (**Super 220-26428, abril 30 de 2003**) y que no tenga como objetivo la modificación de la distribución porcentual de los haberes sociales?

2. ¿Requiere un proceso de capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada de la determinación del precio justo de las cuotas sociales existentes? Esto es, ¿requiere de la evaluación de información técnica, financiera y comercial de la compañía objeto de capitalización?, en lo que comercialmente se conoce como “Due Diligence” o Diligencia Debida, lo que el artículo 42 de la Ley 964 de 2005 llama “**un estudio realizado de conformidad con procedimientos reconocidos técnicamente**”

3. ¿Requiere un proceso de capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada de la elaboración y aprobación de un Reglamento de Capitalización y Colocación de Cuotas Sociales, elaborado por la Junta Directiva (si existe) o por la Junta de Socios?

4. De ser afirmativa la pregunta anterior. ¿Requiere necesariamente el Reglamento de Capitalización y Colocación de Cuotas Sociales de un proceso de capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada de la aprobación previa y de la autorización para llevar a cabo el proceso, por parte de la Superintendencia de Sociedades?

5. Para el caso de una capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada, ¿puede la asamblea de socios cambiar el reglamento de capitalización (por ejemplo, el monto de capital a capitalizar) sin darle publicidad al nuevo monto?



6. Para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada ¿puede el derecho de preferencia en la negociación de cuotas sociales o en los procesos de capitalización ser renunciado por parte de la asamblea de socios en nombre de la totalidad de los accionistas?

7. Para el caso de una capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada, si un socio vota negativamente la propuesta o no vota por no haber asistido en la asamblea, ¿implica esto que pierde su derecho a optar por las cuotas que le corresponderían por la capitalización según el protocolo del derecho de preferencia?

8. ¿Para el caso de una capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada, puede el reglamento contemplar plazos para la cancelación del capital asignado?

9. El aumento de capital en una sociedad de responsabilidad limitada, en un caso en el cual no todos los socios acepten aportar el aumento de capital genera un cambio de distribución de las cuotas sociales. La reforma estatutaria generada por el cambio de capital y de distribución del capital debe llevarse a escritura pública.

Para el caso de una capitalización de una sociedad de responsabilidad limitada que dé lugar a un cambio de distribución de la participación, ¿debe la escritura ser otorgada por los socios cedentes y los adquirentes, además del representante legal?"

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades 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 conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

También es procedente informarle, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, que mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus Covid-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a resolver su consulta en los siguientes términos:

1. Al respecto de la primera inquietud planteada, es preciso indicar que varios motivos pueden llevar a que una sociedad decida aumentar el capital social, teniendo en cuenta

sus necesidades particulares, vr.gr., debido a que alguna norma lo establezca para el funcionamiento en un sector específico en el cual la empresa actúa comercialmente; porque los accionistas decidan inyectarle capital a través de la capitalización de sus dividendos o mediante nuevos aportes, entre otros eventos.

Es preciso mencionar que el cambio en los porcentajes de participación societaria es de especial observancia, puesto que no es común que los socios decidan disminuir su porcentaje de participación. En principio, podría afirmarse que, la venta de las participaciones respectivas se hace por su valor comercial; sin embargo, reglas de carácter económico y de mercado son las que determinan este tipo de operaciones sociales, las que en todo caso, están sujetas al cumplimiento de parámetros legales que tienen en consideración unos mínimos para que no se menoscaben los derechos sociales, por ejemplo mediante la aplicación de figuras tales como la del abuso del derecho de voto de las mayorías, de las minorías o de los que están en igualdad de condiciones.

A su vez, se debe poner de presente que la suscripción de la participación respectiva a precios comerciales, intrínsecos o de valor “justo”, puede configurar un abuso del derecho, si es que se llega a probar que la finalidad de la operación fue realmente causar un perjuicio a un tercero o que la causa de la operación atenta contra las normas legales.¹

Con base en lo descrito y para responder también su segunda inquietud, es necesario tener en cuenta que la finalidad de la capitalización debe obedecer a un objetivo legítimo, que responda a una necesidad usualmente económica del ente social, y por tanto, deben quedar proscritas las acciones o maniobras que se materialicen en un abuso del derecho con fines delusorios, en perjuicio de los intereses de unos accionistas, como puede ser el caso de lograr diluir la participación accionaria de los mismos.

Por último, se observa que el artículo 42 de la Ley 964 de 2005, (por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones), que menciona el peticionario, es aplicable de manera directa a las acciones readquiridas y su posterior enajenación, razón por la cual no aplica al caso en cuestión, cuya situación es diferente.

2. Para responder la tercera, cuarta, quinta y octava inquietud, es necesario recordar lo determinado por este Despacho mediante concepto:

“(…) Lo anterior considerando en primer lugar que no es procedente para ese efecto la remisión al artículo 385 del Código de Comercio que trata de la colocación de acciones en las sociedades anónimas, toda vez que de acuerdo

1 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Capital Social y Mecanismos de Capitalización. Tomo I. Editorial TEMIS S.A., Bogotá. (2020). 430 p. ISBN. 978-958-35-1270-4



con la regla general establecida en el artículo 372 ídem, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada efectivamente habrá lugar a remitirse a las disposiciones sobre aquellas, siempre y cuando otra cosa no se hubiere previsto para éstas en el Título V, dentro del cual se encuentra ubicado el artículo 354, al que su consulta alude y según el cual, en las sociedades de este tipo "El capital social se pagará íntegramente al constituirse la compañía, así como al solemnizarse cualquier aumento del mismo"

De lo expuesto se desprende que, por disposición expresa de la ley, el aumento de capital en virtud del cual se efectúan nuevos aportes, se lleva a cabo de manera diferente y para su pago aplican también reglas distintas, según que se trate de sociedades limitadas o anónimas, pues al paso que en las primeras supone la adopción de una reforma estatutaria que como tal requiere la intervención de la junta de socios, reunida con el lleno de las formalidades legales y estatutarias pertinentes, dando aplicación al artículo 354 citado que exige el pago de estricto contado, en la anónima, se efectúa salvo circunstancias excepcionales, a través de una colocación de acciones cuyo reglamento debe ser aprobado por la junta directiva, o por la asamblea general de accionistas, con sujeción al artículo 387, que permite la cancelación por cuotas, dentro de un plazo máximo de un año.”².

Siendo así que en la medida que la inquietud sobre el reglamento de colocación es negativa, las demás preguntas se subsumen de la misma negativa.

3. En lo que se refiere a la sexta inquietud, se trae a colación lo expuesto por parte de este Despacho mediante concepto 220-150012 de 2016:

“Establece la mencionada disposición:

“En lo no previsto en este Título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se registrarán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”

(La negrilla para llamar la atención).

Como puede observarse, la remisión solo opera en la medida en que los artículos especiales aplicables a las sociedades limitadas (353 a 372 ídem), no regulen precisamente la materia respectiva, o resulten insuficientes para desarrollar el punto que corresponda.

En cuanto refiere al derecho de preferencia en las sociedades limitadas, o lo que es igual, la facultad que le asiste a los socios para adquirir proporcionalmente a

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-66234 (20 de diciembre de 2004). [En Línea]. Asunto: Aumento del capital en las sociedades de responsabilidad limitada. [Consultado el 22 de noviembre de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/18138.pdf



su participación en el ente económico, y con exclusión de extraños, las cuotas objeto de cesión, o aquellas provenientes de un aumento de capital, tenemos que el Legislador estableció aquella facultad en el artículo 363 ibídem, norma cuyo tenor literal es como sigue:

“Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurridos este lapso los socios que acepten la oferta tendrán derecho de tomarlas a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta”.

Por lo tanto, autorizados como se encuentran los asociados para pactar libre y voluntariamente el derecho de preferencia en la cesión de cuotas, resulta claro que, de acogerse tal opción, puede adoptarse el procedimiento previsto para el efecto en el artículo 363 del C. de Co. (una de las razones de la remisión), o aquel estipulado libremente entre las partes objeto de negociación.

Corolario con lo expresado, y a título de información, los elementos mínimos de la cesión de cuotas con sujeción al derecho de preferencia son:

- a. Que preceda una oferta o propuesta de la enajenación de las cuotas.
- b. Que la oferta se haga a través del representante legal de la compañía, teniendo en cuenta que es el medio de comunicación externa e interna de la sociedad, por lo tanto, intermediario necesario entre el proponente y los destinatarios de la oferta.
- c. Que el representante legal de inmediato de traslado de la oferta a los socios.
- d. El plazo para la aceptación de la oferta es de quince días, el cual debe entenderse en días hábiles de acuerdo con lo previsto en el artículo 829, párrafo primero del Código de Comercio.
- e. Los socios tienen derecho a tomar las cuotas en proporción a las que posean al momento de la oferta, sin perjuicio de que el derecho del cual no se haga uso, acrezca de la misma forma (proporcionalmente) a los demás asociados.
- f. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta”

Acorde con lo anterior, es claro que, si bien el artículo 363 del Código de Comercio consagra el derecho de preferencia en la cesión de cuotas con sujeción al procedimiento legal indicado, el mismo precepto permite que la voluntad social prescinda de este derecho en los estatutos, o establezca las condiciones en que no se será ejercido, caso en el cual preferirán y serán de obligatoria aplicación las estipulaciones estatutarias acordadas.

Tal sería el caso de la cláusula que estipula que los socios podrán renunciar al derecho de preferencia y a las reglas generales de cesión en forma individual o colectiva, expresión esta última que en concepto de este Despacho significa que la manifestación en tal sentido, podrá ser expresada por todos los socios como grupo o colectividad, esto es por la totalidad de las personas que ostenten la calidad de socios de la compañía, bien que lo haga cada uno de forma separada para luego sumarlas todas o que de manera simultánea la totalidad exprese su determinación, sin que ningún caso pueda equipararse la renuncia colectiva, a una decisión de la junta de socios, órgano social que sólo tendría competencia para pronunciarse sobre ese aspecto, en la medida en que los estatutos sociales de manera expresa le confirieran dicha función.

Distinto sería que en reunión de junta de socios llevada a cabo con la participación unánime de los socios que conformen el capital social, éstos expresen todos su voluntad en tal sentido, sin que por esa circunstancia se le atribuya en carácter de decisión del máximo órgano social.”³

En consecuencia, el derecho de preferencia se ha entendido como un derecho individual del asociado y por ello no se pueda renunciar por todos los asociados en nombre de los que no se encuentren o de los disidentes, toda vez que no es una decisión de la junta de socios, sino de una decisión individual que se emite en la reunión del máximo órgano social.

4. Aunado a lo expuesto anteriormente y para responder la séptima pregunta, es necesario indicar al consultante que el hecho de votar negativamente la decisión de la capitalización, no se entiende como renuncia al derecho de preferencia del asociado, teniendo en cuenta que se trata de dos derechos distintos e inherentes a su calidad de socio.

Conforme a lo anterior, el socio que hubiere votado negativamente la decisión de capitalizar la sociedad, podría afectar la mayoría requerida para adoptar tal decisión por parte de la sociedad, pero no pierde su derecho de preferencia frente a la cesión de cuotas sociales.

5. Al respecto de la novena y última inquietud, no se entiende bien la consulta realizada, teniendo en cuenta que parte de una capitalización de la sociedad y la inquietud pende de una presunta “cesión” de cuotas, razón que lleva a indicarle al consultante que en la capitalización se adquieren las cuotas directamente a la sociedad y no existe “cesión” de cuotas teniendo en cuenta que quien las crea es la sociedad y no cada socio.

Por tanto, si la adquisición respectiva se hace conforme a la ley, deberá realizarse la correspondiente reforma al contrato social, mediante escritura pública y se procederá a

3 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-150012 (29 de julio de 2016). [En Línea]. Asunto: Renuncia al derecho de preferencia en la cesión de cuotas. [Consultado el 22 de noviembre de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-150012.pdf

efectuar su registro en la Cámara de Comercio de la jurisdicción del domicilio social de la sociedad.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera 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 esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.