

OFICIO 220-208536 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2018

REF: EMISION ACCIONES DE GOCE SIN ESTIMACIÓN DE SU VALOR

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la posibilidad de emisión de acciones sin estimación de cuantía en una sociedad anónima simplificada.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“Emisión de acciones sin estimación de cuantía.

“Una sociedad por acciones simplificada, pretende emitir acciones de goce a favor del gerente de la sociedad en reconocimiento a la gestión realizada, dicha emisión se hará en los términos del inciso segundo del artículo 138 del C. Co., pero como estas acciones no son ordinarias, surgen algunos interrogantes respecto al procedimiento que se debe cumplir para su emisión, que se proceden a exponer:

1. Para la emisión de acciones de goce sin estimación de cuantía, que no tienen implicación en el capital social de la sociedad, y al ser sin estimación de cuantía no podrán ser redimibles en cuotas de participación en el capital de la sociedad, sin embargo otorgan derecho a la participación de las utilidades del ejercicio, en consecuencia, ¿se debe hacer la emisión con una determinación específica del número de acciones que se emiten de ésta naturaleza?
2. En concordancia con lo anterior, ¿este tipo de acciones debe verse reflejada en la composición accionaria de la sociedad?
3. Los estatutos sociales, permiten la emisión de acciones de ésta naturaleza, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir para su emisión?

Aunque es sabido, es oportuno advertir 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 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo 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, lo que explica que sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, con fines ilustrativos procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de índole general:

La cuestión relativa a la emisión de acciones de goce o industria, debe ser considerada en el contexto de las siguientes disposiciones del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 137. Podrá ser objeto de aportación la industria o trabajo personal de un asociado, sin que tal aporte forme parte del capital social. El aportante de industria participará en las utilidades sociales; tendrá voz en la asamblea o en la junta de socios; los derechos inicialmente estipulados en su favor no podrán modificarse, desconocerse ni abolirse sin su consentimiento expreso, salvo decisión en contrario proferida judicial o arbitralmente; podrá administrar la sociedad y, en caso de su retiro o de liquidación de la misma, solamente participará en la distribución de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante el tiempo en que estuvo asociado.

Habiéndose producido pérdidas, el socio industrial no recibirá retribución en el respectivo ejercicio.

“ARTÍCULO 138. Cuando el aporte consista en la industria o trabajo personal estimado en un valor determinado, la obligación del aportante se considerará cumplida sucesivamente por la suma periódica que represente para la sociedad el servicio que constituya el objeto del aporte.

Podrá, sin embargo, aportarse la industria o el trabajo personal sin estimación de su valor; pero en este caso el aportante no podrá redimir o liberar cuotas de capital social con su aporte, aunque tendrá derecho a participar en las utilidades sociales y en cualquier superávit en la forma que se estipule.

Las obligaciones del aportante se someterán en estos casos al régimen civil de las obligaciones de hacer.

“ ... ”

ARTÍCULO 150. La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o

partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.

Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

PARÁGRAFO. A falta de estipulación expresa del contrato, el sólo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.

“ ... ”

“ARTÍCULO 380. Podrán crearse acciones de goce o industria para compensar las aportaciones de servicios, trabajo, conocimientos tecnológicos, secretos industriales o comerciales, asistencia técnica y, en general, toda obligación de hacer a cargo del aportante. Los títulos de estas acciones permanecerán depositados en la caja social para ser entregados al aportante, en la medida en que cumpla su obligación y, mientras tanto, no serán negociables.

“Los titulares de las acciones de goce o de industria tendrán los siguientes derechos:

“1) Asistir con voz a las reuniones de la asamblea;

“2) Participar en las utilidades que se decreten, y

“3) Al liquidarse la sociedad, participar de las reservas acumuladas y valorizaciones producidas durante el tiempo en que fue accionista, en la forma y condiciones estipuladas.”

Sin embargo, en tratándose de una sociedad por acciones simplificada, deben ser consideradas las siguientes disposiciones de la Ley 1258 de 2008:

“ARTÍCULO 9o. SUSCRIPCIÓN Y PAGO DEL CAPITAL. La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años.

En los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de establecerse estas reglas de capital variable, los

estatutos podrán contener disposiciones que regulen los efectos derivados del incumplimiento de dichos límites.

“ARTÍCULO 10. CLASES DE ACCIONES. Podrán crearse diversas clases y de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

“Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.

“PARÁGRAFO. En el caso en que las acciones de pago sean utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie.”

“ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

“La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.”

“ARTÍCULO 45. REMISIÓN. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá 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...”

Finalmente ha de tenerse en cuenta el contexto de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades previstas en el Código General del Proceso, Artículo 24, numeral 5°:

“5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

“ ... ”

“b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

“ ... ”

“e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.”

La materia de la consulta, adicionalmente, ha sido objeto de prolíficos pronunciamientos por parte de esta Superintendencia que pueden ser consultados a través de la página Web www.supersociedades.gov.co.¹

¹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-048147 Del 5 de Agosto de 2010, Oficio 220-167207 Del 01 de Diciembre de 2011, Oficio 220-001091 Del 13 de Enero de 2013, Oficio 220-156704 DEL 05 de noviembre de 2013, Oficio 220-118032 del 13 de junio de 2017, Oficio 220-172030 del 08 de agosto de 2017.

En las condiciones que establecen las disposiciones transcritas y a partir de la doctrina de esta Entidad, frente a las inquietudes formuladas es dable colegir lo siguiente:

1. La reforma estatutaria de una SAS consistente en la decisión del máximo órgano social, o en su defecto el órgano que haga sus veces, dirigida a emitir acciones de goce sin estimación de su valor, deberá precisar con toda claridad el número de acciones que serán emitidas, la clase de derechos que otorgan a su titular y la forma en que podrán ser redimidas por el socio industrial.

La reforma estatutaria deberá ser explícita en señalar que tales acciones no modifican el capital social de la compañía y que solo pueden ser redimidas por el representante legal de la empresa.

2. Como quiera que en el caso hipotético consultado se manifiesta expresamente que tales acciones no “tienen implicación en el capital social”, este tipo de acciones no afecta la cuenta del capital autorizado, suscrito y pagado de la sociedad.

Simplemente, deberá amortizarse el aporte de industria con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio social, en la parte proporcional que a éste corresponda, en cumplimiento de las previsiones del Artículo 139 del Código de Comercio.

3. En la sociedad por acciones simplificada, no es obligatorio hacer reglamento de colocación de acciones. Por tanto, en desarrollo del principio de discrecionalidad, corresponderá a los socios definir en los estatutos el procedimiento para la suscripción de acciones de industria en beneficio del representante legal.

En lo no previsto, se regirá por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio y por las reglas que rigen para las sociedades anónimas en el mismo estatuto.

4. Habrá de tenerse en cuenta que al momento de adoptar la reforma estatutaria dirigida a la creación de acciones de goce en beneficio del representante legal, en sociedades SAS con pluralidad de socios, debe haber la suficiente ilustración, en el sentido de que existen riesgos asociados a su implementación desde la perspectiva del gobierno corporativo de la compañía.

Si bien este mecanismo está diseñado, para el beneficio, estímulo y retención de los mejores empleados de la compañía, con el loable propósito de fortalecer sus procesos internos, es preciso advertir que también puede prestarse para abuso por parte de socios controlantes o de administradores dominantes, que encuentran en esta alternativa la posibilidad de diluir las utilidades de la compañía, en perjuicio de socios minoritarios lejanos de la información, del poder de decisión y de la administración.

Así hay que examinar la posibilidad de que se presente conflicto entre socios que afecte los intereses de los socios minoritarios, cuyo remedio solo

podrá encontrarse en el marco de las acciones judiciales por abuso del derecho y conflicto de socios, previstas en la Ley 1258 de 2008 y en el Código General del Proceso.

En los anteriores términos su solicitud ha sido tendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, 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 la Circular Básica Jurídica, entre otros.