

OFICIO 220-138771 DE 11 JUNIO DE 2024

ASUNTO: ACCIONES DE PAGO - ACUERDOS DE ACCIONISTAS

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia mediante la cual formula una consulta en los siguientes términos:

"LAS ACCIONES DE PAGO EN LAS S.A.S. DEBEN (SIC) SUSCRITAS POR SUS TENEDORES? COMO SE PERFECCIONAN LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS Y LOS REQUISITOS PARA SU EFICACIA VINCULANTE EN UNA S.A. Y CUAL ES LA CONSECUENCIA (SIC) JURÍDICA DE QUE UN ACCIONISTA-ADMINISTRADOR DE UNA SAS VOTE LOS ESTADOS FINANCIEROS PREPARADOS POR ÉL MISMO, ES VALIDA, O NULA, O INFICAZ O INOPONIBLE?"

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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Con el alcance indicado, esta Oficina procede a responder su consulta en los siguientes términos:

"LAS ACCIONES DE PAGO EN LAS S.A.S. DEBEN(SIC) SUSCRITAS POR SUS TENEDORES?"

Respecto de su primera inquietud, y para dar respuesta a la misma, se trae a colación el Oficio 220-016068 de 5 de febrero de 2020 por medio del cual esta Oficina se pronunció en los siguientes términos:

"1. ¿Podría afirmarse que las ACCIONES DE PAGO No pueden ser suscritas por sus tenedores porque dicho tipo accionario está en la reserva y el valor nominal está conformado de acuerdo a las utilidades generadas por la sociedad? Esta primera hipótesis aparte de que no podrán ser suscritas toda vez que implicaría que los administradores y empleados realicen aportes.

(...)

Conforme a lo anterior, se procede a dar respuesta a sus interrogantes, previas las siguientes menciones:

En las sociedades por acciones simplificadas se permite la creación de tantas clases y series de acciones como los asociados estimen conveniente, según las necesidades y los fines que en cada caso orienten la creación de la sociedad.

El artículo 10 de la Ley 1258 de 2008 señala algunas de las modalidades que pueden ser creadas, entre ellas las que denomina acciones de pago, respecto de las cuales el parágrafo de la norma citada advierte lo siguiente: "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".

Al respecto la Superintendencia en el Oficio 220-113532 del 8 de septiembre de 2009, expresó lo siguiente:

"(...) Si bien la citada disposición enuncia algunas de las modalidades que pueden ser creadas, entre ellas las que denomina acciones de pago, no existe en el ordenamiento regulación alguna que específicamente las consagre como tal, como sí ocurre, por ejemplo, con las acciones privilegiadas o las acciones con dividendo preferencial sin derecho a voto de forma que pueda hablarse propiamente de un "tipo de acciones de pago". No obstante, el parágrafo de la norma claramente advierte que estas últimas pueden ser utilizadas para proveer el pago de obligaciones de carácter laboral, en cuyo caso se deberán observar los límites de la legislación laboral, como sería el de las reglas atinentes al monto máximo que está permitido pagar en especie el salario o remuneración del trabajador, con lo cual se está significando claramente que esta modalidad podría servir de instrumento para posibilitar entre otros la participación de los ejecutivos y empleados de la sociedad.

En este orden de ideas, se debe tener presente que las acciones, por regla general, tienen la vocación para representar la participación en el capital de la sociedad y no propiamente la administración de la misma. Pero, aun teniendo en cuenta que las acciones de pago no implican per sé "co-gestión" de los beneficiarios en la empresa, entendida ésta como la participación en la administración de la misma, nada obstaría en concepto de esta Oficina, para que los contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, le asignen a éstas u otra modalidad de acciones que para ese fin se creen, unos derechos que le otorguen a sus titulares algún grado de intervención, amén de que las partes pueden estipular las condiciones que estimen pertinentes dada la ausencia de regulación legal en la materia, e igualmente variar la estructura de gestión de la compañía, prevista de manera supletoria en la mencionada Ley 1258, para lo cual se habrán de diseñar en el contrato las estipulaciones precisas que no creen confusión entre la calidad de accionista y la de administrador (...)"

Al respecto, el doctor Francisco Reyes Villamizar en su libro Sociedad por Acciones Simplificada Editorial Legis, cuarta edición, páginas 218 y 219, expresa lo siguiente:

"(...) La Ley 1258 amplía el abanico de modalidades de acciones que la compañía puede emitir. La redacción claramente dispositiva del artículo 10 del estatuto sobre la SAS, según el cual podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las que se mencionan en la norma, suministra la mayor amplitud de

estipulación para los accionistas. El mismo precepto es explícito en permitir la creación de diversas clases y series de acciones.

"(...) En los términos de este precepto, cualquiera de estas clases de acciones se puede pueden emitir, "según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas"

Agrega también el doctor Reyes en el referido libro, páginas 223 y 224, lo siguiente:

"Las acciones de pago son otra modalidad dentro de la amplia estructura de capitalización prevista para la SAS. Ciertamente, la idea de que la sociedad emita acciones a favor de sus propios ejecutivos y empleados constituye una significativa innovación que permite acercar los intereses, especialmente de los administradores sociales, con aquellos de los accionistas."

De las precitadas notas se infiere que la creación de acciones "de pago", podría tener lugar en eventos tales como cuando la sociedad tenga a cargo obligaciones laborales con empleados o administradores, cuyo pago podría satisfacerse a partir de la decisión del máximo órgano social de entregar como contraprestación laboral las referidas acciones, hecho que supone desde luego, que: (i) éstas se hubieren creado estatutariamente, (ii) se encuentren en reserva y (iii) que la decisión de efectuar el pago con " acciones de pago" se adopte por la asamblea con el voto del 70% de las acciones presentes de acuerdo con los artículos 17 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, o por el accionista único.

Así pues, en el evento en que, **por tratarse de un pago, la entrega de este tipo de acciones, no responde a los lineamientos de una oferta dentro de un contrato de suscripción en los términos del artículo 385 del Código de Comercio; sin perjuicio de lo que dispongan los estatutos de la sociedad,** a juicio de esta Oficina, no se requiere de un reglamento de colocación, por lo que resultaría aplicable lo dicho por esta Superintendencia, mediante Oficio 220-14428 del 30 de abril del 2001, en el que expresó lo siguiente:

(...) "En efecto, en el oficio citado así como en el 220-16747 de agosto 31 de 1994, esta Entidad expone con amplitud el criterio conforme con el cual en el caso de capitalización de utilidades o en la capitalización de acreencias no se requiere un reglamento de colocación de acciones, entre varias razones, porque esta capitalización surge con un acuerdo previo entre la sociedad y el futuro receptor de acciones que son emitidas no a través de un reglamento, sino derivadas de una decisión previa del máximo órgano social, tomada en los términos de la ley y de los estatutos, la que no responde a los lineamientos de una oferta y por tanto no requiere ajustarse a los requisitos del artículo 385 del Código de Comercio.

"(...) Ahora bien, en cuanto al interrogante de sí es dable llevar a cabo la capitalización de acreencias con personas ajenas a la sociedad, valga decir, no accionistas, sin necesidad de acudir a un reglamento de colocación de acciones,

se considera que ello es posible por las mismas razones ya indicadas que sirvieron de fundamento para sostener dicha viabilidad cuando los acreedores sean accionistas. Claro está que para llevar a cabo dicha operación sería necesario que los accionistas con la mayoría establecida para el efecto, y que no puede ser inferior al 70% de las acciones representadas en la reunión apruebe la referida capitalización, como igualmente se requiere de dicha aprobación cuando la capitalización se realice a favor de acreedores-accionistas, y en virtud de la misma se modifique la participación porcentual de los asociados (...)"

*Con fundamento en lo expuesto y con el fin de responder la primera inquietud planteada, es preciso tener en cuenta **que las "acciones de pago", además de haber sido creadas estatutariamente, deben existir en la reserva de la compañía para entregarlas a quienes opten por recibirlas como parte de pago en especie por sus servicios, previa decisión de la asamblea general de accionistas y de acuerdo con el valor nominal establecido en el acto de constitución o contrato social, y finalmente que quien las adquiera, necesariamente adquiere la calidad de socio.***"²(Subraya y negrita fuera de texto).

"COMO SE PERFECCIONAN LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS Y LOS REQUISITOS PARA SU EFICACIA VINCULANTE EN UNA S.A."

El artículo 70 de la Ley 222 de 1995³ (por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones), indica:

"ARTICULO 70. ACUERDOS ENTRE ACCIONISTAS. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo."

A su vez, respecto de este tema, esta Oficina ha indicado:

" (...) ii. A propósito de los elementos que definen los acuerdos de accionistas en los términos de la legislación mercantil, esta Superintendencia en Sentencia 801-16 del 23 de abril de 2013 (proceso de Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra

² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-016068. (5 de febrero de 2020). Asunto: Sociedad por acciones simplificada, acciones de pago. Disponible en: https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/BxyMiIoBWsm0E8MWktM_#/

³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 222 de 1995. Diario Oficial No. 42156 del 20 de diciembre de 1995. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1655766>

Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.) manifestó:

*"(...) "Con la promulgación de la Ley 222 de 1995, se reconoció, por primera vez en nuestro ordenamiento legal, que los acuerdos de accionistas podían surtir efectos más allá de las partes que los suscriben. En el artículo 70 de la Ley 222 se consagró una excepción legal al postulado de la relatividad de los actos jurídicos, por cuya virtud, las estipulaciones contenidas en un convenio parasocial 'producirá[n] efectos respecto de la sociedad. Claro que, para ello, el respectivo acuerdo debe cumplir con las múltiples exigencias mencionadas en la norma citada. Se trata de 'requisitos sustanciales de índole subjetiva y objetiva y de condiciones de forma cuyo cumplimiento se exige de modo imperativo. La restricción subjetiva consiste en que los accionistas suscriptores no ostenten la calidad de administradores, al paso que la de naturaleza objetiva tiene que ver con las materias sobre las cuales puede versar el acuerdo, vale decir, el sentido en que los suscriptores deberán votar en las reuniones de la asamblea o la representación de tales accionistas en las sesiones del máximo órgano social. Además, debe cumplirse con la formalidad consistente en que el acuerdo conste por escrito y 'que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad'. De no cumplirse con alguna de las exigencias mencionadas, parece suficientemente claro que el respectivo acuerdo sólo tendrá efectos entre los accionistas que lo celebraron. (...)"*⁴

Así las cosas, en atención a lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil⁵, es preciso indicar que el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 es claro en señalar los requisitos para que un acuerdo de accionistas sea válido y vinculante para la sociedad.

"CUAL ES LA CONSECUENCIA DE JURÍDICA DE QUE UN ACCIONISTA-ADMINISTRADOR DE UNA SAS VOTE LOS ESTADOS FINANCIEROS PREPARADOS POR ÉL MISMO, ES VALIDA O NULA, O INEFICAZ O INOPONIBLE?"

La prohibición a la que hace referencia la inquietud, se encuentra contenida en el artículo 185 del Código de Comercio que señala:

"Artículo 185: Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran.

Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación."

⁴ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Oficio 220-186987 (04 de septiembre de 2020). Asunto: ACUERDOS ENTRE SOCIOS - SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE - CONFLICTO ENTRE SOCIOS. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/E02YEoIBlIrnHGsk9VG>

⁵ Artículo 27. "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)"

Ahora bien, tratándose del tipo societario de las S.A.S., el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008 dispone: "**Las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.**"

Por tal motivo, en principio, no habría una consecuente jurídica negativa por el hecho que un accionista que ostente la calidad de administrador en una sociedad por acciones simplificada vote los estados financieros preparados por esa misma administración.

Ahora bien, en caso de que estatutariamente se haya pactado la prohibición para votar los estados financieros por parte de aquellos socios administradores, y se adopte decisión en contravención a dicho mandato estatutario, esta decisión sería absolutamente nula, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190⁶ del Código de Comercio.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, la Circular Básica Jurídica y el aplicativo Tesauro donde podrá consultar la doctrina jurídica y la jurisprudencia mercantil de la Entidad.

⁶ Artículo 190. "Decisiones ineficaces, nulas o inoponibles tomadas en asamblea o junta de socios. 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."