SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 220-006333 DEL 08 DE FEBRERO DE 2019

REF: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL PAGO DEL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.

Me remito a su comunicación radicada por la WEBMASTER de esta Superintendencia bajo el número de radicado 2019 – 01 – 001048 de fecha de 3 de enero de 2019, mediante la cual se solicita concepto sobre los siguientes asuntos:

1. En el momento de constituir una sociedad, ¿Un socio puede aportar un software de su propiedad a la sociedad, para ser titular de acciones y que su aporte haga parte del capital pagado de la sociedad?.

2. ¿Para efectuar el aporte de un software como capital pagado de la sociedad es requerido que dicho software se encuentre registrado, a pesar de que el artículo 9º de la ley 23 de 1982 no exige dicho registro?.

3. En caso de que el aporte de un software no pueda considerarse como parte del capital pagado, pero los socios en el acto de constitución lo haya declarado de esa manera ¿Existen sanciones o multas por parte de las autoridades al declarar de forma errónea el capital pagado?.

4. ¿Es necesario que en el acto de constitución se indique que el capital pagado se pagó a través de un software?.

5. En caso de que el acto de constitución no se haya indicado que el capital pagado se realizó con base en un software, ni se indicó la forma de pago del mismo ¿Es necesario hacer una reforma estatutaria registrada en Cámara de Comercio para efectuar ésta aclaración? ¿La aclaración se puede realizar mediante acta, sin realizar el correspondiente registro en Cámara de Comercio?.

6. ¿Si los socios trabajan en el sector informático, pueden realizar, ellos mismos, la estimación del valor del software que se aporta a la sociedad?.

7. Si una persona quiere tener la calidad de socio de la sociedad e indica que el aporte que va a realizar es la gestión comercial, asegurando que a través de él la sociedad podrá suscribir contratos de suma importancia que garantizarán el crecimiento de dicha sociedad, ¿Qué clase de aporte es el que efectúa éste socio? ¿El aporte puede considerarse como parte del capital pagado?.

Sobre el particular se debe señalar 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, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

De conformidad con lo expuesto se hacen las siguientes precisiones jurídicas:

1. El artículo 9 de la ley 1258 de 2008 estipula que 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 todo caso, 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.

2. Ahora bien, el artículo 10 de la norma mencionada, señala que se podrán crear diversas clases y series 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. Igualmente, 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.

3. El artículo 138 del Código de Comercio indica que cuando el aporte consista en 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 de su aporte.

4. Por su parte el artículo 139 del Código de Comercio establece que tratándose de sociedades anónimas, cuando se determine un valor estimado del aporte de industria, este deberá amortizarse con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio social, en la parte proporcional que a éste corresponda.

¨(…) Sobre el particular, es pertinente determinar si en términos generales es procedente realizar aporte de industria en la sociedad por acciones simplificada, las cuales están reguladas en la Ley 1258 de 2008. Sobre este punto se pronunció la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-023136 del 19 de abril de 2010, de la siguiente manera:

"(…)"

Para comenzar es oportuno mencionar que el aporte de industria en el marco de la legislación mercantil, representa las prestaciones consistentes en la actividad personal, conocimientos tecnológicos, secretos industriales o comerciales, asistencia técnica y, en general, ciertas obligaciones de hacer que una o más personas se comprometen a cumplir a favor de la sociedad, y por concepto de las cuales el aportante adquiere como contraprestación, un derecho básicamente restringido a participar en las utilidades sociales en la forma que se estipule en el contrato social, mas no a ostentar en sentido estricto la calidad de socio, ni los derechos que a éste le son inherentes.

Por su parte es suficiente la ilustración que a esta altura existe sobre la configuración que ostentan las sociedades por acciones simplificadas como nueva alternativa para acometer empresa y sobre las características que las individualizan respecto de los tipos tradicionales regulados por el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, las que en esencia dejan un amplísimo espacio a la libre iniciativa de las partes como se evidencia en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, el cual dispone:

"Podrán crearse diversas clases y series 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.

PAR.-En el caso en que las de pago sean utilizadas frente a las obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos limites previstos en el Código Sustantivo de Trabajo para el pago en especie."

A ese propósito este Despacho ha manifestado que antes que una descripción de las características y el fundamento legal de las acciones enunciadas, se observa como uno de los aspectos donde particularmente se aprecia la posibilidad de ejercer una verdadera autonomía contractual, está en las reglas sobre capital y acciones contenidas en el Capítulo III de la Ley 1258 de 2008, particularmente en el artículo 10 antes transcrito, que en desarrollo de ese principio permite de manera expresa la creación de tantas clases y series de acciones como los asociados estimen conveniente, según las necesidades y los fines que en cada caso oriente la creación de la sociedad, teniendo en cuenta que cualquiera de esas clases de acciones por remisión (artículo 45 ibídem) se deberá sujetar a lo que establezcan sobre el particular las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, como en la Ley 222 de 1995 respecto de las últimas.

Frente a las denominadas " acciones de pago" el parágrafo del citado artículo 10, claramente advierte que estas 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.

Así las cosas es dable concluir que el legislador permitió la posibilidad de crear varias clases y series de acciones, como se aprecia en la disposición invocada, donde se contemplan además de las acciones reguladas para las sociedades anónimas convencionales, el aporte de servicios o trabajo, al que le corresponderían las mencionadas acciones de pago, concebidas como instrumentos idóneos para retribuir el trabajo de los ejecutivos y empleados de la empresa en las condiciones señaladas, lo que desde luego no obsta para adoptar la modalidad del aporte de industria que la legislación mercantil consagra para los tipos societarios convencionales, en cuyo caso se repite, se deberán seguir las reglas que al efecto establecen los artículos 137 y siguientes del Código de Comercio".

Ubicados en el escenario anterior, tenemos que siendo el denominado SOFTWARE, un conjunto intangible de datos, el conjunto de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las operaciones de un sistema de computación y programas de la computadora, es claro que queda perfectamente establecido la viabilidad de entregarse un SOFTWARE como aporte de industria, en este caso sin estimación de su valor, para la constitución de una sociedad, sea cual fuere el tipo societario adoptado, incluyendo una sociedad por acciones simplificada."[1].

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220--103028 (4 de septiembre de 2011). Asunto: Aporte de industria sin estimación de valor - Software. Tomado el: 23 de enero de 2018. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/31734.pdf

Igualmente acerca del valor asignado al aporte de industria, también señaló esta entidad acerca de su avalúo:

> ¨(…) En cuanto a la forma de valoración del aporte del Know How, considera esta oficina que, para el efecto, se debe partir de la seguridad de que el intangible resulte ser, indudablemente, un activo apreciable en dinero que al ser incluido en la contabilidad social acreciente el capital como prenda general de los acreedores sociales; por lo tanto, primeramente deben examinarse condiciones sobre el mismo para que, inclusive, proceda su registro contable, tales como que no tenga sustancia física, que pueda separarse, que surja de derechos contractuales u otros derechos legalmente reconocidos, que puede ser separado de la entidad y vendido, transferido, licenciado, alquilado o intercambiado, distinguible y que pueda ser controlado separadamente, estándares todos éstos a los que se refiere la NIC 38. En cuanto al valor del intangible, éste debe ser determinado utilizando métodos o procedimientos de reconocido valor técnico (…)¨[2].

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-172030 (8 de agosto de 2017). Asunto: Acciones de Goce o Industria con aporte de intangible en una sociedad por acciones simplificada. Tomado el: 23 de enero de 2018. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-172030.pdf

Por otro lado, es importante destacar que volviendo al artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, claro es que se puedan crear un sinnúmero de clases de acciones además, razón por la cual al momento de capitalizarse o constituir la empresa debieron haber sido creadas con el fin de ser pagadas y entregadas en las condiciones pertinentes al socio destinatario de las mismas, en caso contrario, se debe hacer la reforma estatutaria correspondiente, reforma que a todas luces debe ser registrada en la Cámara de Comercio, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Comercio.

A tenor de la doctrina, el Doctor Francisco Reyes Villamizar indicó sobre la reglas del capital y las acciones en las sociedades por acciones simplificadas:

> ¨(…) La ley 1258 de 2008 amplía el abanico de modalidades de acciones que la compañía puede emitir. La redacción claramente dispositiva del artículo 10 de estatuto sobre las 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.(…)
>
> (…) La misma norma facilita la emisión de acciones al incluir las siguientes modalidades: i) acciones privilegiadas; ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; iii) acciones con dividendo fijo anual; y iv) acciones de pago. En los términos de este precepto, cualquiera de estas clases de acciones se puede emitir ¨según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas¨. Así, en la medida que no

exista regulación específica en la Ley SAS, habrán de aplicarse las reglas disponibles en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995.(…)[3]¨.

3 REYES VILLAMIZAR, Francisco. S.A.S. La Sociedad por Acciones Simplificada. 4ª Edición. LEGIS S.A.. 2018. 216 p. ISBN 978-958-767-730-0.
4 ¨(…) La Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, presta el servicio gratuito de registro de obras literarias y artísticas, entre ellas el soporte lógico o software. En este sentido, la finalidad del registro e la de otorgar mayor seguridad jurídica a los titulares respecto de sus derechos autorales y conexos, dar publicidad a tales derechos y a los actos y contratos que transfieren o cambien su dominio y dar garantía de autenticidad a los titulares de propiedad intelectual y a los actos y documentos a que a ella se refieran. Por tal razón, el objeto del registro de derecho de autor y de los derechos conexos no es constitutivo de ellos sino meramente declarativo, no obligatorio y sirve de medio idóneo de prueba. Lo anterior, responde al criterio normativo autoral que establece que desde el mismo momento de la creación nace el derecho y no se requieren de formalidades para la constitución del mismo(…).¨ (Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor. Registro de soporte lógico(software). Tomado el: 24 de enero de 2019. Disponible en: http://derechodeautor.gov.co/software.

Razón anterior, que nos lleva a establecer que frente a la inquietud de cubrir la gestión comercial de alguno de los socios se pueda aplicar según las normas vigentes la posibilidad de utilizar el tipo accionario respectivo, como el establecido en el artículo 380 del Código de Comercio referente a las acciones de goce o industria, teniendo en cuenta las condiciones del aporte y los derechos inherentes a las acciones de este tipo.

Por último, es necesario tener en cuenta que la entrega del aporte respectivo, para emitir las acciones correspondientes, debe cumplir con la obligación respectiva de hacer por parte del aportante. Así las cosas, actividades propias que sobre el aporte se deban realizar, es un hecho de la órbita del máximo órgano social, quien tiene la potestad de exigir o no dependiendo del aporte la inclusión de certificaciones o actividades adicionales con el fin de emitir los títulos correspondientes, en la medida de su valor técnico reconocido. No obstante, estando la Ley 23 de 1982 vigente, y cuya disposición del artículo 9º no señala de manera específica que el registro sea constitutivo del derecho de propiedad, esto debe ser tenido en cuenta con el fin de determinar si el aporte que se apruebe por parte de la asamblea, da la suficiente seguridad4 para que la adquisición que se realiza tenga el valor técnico otorgado al aporte que se quiere incluir, inclusive para efectos de revelación de la información financiera, bajo los marcos técnicos normativos internacionales, que fueron introducidos en Colombia bajo la Ley 1314 de 2009 y demás normas concordantes.

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 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.