

OFICIO 220-024296 DEL 20 DE FEBRERO DE 2017

ASUNTO: APORTES AL CAPITAL SOCIAL - RESPONSABILIDAD DE SOCIOS GESTORES – PACTO VESTING.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con los números 2017-01-12581 y 2017-01-12598, mediante la cual formula las siguientes inquietudes:

“1 ¿Existen mínimos y plazos para la aportación del capital de las sociedades colectivas y en las sociedades en comandita simple? o por el contrario las condiciones de aportación es de libre acuerdo entre los asociados?

2. ¿La responsabilidad de los socios gestores en las sociedades en comandita al ser solidaria, es directa o subsidiaria?

3. ¿Puede una sociedad de capital ser gestora en una sociedad en comandita?

4. De conformidad con el artículo 22 de la ley 1014 de 2006 ¿es posible constituir ese tipo de sociedades sin cumplir con el requisito de pluralidad de socios, excluyendo el caso las sociedades en comandita?

5. De conformidad con la normativa vigente, ¿es posible diferir en el tiempo la entrega o la transferencia de la participación (acciones, cuotas, partes de interés) a un socio, pacto mejor conocido como *vesting*?”.

Al respecto, es necesario advertir que los conceptos que esta Entidad emite en atención a las consultas, solo expresan una opinión general y abstracta sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a una situación o sociedad en particular y en esa medida no tienen carácter vinculante, ni comprometen su responsabilidad (Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Anotado lo anterior, procede referirse en su orden a los interrogantes planteados a partir de la doctrina de la Entidad en torno a los temas que involucran éstos.

1. (...)

Procede por tanto, en primer lugar, observar que la sociedad surge de la intención de asociarse o el *ánimus societatis*, elemento subjetivo que se manifiesta en el acuerdo de voluntades, que es el que distingue la sociedad de la simple comunidad; la sociedad representa una empresa de colaboración en la que todos los socios persiguen una misma finalidad, cual es la obtención de una utilidad repartible entre todos ellos; para lograrlo, todos los socios se obligan a entregar un aporte apreciable en dinero, aporte que a un mismo tiempo constituye la fuente y

la medida de la participación del asociado en la utilidad obtenida con la utilización del fondo social y el móvil eficiente para la realización del contrato de sociedad.

Así, dispone el artículo 98 del Código de Comercio, lo siguiente: "por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados."

De la referida definición se desprende que uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad, es la obligación de los socios de hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, la cual debe quedar claramente establecida en dicho contrato. A su vez, el artículo 124 del mismo código le impone a los asociados entregar sus aportes en el lugar, forma y época estipulados y a falta de estipulación, señala que la entrega de los bienes muebles se hará en el domicilio social, tan pronto como la sociedad esté debidamente constituida.

Por tanto, los socios de toda compañía deben suministrar o entregar a la misma, en el lugar, forma y época estipulados, según el tipo societario de que se trate, las aportaciones acordadas, las cuales en su conjunto, van a constituir el capital social del ente jurídico, capital que, conforme lo ordena el Artículo 122 debe estar fijado de manera precisa en los estatutos sociales. (artículo 110, numeral 5, ibídem).

El capital social es pues, elemento fundamental que imperativamente debe surgir a la constitución de la sociedad y la existencia del mismo, no solamente se justifica en razón a la necesidad de que el nuevo ente disponga de las bases económicas para el inicio de su actividad empresarial, sino para brindarle a los terceros que hayan de relacionarse con el mismo, la prenda suficiente para garantizarles el cumplimiento de las obligaciones en su favor contraídas.

Ahora bien, la sociedad en comandita está formada por dos clases de socios: los colectivos, que participan de la misma naturaleza de los socios de una sociedad colectiva, en la que todos los asociados responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas en desarrollo de los negocios sociales y los comanditarios que limitan su responsabilidad a los respectivos aportes. Al respecto artículo 325, se expresa lo siguiente:

"El capital se formará con los aportes de los socios comanditarios o con los de éstos y los de los socios colectivos simultáneamente. Cuando los colectivos hicieren aportaciones de capital, en la respectiva escritura se relacionarán por su

valor, sin perjuicio de la responsabilidad inherente a la categoría de tales socios. El comanditario no podrá en ningún caso ser socio industrial"

Efectuadas las precisiones que anteceden, la inquietud que se formula en el primer interrogante, podría eventualmente poner de manifiesto la carencia de un elemento esencial del contrato, que se concreta en la falta de determinación del capital y la forma y términos del pago del aporte por parte de los socios, prevista en el artículo 110 numeral 5º del Código de Comercio.

Sin embargo, en torno al aporte del socio gestor, el doctor Gabino Pinzón en su obra, sociedades comerciales volumen II, página 61, al referirse a los socios gestores expresa lo siguiente: "Ese aporte de trabajo o industria es el que confiere la calidad de socio a la persona que se vincula como gestora de una compañía en comandita; el aporte de capital nada agrega a su calidad de gestor; ni menos puede decirse que una persona sea al mismo tiempo gestora y comanditaria por el hecho de que además de su obligación de administrar los negocios sociales, contraiga la de llevar al fondo social y mantener en él un aporte de capital."

Por tanto, en el supuesto que la participación del socio gestor en la sociedad en comandita, se hubiere concretado en forma de trabajo, es claro que periódicamente debe participar en la distribución de las utilidades sociales de acuerdo con el porcentaje acordado; en su defecto, su participación será equivalente a la del mayor aporte de capital, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 150 del Código de Comercio...". (Oficio 220-28323 del 12 de junio de 2002)

2. La responsabilidad de los socios colectivos es subsidiaria, solidaria e ilimitada por las operaciones sociales según los términos de los artículos 294 y 352 del Código de Comercio.

De ahí que las acreencias contraídas por la sociedad, han de ser exigidas en primer término a la sociedad, y ante el incumplimiento en la solución de la obligación, los acreedores podrán perseguir a todos o a uno cualquiera de los asociados en procura de su pago.

La jurisprudencia y la doctrina institucional coinciden en considerar que no es posible exigirle a los asociados la ejecución o el cumplimiento de obligaciones a cargo de la sociedad, sin antes haber requerido de esta última, en forma directa, el pago correspondiente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 del estatuto mercantil, modificado por el artículo 2 de la Ley 222 de 1995 y demás normas concordantes, es dable afirmar que cualquier persona natural o jurídica, puede concurrir a la

constitución o ingresar como socio gestor o comanditario de una sociedad en comandita, bien sea simple o por acciones, toda vez que la legislación mercantil no exige ninguna condición para ese efecto, salvo que tenga capacidad para contratar.

4. Aun cuando la redacción de su inquietud no es clara, resulta oportuno remitirse al texto del artículo 46 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, a cuyo tenor se lee:

“Artículo 46. Vigencia y Derogatorias. La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas” (El resaltado es nuestro).

5. El denominado **VESTING O PACTO VESTING**, no se encuentra consagrado de manera expresa en la legislación colombiana.

En la doctrina contemporánea el **VESTING** es un término de origen anglosajón que esencialmente describe un acuerdo entre asociados, un pacto, que busca fijar un tiempo de permanencia en una sociedad por parte de los socios para poder así recibir la totalidad de las cuotas o acciones que previamente ha sido acordado o también, puede estar condicionado al cumplimiento de determinados objetivos.

En ese entendido, a juicio de esta oficina debe inferirse que al ser un pacto entre accionistas, tendría validez entre quienes lo suscriben, pero no podría fijar parámetros que conlleven a modificar la forma de integrar el capital en los diferentes tipos societarios que consagra la legislación colombiana.

A título de ejemplo, se tiene que en las sociedades de responsabilidad limitada en las que el capital debe pagarse íntegramente al constituirse la compañía o al efectuarse cualquier aumento del mismo; en consecuencia el titular de las cuotas sociales dispone de ellas desde el momento en que sean canceladas, por lo cual no sería viable supeditar el recibo de sus cuotas, a la permanencia en la sociedad por un determinado tiempo.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la P. Web

puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, como la Circular Básica Jurídica.