

OFICIO 220-066697 DEL 09 DE MAYO DE 2018

**REF: ALTERNATIVAS PARA DISPONER DE LAS ACCIONES READQUIRIDAS.
- NO SE AJUSTAN A DERECHO CONTRATOS LABORALES CON
ASOCIADOS PARA REBAJAR IMPUESTOS.**

Me refiero al escrito radicado bajo el número 2018-01-107528, a través del cual plantea una hipótesis preliminar que describe la composición de una sociedad anónima cerrada, en la que se encuentra pactado el derecho de preferencia primero, en favor de la sociedad y luego de los accionistas y en tal virtud, la sociedad ha readquirido parte de sus propias acciones con cargo a la reserva constituida para ese propósito, tomada de las utilidades a distribuir.

-Frente a esa circunstancia pregunta:

‘1) ¿Es factible y legal que la asamblea de accionistas y la junta directiva le ordene al gerente que proceda a realizar la distribución de las acciones propias de la compañía entre cada uno de los accionistas?

2) ¿Si no es legal tal distribución de hecho de acciones y se lleva a cabo, qué responsabilidad le (sic) cabe a los accionistas y administradores (representante legal y junta directiva) por este comportamiento?

3) ¿Si no es legal tal distribución de hecho de acciones y se lleva a cabo, a qué acciones legales se verían abocados los accionistas y los administradores de la compañía (representante legal y junta directiva), por esta actuación?

-En la segunda hipótesis manifiesta que para disminuir el impuesto por concepto de utilidades, los accionistas deciden ordenar al gerente celebrar contratos laborales o de servicios con los accionistas o con personas recomendadas por ellos, y al efecto pregunta:

‘1) ¿La conducta de los asambleístas y administradores de la compañía, en el evento de hacer efectiva la contratación, se ajusta a derecho desde el punto de vista societario?

2) ¿Si no es legal tal contratación, pero se llegase a ejecutar, que responsabilidad le (sic) cabe a los accionistas y a los administradores (representante legal y junta directiva) por actuar de esta manera?

3) ¿A qué acciones legales se vería (sic) abocados los accionistas y los administradores de la compañía (representante legal y junta directiva), por estas conductas?’

Aun cuando el peticionario ya lo advirtió, es preciso señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta oficina emite un concepto u opinión de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver asuntos de carácter particular, ni puede considerarse asesoría encaminada a determinar consecuencias jurídicas relacionadas con actos o decisiones que haya adoptado o pretendan adoptar los socios, administradores o asesores de indeterminadas como es su propósito.

Bajo esa premisa, frente a los primeros interrogantes basta remitirse al artículo 417 del Código de Comercio, que de manera taxativa señala las alternativas que pueden ser adoptadas con las acciones propias readquiridas, a saber:

1. *Enajenarlas y distribuir su precio como una utilidad, si no se ha pactado en el contrato u ordenado por la asamblea una reserva especial para la adquisición de acciones, pues en este caso se llevará el valor a dicha reserva;*
2. *Distribuir las entre los accionistas en forma de dividendo;*
3. *Cancelarlas y aumentar proporcionalmente el valor de las demás acciones, mediante una reforma del contrato social;*
4. *Cancelarlas y disminuir hasta concurrencia de su valor nominal, y*
5. *Destinarlas a fines de beneficencia, recompensas o premios especiales.*

PAR. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

Lo anterior significa que la ley deja a entera discreción de la compañía, por conducto del máximo órgano social, la elección de la medida que a bien tenga adoptar con las acciones readquiridas, en el entendido que no es posible proceder de manera distinta puesto que la disposición invocada tiene carácter imperativo.

Como se observa, la medida prevista en el numeral 2º, hace referencia a la posibilidad de distribuir las acciones propias readquiridas entre los accionistas en forma de dividendo, para lo cual debe tenerse en cuenta que la distribución deberá efectuarse entre los accionistas en proporción al número de acciones que cada uno posea en la sociedad, con el fin de que permanezca inmodificable la participación porcentual en el capital social y, por ende, que no se vean vulnerados los derechos de ningún accionista.

Por lo tanto, todo acto de la sociedad para darle a las acciones readquiridas una destinación distinta de las permitidas por la ley, podría dar lugar a la nulidad de la operación, como quiera que se estaría transgrediendo una norma de obligatorio

acatamiento, como es la comentada. Esta es la consecuencia que soportarían los accionistas por el desconocimiento de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que tal actuación acarrearía para los administradores, atendiendo que todo desconocimiento de los deberes que a estos le corresponden en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, conlleva las sanciones previstas en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el 24 de la mencionada ley.

En cuanto al segundo planteamiento cabe reiterar que, tal como acaba de exponerse, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 relaciona los deberes de los administradores, dentro de los cuales se destaca el que impone velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. La mencionada norma, además de hacer una enumeración de los diferentes deberes que han de observarse por ellos en el desarrollo de sus funciones, consagra que deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Agrega que sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de los asociados.

Lo anterior significa que en todas las actuaciones que se cumplan tanto en el desarrollo del objeto social como en el desempeño de sus funciones, los administradores deberán observar todas las disposiciones legales pertinentes así como los estatutos sociales. Así mismo, su desempeño debe estar orientado por la buena fe y la lealtad, valores estos que en concepto de Despacho se verían vulnerados de llegar a celebrar contratos laborales con los asociados o con terceros, con el fin de hacer aparecer pagos por ese concepto y obtener así beneficios fiscales.

En otras palabras no resulta ajustada a derecho ningún tipo de maniobra tendiente a dar a las utilidades un tratamiento diferente al que por su naturaleza corresponde, para evitar el pago de impuestos originados en su distribución y reparto, so pena de responder tanto civil como tributariamente.

En los anteriores términos ha sido atendida su solicitud, con la advertencia que la respuesta emitida tiene el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, lo que supone que no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.