

OFICIO 220- 139607 17 DE JULIO DE 2023

ASUNTO CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD POR ACCIONES
SIMPLIFICADAS S.A.S MEDIANTE SMART CONTRACT -
CRIPTOACTIVOS Y ACCIONES

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad como se menciona en la referencia mediante el cual formula una serie de inquietudes relacionadas con la constitución de una sociedad por acciones simplificadas - S.A.S a través de un “smart contract” y el funcionamiento de la misma mediante el sistema blockchain, en los siguientes términos:

“1. Es posible actualmente en Colombia crear una Sociedad por Acciones Simplificada a través de SMART CONTRACTS, registrando debidamente el contrato ante los entes regulatorios.

2. ¿Pueden Tokenizarse las acciones de una S.A.S previamente constituida según requisitos de Ley?

3. Si un pacto de socios nace en la BLOCKCHAIN, con todas las características y elementos que deben contener los Estatutos para una S.A.S, ¿es susceptible de registro como S.A.S?

Si la respuesta es afirmativa:

- Puede gestionarse la S.A.S a nivel de gobernanza corporativa desde la blockchain.
- Que validez jurídica tienen las decisiones tomadas dentro de la BLOCKCHAIN.

4. Desde el punto de vista de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano en materia cambiaria, financiera y de hacienda y crédito público ¿constituye objeto lícito para una sociedad comercial colombiana realizar operaciones mercantiles o actos de comercio con acciones digitalizadas y tokenizadas?

5. ¿Tendrían la connotación de activos las acciones de una sociedad comercial estando tokenizadas?”

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020, modificado por el Decreto 1380 de 2021.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto, ni implican un pronunciamiento sobre la legalidad de actos o contratos, ya que tal análisis corresponde a las autoridades judiciales.

Con el alcance indicado, esta Oficina procede a resolver sus inquietudes, previas las siguientes consideraciones.

Visto el texto del escrito de petición, se observa que la consulta recae sobre el supuesto de constitución y funcionamiento de una sociedad por acciones simplificada – S.A.S, la cual encuentra su regulación en la Ley 1258 de 2008, por lo que se hace necesario, previamente, realizar una revisión detallada de las disposiciones que rigen para este tipo societario en particular.

Así las cosas, en relación con la creación de una sociedad por acciones simplificada – S.A.S., la ley establece que la misma “se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, **inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio** del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal...”¹ Así mismo, el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, dispone que “El documento de constitución será objeto de **autenticación de manera previa a la inscripción** en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción.”

¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1258 de 2008, “Artículo 5. Contenido del documento de constitución. La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente: 1º. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas. 2º. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras "sociedad por acciones simplificada"; o de las letras S.A.S.; 3º. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución. 4º. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido. 5º. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita. 6º. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse. 7º. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores.

Ahora bien, en cuanto al requisito de autenticación, la Circular Externa 100-000002 del 25 de abril de 2022 de la Superintendencia de Sociedades mediante la cual se imparten instrucciones a las Cámaras de Comercio, consigna:

“1.1.7. Formalidades de los documentos sujetos a registro. (...) Cuando una norma exija que un documento debe ser autenticado o reconocido por las partes ante funcionario competente, como es el caso de la constitución de una sociedad por acciones simplificadas, la venta del establecimiento de comercio, entre otros, podrá ser presentado ante el secretario de cualquier cámara de comercio. (...)”
(Subraya fuera de texto)

Por otro lado, en lo referente a los denominados smart contracts, es del caso precisar que “El concepto de los “Smart Contracts” o Contratos Inteligentes, “lo definió en 1997 un criptógrafo y jurista llamado Nick Szabo. Por aquel entonces no pasó de ser pura teoría porque no existía la tecnología “blockchain”. La aparición de la “cadena de bloques”, que permite ejecutar ciertas acciones programadas en un “libro mayor” que es compartido y que es validado por varios participantes para garantizar la seguridad, es precisamente lo que ha hecho posible convertir ese concepto en una realidad”.

Los contratos inteligentes toman las cláusulas e información de los contratos surgidos de relaciones jurídicas o legales, para que a través del código se permita el desarrollo de la transacción almacenándola en la cadena de bloques, incluso sin necesidad de intermediarios y logrando que se genere consistencia en la información de manera que no se permita modificaciones no autorizadas.”³

El concepto visto en pretérito, permite advertir el obstáculo al intentar constituir una S.A.S a través del denominado “smart contract”, toda vez que de la misma definición se extrae la imposibilidad que se presenta de cumplir con el requisito legal de la presentación para registro mercantil del documento de constitución de la sociedad,

En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal. Parágrafo 1º. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado. Parágrafo 2º. Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.” Diario Oficial No. 47194 del 5 de diciembre de 2008 Disponible en: <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1676307#:~:text=por%20medio%20de%20la%20cual%20se%20crea%20la%20sociedad%20por%20acciones%20simplificada.,ESTADO%20DE%20VIGENCIA&text=Art%C3%ADculo%201%C2%BA.,monto%20de%20sus%20respectivos%20aportes.>

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-000002 (25 de abril de 2022). Asunto: Emisión de las instrucciones a las cámaras de comercio. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161224/Circular+Externa+100-000002+de+25+de+abril+de+2022.pdf/425eaea3-13d4-fa0a-409b-8ef817f391e6?version=1.3&t=1670275150702>

3 COLOMBIA. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Guía de Referencia de Blockchain para la Adopción e Implementación de Proyectos en el Estado Colombiano. Versión 1 Diciembre de 2020. Disponible en: https://gobiernodigital.mintic.gov.co/692/articles-161810_pdf.pdf

ya sea notariado o mediante presentación personal ante la cámara de comercio del lugar en que la misma haya establecido su domicilio principal.

Ahora bien, se observa también en el escrito de petición, la consulta sobre la posibilidad de que las acciones de una sociedad por acciones simplificadas – S.A.S sean o estén “tokenizadas”⁴, lo que para mayor claridad hace necesario remitirnos a lo expresado por la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-053173 del 23 de mayo de 2013⁵, en relación con la calidad de estas acciones como títulos valores de determinadas características:

“En atención a su comunicación radicada bajo No. 2013-01-149913, en la que consulta si las sociedades del tipo indicado es viable estipular que las acciones en que se divide al capital no estén representadas en títulos valores, le anticipo que la respuesta categóricamente es negativa, pues las acciones que emitan dichas sociedades se consideran para todos los efectos como títulos valores, en la medida en que son documentos necesarios para legitimar el ejercicio de un derecho, no obstante que no puedan ser tenidas como “valores” en los términos de las normas que regulan el mercado de valores (Ley 964 de 2005)

En efecto hay que tener en cuenta la premisa general de acuerdo con la cual en lo no previsto por la Ley 1258 de 2008 para las sociedades por acciones simplificadas, se habrá de acudir a las disposiciones legales que regulan las sociedades anónimas (artículo 45 Ley 1258 de 2008).

Bajo esa directriz este Despacho mediante Oficio 220-085649 del 26 de junio de 2009 se pronunció sobre el tema específico de los títulos de las acciones, y el procedimiento que para ese fin se sigue, exponiendo entre otras las consideraciones siguientes.

“En este punto, se ha de señalar que la creación de los títulos de acciones en una sociedad por acciones simplificada, se encuentra a cargo de la propia compañía, teniendo en cuenta para tal efecto lo que resulte pertinente del contenido a que alude el artículo 401 del Código de Comercio. Así, los títulos deben hacer mención del nombre de la sociedad, de su domicilio, del documento privado o público de constitución según el caso, del número de acciones

⁴ El texto del escrito de consulta presentado trae como definición de “Tokenizarse” la siguiente: “Tokenizar es representar un derecho en un registro distribuido (blockchain) privado a efectos legales y público o semipúblico a efectos tecnológicos, concretándose dicha representación en anotaciones contables unitarias llamadas tokens. Esos tokens van a ir ligados siempre a una cuenta concreta (wallet o monedero) que permitirá a su titular o bien poseer o bien transferir los tokens. Para efectos de la consulta transferir acciones.”

⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220- 053173 (23 de mayo de 2013). Asunto: Los títulos de acciones en las SAS. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/UE2Ht4QBllmnHGSiNvZ>

representado en cada título, de la clase y valor nominal de las acciones, de la limitación a la negociabilidad de las mismas si fuere el caso, del nombre del titular y de los derechos que las acciones le confieran a este, de acuerdo a la categoría de acciones contemplada en los estatutos de la respectiva sociedad (artículo 10 Ley 1258 de 2008).

(...)”

Por otro lado, en relación con lo referente a los denominados “Tokens”, y teniendo en cuenta que “Un criptoactivo, en tanto, es un tipo de token especial que es emitido y comercializado dentro de una plataforma blockchain.”⁶, procede esta oficina a exponer lo consignado por la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 100-237890 del 14 de diciembre de 2020⁷, en los siguientes términos:

“En primer lugar, se aclara que, para efectos de atender su consulta, este Despacho se referirá al término “Criptoactivos” con base en el concepto que ha sido adoptado a nivel gubernamental para representar, en general, las distintas derivaciones de estas unidades de valor, dada la recomendación efectuada por el Banco de la República en su documento técnico denominado “Criptoactivos” en el cual, a su vez, atiende las sugerencias que en tal sentido le fueron efectuadas por parte del Financial Action Task Force y el G20, después de la reunión sostenida en Buenos Aires en marzo de 2018.

De igual forma, tratándose del bitcoin, éste es una de las modalidades de Criptoactivos y, por ello, para los efectos del presente oficio el término Criptoactivos incluye ésta y otras modalidades.

En lo que corresponde al ordenamiento cambiario, éste regula el mercado de divisas que son negociadas a través de los Intermediarios del Mercado Cambiario. En Colombia, el Banco de la República, que es la autoridad regulatoria del mercado cambiario, ha sido enfático en indicar que los Criptoactivos no tienen la condición de divisas, dado que no cuentan con el respaldo o la participación de los bancos centrales, razón por la cual no son objeto de regulación cambiaria.

6 COLOMBIA. Colombia Fintech. “Tokens, criptoactivos y criptomonedas: qué son y cuáles son sus diferencias. (27 de junio de 2021) Disponible en: <https://colombiafintech.co/lineaDeTiempo/articulo/tokens-criptoactivos-y-criptomonedas-que-son-y-cuales-son-sus-diferencias#>

7 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 100-237890 (14 de diciembre de 2020) Asunto: CRIPTOACTIVOS – SU UTILIZACIÓN EN ACTOS DE COMERCIO – APOORTE EN ESPECIE AL CAPITAL DE UNA SOCIEDAD. Disponible: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+100-237890+DE+2020.pdf/1f62977e-47d3-e461-9cc2-484514820fea?version=1.2&t=1670899321635>

El Banco de la República, al ocuparse de los Criptoactivos en Colombia, en su Oficio JDS-CA-13581 del 21 junio de 2019, indica que éstos carecen de regulación gubernamental y reitera las advertencias hechas de tiempo atrás por la Superintendencia Financiera de Colombia a los usuarios de dichos Criptoactivos, señalando que al realizar este tipo de inversiones exponen su dinero bajo su propia cuenta y riesgo, así como las advertencias efectuadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI y por la Oficina Europea de Policía - EUROPOL, relacionadas con la posibilidad de que a través del mercado de Criptoactivos se promueva el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva:

“(…)

De acuerdo con lo señalado por el grupo de trabajo conformado por el Banco de la República, la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Sociedades, la Unidad de Regulación Financiera (URF), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y en calidad de invitado, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública (CTCP), se ha concluido que los criptoactivos:

- I. No son moneda, en tanto la única unidad monetaria y de cuenta que constituye medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado, es el peso emitido por el BR 6 (billetes y monedas);
- II. no son dinero para efectos legales;
- III. no son una divisa, pues no ha sido reconocido como moneda por ninguna autoridad monetaria internacional ni se encuentra respaldada por bancos centrales;
- IV. no son efectivo, ni equivalente a efectivo;
- V. no existe obligación alguna para recibirlos como medio de pago;
- VI. no son activos financieros ni propiedad de inversión en términos contables;
- VII. no son un valor en los términos de la Ley 964 de 2005, por lo que se debe evitar su mención o asimilación.

Mediante la Carta Circular 52 de 2017, la Superintendencia Financiera de Colombia, advirtió que “las operaciones con “Monedas electrónicas - Criptomonedas o Monedas Virtuales” han sido señaladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en el documento “Directrices para un Enfoque Basado en Riesgo para Monedas Virtuales” y por la Oficina Europea de Policía (Europol) en el documento “SOCTA –Europol de 2017”, como un instrumento

que podría facilitar el manejo de recursos provenientes de actividades ilícitas relacionadas entre otros, con los delitos fuente del lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, la SFC en la carta circular considera necesario reiterar lo expresado en las cartas circulares 78 de 2016 y 29 de 2014, y exhorta a las entidades vigiladas para que continúen aplicando las medidas adecuadas y suficientes con el fin de evitar que sean utilizadas como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas o para el ocultamiento de activos provenientes de las mismas”.

Por su parte, en lo que tiene que ver con el tema fiscal derivado de los Criptoactivos, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN ha conceptualizado que se trata de bienes inmateriales, en los siguientes términos:

“(…)

Desde el punto de vista patrimonial en tanto esas monedas corresponden a bienes inmateriales, susceptibles de ser valorados, forman parte del patrimonio y pueden conducir a la obtención de una renta (presuntiva). Acorde con lo expuesto, se puede concluir que las monedas virtuales no son dinero para efectos legales. No obstante, en el contexto de la actividad de minería, en tanto se perciben a cambio de servicios y/o comisiones, corresponden a ingresos y, en todo caso, a bienes susceptibles de ser valorados y generar una renta para quien las obtiene como de formar parte de su patrimonio y surtir efectos en materia tributaria. (…)

Debe indicarse expresamente que el sector financiero aún no está autorizado para custodiar, invertir, intermediar u operar con Criptoactivos; sin embargo, actualmente la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentra realizando un “sandbox”, el cual permitirá, bajo un sistema controlado, que entidades financieras a través de pruebas piloto puedan realizar operaciones de cash-in (depósito) y cash-out (retiro) en productos financieros de depósito a nombre de plataformas de Criptoactivos.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que actualmente los Criptoactivos no están prohibidos en Colombia.

No obstante, a través del Proyecto de Ley 28 de 2018 “por el cual se regula el uso de monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas

en el territorio de Colombia”, y de los Proyectos de Ley 97 y 268 de 2019 y 033 de 2020 “por la cual se regulan los servicios de intercambio de criptoactivos ofrecidos a través de las plataformas de intercambio de criptoactivos”, se ha pretendido o pretende regular ciertos aspectos del negocio de los Criptoactivos, con la finalidad de determinar un marco normativo para su comercialización, engranaje y acoplamiento a los mercados del sector financiero y real de la economía.

En cuanto a la responsabilidad que se asume al invertir en Criptoactivos por parte de sociedades comerciales, es preciso señalar que sus administradores han sido suficientemente advertidos por esta Entidad sobre lo riesgoso de estas inversiones, dada la volatilidad de su valor, la ausencia de regulación local y la inseguridad que genera el total anonimato en la cadena de partícipes, entre otros aspectos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, aunque la actividad empresarial está relacionada con la asunción de riesgos, la gestión de los administradores sociales debe regirse en todo momento por los deberes generales de buena fe, cuidado y lealtad establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, cuyo incumplimiento en el desarrollo de los negocios sociales, incluidos aquellos que se realicen con Criptoactivos, los hará responsables por los perjuicios que puedan causar a la sociedad, a los asociados o a terceros. En relación con el deber de diligencia o cuidado, la jurisprudencia societaria ha reiterado que, si las decisiones de negocio de un administrador obedecen a un juicio razonable y lo suficientemente informado, estarán cobijadas por la regla de la discrecionalidad, en virtud de la cual las autoridades judiciales se abstendrán de analizar los motivos de tales decisiones a menos que se acrediten violaciones a la ley (incluidas las omisiones negligentes), actuaciones abusivas o infracciones al deber de lealtad.(...)”.

Además de lo anterior, deberán tenerse en cuenta las implicaciones legales de tipo penal derivadas de la conducta de lavado de activos o las sanciones administrativas que fueren aplicables, al no agotar la debida diligencia en el conocimiento del beneficiario real, vinculados, clientes o usuarios en este tipo de operaciones con Criptoactivos, en los casos en que el sujeto se encuentre obligado a ello.

Advertido lo anterior, se dará respuesta a sus dos interrogantes remitidos a esta Entidad, en el mismo orden en que fueron planteados:

“2. Desde el punto de vista de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano en materia cambiaria, financiera y de hacienda y crédito público ¿constituye objeto ilícito para una sociedad comercial colombiana realizar operaciones mercantiles o actos de comercio con criptomonedas, criptoactivos o monedas virtuales como el bitcoin?”

En lo que tiene que ver con su pregunta, es necesario señalar que, en instancia consultiva, la Superintendencia de Sociedades no puede pronunciarse sobre la legalidad de actos o contratos, ya que tal análisis corresponde a las autoridades judiciales. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso manifestar que las sociedades comerciales pueden desarrollar todo tipo de actividades lícitas que no estén prohibidas por la ley y que estén dentro de su objeto social, dentro de las cuales se encuentran las señaladas en el artículo 20 del Código de Comercio.

“3. Desde el punto de vista de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano en materia cambiaria, financiera y de hacienda y crédito público ¿es posible aportar criptomonedas, criptoactivos o monedas virtuales como el bitcoin como aporte en especie al capital social de una sociedad comercial colombiana?”

Como se ha indicado previamente en el presente oficio, para distintas entidades a nivel nacional e internacional los Criptoactivos no constituyen divisas y no son considerados efectivo, moneda, ni activos financieros⁸.

Sin embargo, en Colombia, la DIAN los considera bienes inmateriales e, incluso, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública ha conceptualizado que sí cumplen con la definición de activos, específicamente intangibles, conforme lo establecen las Normas Internacionales Contables (NIC 38)⁹. No obstante, advierte que actualmente no existe ninguna categoría de activos que sea específica para clasificarlos contablemente, pero advierte que enmiendas futuras a las NIC podrían modificar esta conclusión.

Por su parte, el Grupo de Regulación e Investigación Contable de esta Superintendencia al ser consultado sobre el tratamiento contable de algunos Criptoactivos que posiblemente pudieran ser objeto de aporte en especie a sociedades, señaló lo siguiente:

⁸ COLOMBIA. CONSEJO TÉCNICO DE LA CONTADURÍA PÚBLICA. GESTIÓN CONTABLE DE LOS CRIPTOACTIVOS EN COLOMBIA (5 de junio de 2023). Bogotá. 8 p. Disponible en: <https://www.ctcp.gov.co/publicaciones-ctcp/orientaciones-tecnicas/dot-20-criptoactivos-final>.

⁹ Ibídem. 9 p.

“(...)

Respecto de los aportes en especie, estos están regulados por el libro II, título I, capítulo III del Código de Comercio, criterios que hay que tener en cuenta para determinar si los bienes y servicios que se desean aportar en la constitución de la S.A.S. cumplen con los requisitos allí especificados, así como el artículo 398 del mencionado código; también se debe verificar si dichos bienes cumplen primeramente con la característica de activo acorde con lo señalado en el Marco conceptual para la información financiera y seguidamente, las características del tipo de activo en el que se pretenda clasificar. Por ejemplo, un intangible es “un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia física”, según la definición contenida en la NIC 38; pero, para que un activo pueda ser considerado como un intangible debe cumplir con las características descritas en los párrafos 11 al 17 de dicha NIC, de identificabilidad, control sobre el recurso en cuestión y existencia de beneficios económicos futuros (...)”.

A su vez, el International Accounting Standards Board - IASB consideró que los requerimientos para el reconocimiento de criptomonedas están contenidos en las normas actualmente vigentes, lo cual dejó consignado en la siguiente decisión de agenda emitida en junio de 2019:

“E1 IFRIC® Update—junio de 2019, Decisión de Agenda, "Tenencia de Criptomonedas" El Comité analizó la forma que se aplican las Normas NIIF a la tenencia de criptomonedas. El Comité destacó que existe un rango de criptoactivos. A efectos de su análisis, el Comité consideró un subconjunto de criptoactivos con todas las características siguientes a las que esta decisión de agenda hace referencia como una "criptomonedas":

- a. Una moneda digital o virtual registrada en un mayor distribuido que utiliza criptografía para su seguridad.
 - b. No está emitida por una autoridad jurisdiccional u otra parte.
 - c. No da lugar a un contrato entre el tenedor y un tercero.
- Naturaleza de una criptomonedas

El párrafo 8 de la NIC 38 Activos Intangibles define un activo intangible como “un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física”.

El párrafo 12 de la NIC 38 señala que un activo es identificable si es separable o surge de derechos legales o contractuales. Un activo es separable si "es susceptible de ser separado o escindido de la entidad y vendido, transferido, dado en explotación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o junto con el contrato, activo identificable o pasivo con los que guarde relación”.

El párrafo 16 de la NIC 21 Efectos de las Variaciones en las Tasas de Cambio de la Moneda Extranjera señala que "la característica esencial de una partida no monetaria es la ausencia de un derecho a recibir (o una obligación de entregar) una cantidad fija o determinable de unidades monetarias.

El Comité observó que la tenencia de criptomonedas cumple la definición de un activo intangible de la NIC 38 sobre la base de que (a) puede ser separado del tenedor y vendido o transferido de forma individual; y (b) no otorga al tenedor un derecho a recibir un número fijo o determinable de unidades monetarias.

¿Qué Norma NIIF se aplica a la tenencia de criptomonedas?

El Comité concluyó que la NIC 2 Inventarios "se aplica a las criptomonedas cuando se mantienen para la venta en el curso ordinario del negocio. Si la NIC 2 no es aplicable, una entidad aplicará la NIC 38 a la tenencia de criptomonedas. Para llegar a su conclusión, el Comité consideró los siguientes aspectos.

Activo intangible

La NIC 38 se aplica a la contabilización de todos los activos intangibles excepto a:

- a. los que estén dentro del alcance de otra Norma;
- b. los activos financieros definidos en la NIC 32 Instrumentos Financieros: Presentación;
- c. el reconocimiento y medición de activos para exploración y evaluación;
- y
- d. los desembolsos relacionados con el desarrollo y extracción de minerales, petróleo, gas natural y recursos no renovables similares.

Inventarios

La NIC 2 se aplica a los inventarios de activos intangibles. El párrafo 6 de esa Norma define inventarios como activos:

- a. poseídos para ser vendidos en el curso normal de la operación;
- b. en proceso de producción con vistas a esa venta; o
- c. en forma de materiales o suministros que serán consumidos en el proceso de producción o en la prestación de servicios.

El Comité observó que una entidad puede mantener criptomonedas para la venta en el curso ordinario del negocio. En esa circunstancia, la tenencia de criptomonedas es inventario para la entidad y, en consecuencia, se aplicará la NIC 2 a esa tenencia.

El Comité también observó que una entidad puede actuar como intermediaria que comercia con criptomonedas. En esa circunstancia, la entidad considerará los requerimientos del párrafo 3(b) de la NIC 2 para los intermediarios que comercian con materias primas cotizadas que miden sus inventarios a valor razonable menos costos de venta. El párrafo 5 de la NIC 2 señala que los intermediarios son aquellos que compran o venden materias primas cotizadas por cuenta propia, o bien por cuenta de terceros. Los inventarios a que se ha hecho referencia en el apartado (b) del párrafo 3 se adquieren, principalmente, con el propósito de venderlos en un futuro próximo, y generar ganancias procedentes de las fluctuaciones en el precio, o de un margen de comercialización.

Información a revelar

Además de la información a revelar distinta de la requerida por las Normas NIIF, se requiere que una entidad revele cualquier información adicional que sea relevante para la comprensión de sus estados financieros (párrafo 112 de la NIC 1 Presentación de Estados Financieros). En concreto, el Comité destacó los requerimientos siguientes de información a revelar en el contexto de las tenencias de criptomonedas:

- a. Una entidad proporcionará la información a revelar requerida por (i) los párrafos 36 a 39 de la NIC 2 para criptomonedas mantenidas para la venta en el curso ordinario del negocio; y (ii) por los párrafos 118 a 128 de la NIC 38 para las tenencias de criptomonedas a las que se aplica la NIC 38.
- b. Si una entidad mide las tenencias de criptomonedas a valor razonable, los párrafos 91 a 99 de la NIIF 13 Mediciones del Valor Razonable especifican los requerimientos de información a revelar aplicables.
- c. Al aplicar el párrafo 122 de la NIC 1, una entidad revelará los juicios que su gerencia ha realizado con respecto a su contabilización de las tenencias de criptomonedas si forman parte de los juicios que tuvieron el efecto más significativo sobre los importes reconocidos en los estados financieros.
- d. El párrafo 21 de la NIC 10 Hechos Ocurredos después del Periodo sobre el que se Informa requiere que una entidad revele los detalles de los sucesos materiales o que tienen importancia relativa que no requieren ajuste, incluyendo información sobre la naturaleza del suceso y una estimación de su efecto financiero (o una declaración de que esta estimación no puede realizarse). Por ejemplo, una entidad que mantiene criptomonedas consideraría si los cambios en el valor razonable de dichas tenencias de criptomonedas después del periodo sobre el que se informa son de tal trascendencia que no revelar esa información podría influir en las decisiones económicas que realizan los usuarios de los estados financieros basadas en éstos”.

Ahora bien, conforme a la legislación nacional los aportes efectuados por los asociados al momento de la constitución de una compañía, o posteriormente, por efecto de capitalizaciones, pueden realizarse en especie. En efecto, de conformidad con los artículos 126 y siguientes del Código de Comercio los aportes son susceptibles de hacerse en bienes diferentes al dinero, advirtiendo que los aportes en especie son bienes corporales o incorporales, que no se encuentren fuera del comercio y que representen un valor económico que conste en un avalúo aprobado por los asociados o por la junta directiva, en los términos de los artículos 132 y 398 del Código de Comercio.

Sobre los aportes en especie, esta Superintendencia ha indicado lo siguiente:

“APORTES EN ESPECIE – Requisitos – Autorización.” 220-038617 del 27 de junio de 2010 (...) “Con relación a sus inquietudes relacionadas fundamentalmente con unos aportes en especie al capital de una sociedad, procedemos de manera concreta a dar respuestas a las mismas en el orden en que fueron planteadas:

a) En este punto es necesario anotar que, frente a las sociedades, la regla general para efectuar aportes en especie, es común a cualquier tipo de ellas, toda vez que la ley no realiza ninguna distinción sobre este aspecto.

Ahora bien, la capitalización en una sociedad por acciones ordinarias requiere la elaboración del reglamento por parte de la junta directiva, si nada contrario han previsto los estatutos, y la realización de la oferta entre los socios tal como lo prescriben los artículos 384 y siguientes del código de comercio.

El reglamento puede considerar el pago en especie, en todo caso respetando lo referente al pago por cuotas y el valor mínimo de desembolso al momento de la suscripción (artículo 387 C.Co). En todo caso, si se prevé el aporte en especie, habrá de darse cumplimiento a lo señalado en el artículo 132 del Código de Comercio (...).

Valga anotar que en lo atinente con el avalúo de aportes en especie que se realizan con posterioridad a la constitución de una sociedad, la prohibición a que hace referencia el inciso segundo del citado artículo, en cuanto a que los aportantes de bienes en especie no pueden votar el avalúo de los mismos, tiene operancia en cuanto que cada uno de tales asociados deba abstenerse de tomar parte en la respectiva votación en la que el órgano rector esté estudiando y analizando el valor del aporte correspondiente, mas no al momento en el que se esté procediendo a realizar la aprobación del avalúo de los aportes en especie que en un momento determinado efectúen los asociados restantes.

b) En relación con la necesidad de autorización previa de esta entidad del avalúo de los bienes que han de aportarse como capital a una compañía, es pertinente hacer referencia a lo consagrado en el artículo 132 del Código de Comercio (...).

El artículo anterior fue modificado de manera clara con la expedición del Decreto 2155 de 1.992 y la Ley 222 de 1.995, teniendo en cuenta que el decreto mencionado suprimió expresamente la necesidad imperiosa de

obtener permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Sociedades para el caso de la constitución de sociedades, y de otro lado la referida ley, en los artículos 84 y 85 numeral 8o, nos da una definición de los conceptos de vigilancia y control sobre una sociedad y las atribuciones que en un momento determinado se deriven de esas dos situaciones, precisando que solo cuando una compañía se encuentre en control, en los términos del artículo 85 de la mencionada ley, la Superintendencia de Sociedades debe necesariamente aprobar el avalúo de los aportes en especie.

c) El artículo 132 citado, establece que los avalúos deben estar debidamente fundamentados, así que la asamblea al establecer el valor por el cual tasará el aporte deberá argumentar su decisión buscando un equilibrio económico razonable entre el aportante y la sociedad receptora del mismo, y en tal cometido puede acudir a cualquiera de los métodos de valoración establecidos, como los que señala en su consulta, recordando siempre que frente al valor atribuido a los aportes en especie recae una responsabilidad solidaria por parte de los accionistas que participaron en la toma de la decisión”.

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades considera procedente el aporte en especie de Criptoactivos a sociedades, entendiendo a éstos como bienes inmateriales, siempre y cuando: i) cumplan con los criterios de reconocimiento de inventarios o como intangible, acorde con las normas vigentes sobre la materia, efectuando una amplia revelación del hecho económico, según se consigna en las disposiciones legales, ii) se dé cabal cumplimiento a las normas legales que regulan el aporte en especie (artículos 122 y siguientes del Código de Comercio y demás normas aplicables) y, iii) los asociados aprueben el avalúo de los mismos, momento a partir del cual responden solidariamente por el valor que le hayan atribuido.

En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades cambia su doctrina y establece la posibilidad de realizar aportes en especie de Criptoactivos al capital de sociedades, en los términos señalados en el presente oficio.

Sin perjuicio de lo anterior, se realizan las siguientes advertencias generales sobre los Criptoactivos:

- Los Criptoactivos no son considerados moneda de curso legal.
- Los Criptoactivos no cuentan con el respaldo o la participación de los bancos centrales

- Las transacciones con Criptoactivos son de alto riesgo, por lo tanto, la volatilidad e imprevisibilidad del precio de los distintos Criptoactivos pueden resultar en ganancias o pérdidas significativas, parciales o totales, en cualquier periodo de tiempo determinado.
- El valor de los Criptoactivos depende de la oferta y la demanda en el mercado de cada tipo de criptoactivo, el cual no se encuentra regulado.
- Existe la posibilidad de fraudes o fallas en su emisión y transferencia.
- Los Criptoactivos pueden ser utilizados como instrumentos para el Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo LA/FT y otras actividades delictivas, ante lo cual los administradores de las compañías que participen en su mercado deben desplegar: i) la máxima debida diligencia en el conocimiento de los extremos de la operación (incluidos asociados, empleados, clientes, contratistas y proveedores, y sus beneficiarios finales), en lo atinente a la prevención de LA/FT y, ii) la diligencia que un buen hombre de negocios tendría en cuenta para evitar que a través de su administrada, se presente el fenómeno de lavado de activos o se capten ilegalmente dineros del público o se genere algún otro daño al interés público o particular.
- Quienes realizan operaciones con Criptoactivos deciden de manera responsable, consciente y autónoma, por su propia cuenta y riesgo, asumir las posibles pérdidas que pudieran derivarse de este tipo de transacciones.
- Las funciones de supervisión estatal ejercidas por las autoridades sobre las sociedades, no implican certificación o garantía sobre las transacciones, la inexistencia o control de los riesgos inherentes a este tipo de operaciones y/o el control estatal de las actividades que desarrollen las sociedades o personas con Criptoactivos.
- En la medida que los Criptoactivos: i) No son moneda, en tanto la única unidad monetaria y de cuenta que constituye medio de pago

de curso legal con poder liberatorio ilimitado, es el peso emitido por el Banco de la República (billetes y monedas), ii) no son dinero para efectos legales, iii) no son una divisa, iv) no son efectivo ni equivalente a efectivo, v) no existe obligación alguna para recibirlos como medio de pago, vi) no son activos financieros y, vii) no son un valor en los términos de la Ley 964 de 2005; las emisiones de Criptoactivos podrían constituir conductas de captación ilegal de dineros del público, conforme se establece en el artículo 316 del Código Penal, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto Ley 4334 de 2008, al igual que cualquier operación sobre los mismos que pretenda un intercambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable o la garantía de los rendimientos o beneficios prometidos.

- Los administradores deberán verificar que en las operaciones con Criptoactivos no se esté cometiendo, participando o beneficiando de alguna de las conductas identificadas como de captación ilegal de recursos del público, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Decreto Ley 4334 de 2008.”

Visto lo anterior, este Despacho procede a responder las inquietudes planteadas observando el fondo de las mismas y atendiéndolas de manera agrupada según el objeto de estas, así:

“1. Es posible actualmente en Colombia crear una Sociedad por Acciones Simplificada a través de SMART CONTRACTS, registrando debidamente el contrato ante los entes regulatorios.”

“3. Si un pacto de socios nace en la BLOCKCHAIN, con todas las características y elementos que deben contener los Estatutos para una S.A.S, ¿es susceptible de registro como S.A.S?

Si la respuesta es afirmativa:

- **Puede gestionarse la S.A.S a nivel de gobernanza corporativa desde la blockchain.**
- **Que validez jurídica tienen las decisiones tomadas dentro de la BLOCKCHAIN.”**

Tal y como fue expuesto en pretérito, se reitera la imposibilidad de constituir una S.A.S. mediante el denominado “smart contract” o a través de un acuerdo de socios realizado en la blockchain, así cuente con los elementos y características del tipo societario en mención, por no ser posible su inscripción en el registro mercantil y de esta manera dar

cumplimiento a los requisitos legales relacionados anteriormente para su constitución¹⁰, existencia y oponibilidad ante terceros.

“2. ¿Pueden Tokenizarse las acciones de una S.A.S previamente constituida según requisitos de Ley?”

“5. ¿Tendrían la connotación de activos las acciones de una sociedad comercial estando tokenizadas?”

Con base en lo expuesto, si bien la doctrina de la Superintendencia de Sociedades acepta la realización de aportes en especie en la presentación de criptoactivos, bajo los presupuestos previstos, no es menos cierto que las acciones representan una parte alícuota de capital social, confiriendo a su titular derechos económicos y/o políticos. Las acciones se encuentran representadas en títulos contentivos de las mismas, los cuales deberán cumplir con los requisitos de ley en su proceso de creación. (Artículo 401 del Código de Comercio y artículo 10 de la Ley 1258 de 2008).

¹⁰ “3. Sobre el particular, ésta Entidad ha señalado lo siguiente: “(...) Requisitos formales de constitución de una sociedad por acciones simplificada. Al respecto, es pertinente efectuar las siguientes consideraciones a la luz de la Ley 1258 de 2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada SAS: i). - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° ibídem: “La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente: 1o. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas. 2o. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “sociedad por acciones simplificada”; o de las letras S.A.S. (...) 6o. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse. (...) PARÁGRAFO 1o. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado. PARÁGRAFO 2o. Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes. ii).- A su turno, el artículo 6° ejusdem, prevé que las Cámaras de Comercio verificarán la conformidad de las estipulaciones del acto constitutivo, de los actos de nombramiento y de cada una de sus reformas con lo previsto en la ley. Por lo tanto, se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituya, se haga un nombramiento o se reformen los estatutos de la sociedad, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior o en la ley. Como se advierte, la Ley 1258 de 2008, brinda un amplio margen de configuración con fundamento en el principio de la autonomía privada de la voluntad, al permitirle a los constituyentes determinar con plena libertad la estructura orgánica de este tipo societario, a la vez que establece unos mínimos requisitos formales de constitución en los términos y condiciones previstos por los artículos 2° y 5° de la referida ley, que entre otros permiten que el otorgamiento del documento de constitución se haga por medio de apoderado. A ese propósito ilustra el Oficio 220-065681 del 16 de abril de 2009. Realizando una interpretación armónica del parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 y del artículo 73 del Decreto 960 de 1970, se ha de señalar que cuando la primera de las disposiciones citadas determina que el documento de constitución será objeto de autenticación, la misma en sí está significando es que las firmas impuestas en el documento privado por quienes lo suscriben son las que deben ser autenticadas, en los términos previstos en la segunda de las normas mencionadas. “Sentado lo anterior, es de anotar que la autenticación de las firmas ha de cumplirse entonces utilizando alguna de las modalidades previstas en el ya citado artículo 73 del Decreto 960 de 1970, esto es, mediante el testimonio escrito de un notario de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que previamente la haya registrado ante él, o de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo en este caso la identidad de las partes.” En esta parte vale la pena recordar que de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008, la autenticación puede hacerse de manera directa o mediante apoderado.(...)”. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-220802 (6 de noviembre de 2020). Asunto: Sobre el documento de constitución de la sociedad por acciones simplificada. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-220802++DE+2020.pdf/69ef9c74-a27d-636e-dcaf-23d45251d61da?version=1.2&t=1670899363224>

“4. Desde el punto de vista de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano en materia cambiaria, financiera y de hacienda y crédito público ¿constituye objeto lícito para una sociedad comercial colombiana realizar operaciones mercantiles o actos de comercio con acciones digitalizadas y tokenizadas?”

Esta pregunta encuentra su respuesta en una inquietud similar, la cual fue atendida dentro del Oficio 100-237890 ya relacionado y nos permitimos traerla a colación, así:

“En lo que tiene que ver con su pregunta, es necesario señalar que, en instancia consultiva, la Superintendencia de Sociedades no puede pronunciarse sobre la legalidad de actos o contratos, ya que tal análisis corresponde a las autoridades judiciales. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso manifestar que las sociedades comerciales pueden desarrollar todo tipo de actividades lícitas que no estén prohibidas por la ley y que estén dentro de su objeto social, dentro de las cuales se encuentran las señaladas en el artículo 20 del Código de Comercio.”

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del CPACA y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia a través del Tesauro.