

OFICIO 220-074017 DEL 29 DE ABRIL DE 2016

Ref: REGLAS SOBRE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

Esta Oficina recibió por el WEB MASTER el escrito radicado con el No. 2016-01-105621 el 17 de marzo de 2016, mediante el cual previa exposición de algunas consideraciones relativas a las disposiciones legales como a los conceptos emitidos por esta Superintendencia sobre el tema de la referencia, formula los siguientes interrogantes:

1. Por favor definir si con el 78% o más de las acciones representadas en la asamblea es posible decretar menos del 50% de las utilidades de una sociedad.
2. Por favor definir si con el 78% o más de las acciones representadas en la asamblea es posible decretar menos del 70% de las utilidades, cuando la sumatoria de las reservas, legal, estatutaria y ocasionales exceden el 100% del capital suscrito.
3. Es válido con el 78% o más de las acciones presentes en la asamblea, tanto para el presupuesto del artículo 155 como del artículo 454 se tome la decisión de no distribuir utilidades ?

O, para tal caso es necesario la decisión unánime de los accionistas?

4. Teniendo en cuenta que los artículos 155 y 454 establecen reglas para la distribución de utilidades, es necesario entender que la no distribución solo es posible adoptarla por una decisión unánime de los accionistas?

Sobre el particular hay que poner de presente que los conceptos emitidos en esta instancia solo expresan una opinión general de la Entidad, que como tal no tienen carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad.

Efectuada dicha precisión, procede remitirse al texto de las disposiciones legales cuyo contenido es objeto de los interrogantes planteados:

Señala el artículo 155 del Código de Comercio:

“Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.”

Por su parte el artículo 454 ibídem preceptúa:

“Si la suma de las reservas legal, estatutarias y ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al Artículo 155, se elevará al setenta por ciento...”

De las citas normas se desprende lo siguiente:

1. La premisa general es que la distribución de utilidades se adopta con un número plural de socios que represente por lo menos el 78% de las cuotas o acciones presentes en la reunión, aunque es procedente que los estatutos pacten una mayoría decisoria superior.
2. Con el voto favorable de esa mayoría calificada, el máximo órgano social podrá tomar cualquier decisión relativa a la distribución de utilidades, inclusive no repartirlas como más adelante se indicará.
3. Si no se obtiene dicha mayoría, obligatoriamente se deberá repartir como mínimo el 50% de las utilidades, pero, si el monto de la reserva legal, estatutaria u ocasionales ha excedido el ciento por ciento del capital suscrito, dicho porcentaje obligatoriamente aumentará al 70%.

No obstante la aparente claridad de las reglas enunciadas, la interpretación sobre los alcances de las disposiciones que las establecen no ha sido del todo pacífica a nivel de la doctrina, lo que explica como su escrito indica, que hayan merecido el examen de constitucionalidad de la H. Constitucional, en los términos de que da cuenta la Sentencia C 707/05.

Así, teniendo en cuenta el análisis efectuado por la H. Corte Constitucional, este Despacho mediante oficio 220-081667 del 26 de junio de 2013 expuso las consideraciones que le sirven de sustento a su criterio vigente en torno al tema de la distribución de utilidades, apartes del cual es pertinente transcribir en seguida:

“Por ser el reparto de utilidades la forma mediante la cual se concreta la finalidad de los asociados de percibir beneficios económicos en un contrato de sociedad (artículos 98 y 150 C.Co), la disposición en comento establece que si no se obtiene la citada mayoría, la sociedad se encuentra obligada a distribuir por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, monto que se incrementa al 70% cuando la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasionales excede del 100% del capital suscrito, en los términos del artículo 454 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, alcanzada la mayoría del 78%, no solo se abre la posibilidad para que la asamblea decida repartir dividendos, sino también para que determine en interés de la propia sociedad distribuir un porcentaje inferior a los señalados en los artículos 155 y 454 del Estatuto Mercantil, o incluso para que decida no distribuir.

A este respecto es preciso traer a colación lo manifestado por esta Superintendencia en oficio 320-064417 del 23 de diciembre de 2002, a saber:

“Esta entidad ha sostenido en oficio 220-42826 del 8 de agosto de 1997 ya citado, que deberá distribuirse no menos del 50% de las utilidades líquidas salvo que se obtenga el voto afirmativo de por lo menos el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés que se encuentren representadas en la reunión. Lo anterior significa que sin que se quebrante el derecho de los asociados de participar en las utilidades sociales, el máximo órgano social, con una mayoría decisoria calificada, que es distinta de la general u ordinaria con el objeto, precisamente, de proteger a los asociados minoritarios, puede aprobar la distribución de utilidades por debajo del monto del 50% mencionado, o incluso acordar la no distribución de éstas.

Decisiones éstas últimas que según lo dispuesto en el artículo 190 del C. Co., serían nulas absolutamente de ser aprobadas con una mayoría inferior al 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas. La citada interpretación es acorde con el carácter contractual de la sociedad, pues reconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada que da origen a su constitución y que debe regir el funcionamiento de la misma. Por consiguiente, las decisiones que requieren de votaciones con mayorías calificadas, exigentes en algunos casos como el previsto en el artículo 155 del C. Co., afirman el animus lucrandi como elemento esencial del contrato, sin desconocer la importancia del fortalecimiento patrimonial de la empresa que constituye el objeto social de la compañía y que se requiere con ocasión de la ejecución sucesiva del contrato social. Por tanto, el interés social reflejado en las decisiones sociales válidamente adoptadas no consiste en la obtención del lucro en desmedro de la sociedad, sino en el resultado productivo de los actos o empresas mercantiles para los cuales fue constituida y que es del interés común de todos los socios. Es así como el adecuado funcionamiento de la empresa social, la intención del fortalecimiento patrimonial, e incluso la garantía de un lucro futuro abre la posibilidad para que el máximo órgano social concluya acerca de la necesidad de no distribuir utilidades en un determinado ejercicio social

(...)

En este orden de ideas, la voluntad social representada en el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés presentes en la respectiva reunión, está facultada para disponer de las utilidades, bien distribuyendo la totalidad de las mismas, un porcentaje inferior a los señalados en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, o bien no repartiendo utilidades, en todo caso siempre atendiendo al interés de la sociedad y el común de los asociados, decisión de carácter general que obliga por igual a todos los accionistas, valga decir, aún a los accionistas ausentes o disidentes. Lo expuesto encuentra apoyo en las consideraciones presentadas por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 455 del Código de Comercio, que debiendo referirse al artículo 454 ídem, menciona que bajo el principio de la democracia societaria, los asociados minoritarios conocen de antemano que deben sujetarse a las decisiones de la mayoría, sin que tal circunstancia mine sus derechos a la igualdad y a la propiedad privada, dado que, precisamente, es un porcentaje alto el exigido en la ley del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión, el cual, incluso, resulta garantizando los derechos de las minorías.”

A continuación se presentan algunos extractos de la providencia aludida: “Sentencia C-707/05 Referencia: expediente D-5577 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 455 parcial del Decreto 410 de 1971, y los artículos 33, 68 y 240, parciales de la Ley 222 de 1995. Actor: Humberto Longas Londoño Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

(...)

Como se puede observar, los temas motivo de su consulta fueron ya resueltos con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que permite reiterar que según la doctrina vigente de esta Entidad, con el voto favorable del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión de la asamblea general de accionistas, es posible tanto distribuir utilidades en un porcentaje inferior al señalado en los artículos 155 y/o 454 del Código de Comercio, e igualmente no distribuir utilidades, en cuyo caso la decisión que se adopte “...es general y obliga por igual a todos los accionistas, valga decir, aún a los accionistas ausentes o disidentes...”

Por lo anterior, se ha de hacer caso omiso a cualquier pronunciamiento basado en el Oficio 220-42826 del 8 de agosto de 1997, que se encuentra recogido, en tanto expone la posición de la Entidad anterior a la Sentencia de 6 de julio de dos mil cinco (2005) de la Corte Constitucional, que sostenía una tesis diferente.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 y que en la P. WEB de esta 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.