

## OFICIO 220-005654 DEL 27 DE ENERO DE 2014

### ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES

Me refiero a su escrito, radicado en esta Entidad con el número 2013- 01- 542222, remitido por la Jefe del Departamento RM y ESAL de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el cual usted tuvo a bien formular una consulta sobre algunos aspectos relacionados con la distribución de utilidades, en los siguientes términos:

- a) Si se configura la situación expuesta en el artículo 454 del Código de Comercio, es posible, que por decisión unánime de los socios en una sociedad limitada, se destinen las utilidades del ejercicio a una reserva para ensanches futuros o es obligatorio realizar el reparto de las utilidades líquidas a cada uno de los socios?
- b) En el caso de que las cuotas sociales se encuentren embargadas, cuál sería el procedimiento a seguir?
- c) En caso de decisión unánime, es viable que los socios puedan autorizar el aumento de la reserva legal a pesar que ya la misma sobrepase el monto del capital?

Al respecto, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas, a la luz del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995, en lo pertinente:

- i) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 454 del Estatuto Mercantil, “Si la suma de la reserva legal, estatutaria 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”. (El llamado es nuestro).

Del estudio de la norma antes transcrita, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, por remisión expresa del artículo 372 ibídem, se desprende que cuando se de el supuesto previsto en la norma, esto es, que cuando la reservas allí señaladas excedieren del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de las utilidades líquidas a repartir entre los accionistas se elevará al setenta por ciento (70%).

Desde luego, que la decisión deberá tomarse con el porcentaje consagrado en el artículo 155 op. cit., modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995, la cual es del siguiente tenor literal:

“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.

No obstante lo anterior, se observa que para que la facultad de disposición pueda traducirse en utilidades para cada uno de los socios a título de dividendo, es necesario que no se produzcan decisiones mayoritarias en el seno de la junta de socios en virtud de las cuales se adopte una destinación diferente, como ocurriría en los siguientes casos: 1) la junta podría decidir, mediante la mayoría corriente que determinen los estatutos, la no repartición del 70% de las utilidades líquidas del ejercicio y señalar a esa suma una destinación específica; 2) la junta, en virtud de resolución adoptada por la mayoría cualificada del 78% de las acciones representadas en la reunión, podría disponer que solo se reparta a título de dividendo una suma inferior al 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores y, aún que no se distribuya suma alguna de tales utilidades, disponiendo de ellas en la forma que la misma asamblea determine (art. 155 del Código de Comercio); y 3) podría también la asamblea, disponer por mayoría cualificada de menos del 78% de las cuotas que la sociedad adquiera sus propias cuotas totalmente liberadas con cargo a la totalidad, o de una parte de las utilidades líquidas (art. 396 ibídem).

**Así las cosas, y a pesar de presentarse la situación prevista en el artículo 454 ejusdem, la junta de socios por unanimidad, es decir, con el voto favorable de los socios representantes de cien por ciento (100%) de las cuotas en que se encuentra dividido el capital social, podrán decidir el no reparto de utilidades, y en su lugar, constituir una reserva para futuros ensanches de las instalaciones de la empresa.**

ii) Ahora bien, en caso de que las cuotas sociales se encuentren embargadas, ello no es óbice para que la junta de socios adopte la medida a que alude el párrafo precedente.

En efecto, el titular de las cuotas sociales embargadas por ese sólo hecho no pierde automáticamente todos sus derechos, pues de darse dicha circunstancia, éste sigue conservando los derechos políticos que tiene frente a la sociedad, o sea, puede seguir deliberando en las Asambleas y votar en ellas, al igual que puede elegir y ser elegido en cualquier órgano del ente societario, así como **el de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en el ley o en los estatutos.**

El embargo no significa perder la propiedad de sus cuotas sociales, ya que es una medida mediante la cual la autoridad judicial limita su propiedad respecto a la libertad de enajenación, o sea, el propietario no puede ceder a un tercero las cuotas mientras recaiga el embargo sobre las mismas.

Después de embargadas las cuotas, si el deudor no paga sus obligaciones que tiene con el acreedor, el Juez ordenará mediante sentencia que las cuotas se rematen, o sea, se vendan en pública subasta y su producto será destinado al pago de la obligación cuyo cobro se persigue por vía ejecutiva.

De otra parte, se observa que el embargo de partes de interés, acciones o cuotas sociales se encuentra regulado en el Ordenamiento Mercantil en los artículos 142, precepto de carácter general por tanto es aplicable a todas las sociedades comerciales, así como en los artículos 408, 414 y 415, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión del artículo 372 ya citado.

La primera de las normas citadas, prevé “Los acreedores de los asociados podrán embargar las acciones, las partes de interés o cuotas que éstos tengan en la sociedad y provocar su venta o adjudicación judicial como se prevé en este Código y en las leyes de procedimiento” (Destacado nuestro), disposición concordante con el artículo 524 del C. P. C., modificado por el Dec. 2282 de 1989, que prevé el procedimiento que el Juez debe observar antes de fijar la fecha para el remate de las cuotas embargadas.

Por su lado, el inciso segundo del artículo 414 del Código de Comercio, preceptúa que “El embargo de las acciones comprenderá el dividendo correspondiente y podrá limitarse a sólo éste. **En este último caso, el embargo se consumará mediante orden del juez para que la sociedad retenga y ponga a su disposición las cantidades respectivas**” (La negrilla no es del texto), al paso que el artículo 415 ss. Contempla “El embargo de las acciones nominativas se consumará por inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del funcionario competente”.

De la anterior preceptiva se observa, entre otros aspectos, la procedibilidad del embargo sobre las cuotas sociales que posee el demandado en el capital de una sociedad, pues el embargo es una medida que la parte demandante solicita sobre los bienes de propiedad de la persona demandada (Art. 513 del C. P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989).

Lo expuesto, aunado a que la sociedad una vez constituida legalmente forma una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados, momento a partir del cual se crea un ente sujeto de derechos y obligaciones (Art. 98 del Código de Comercio), permite colegir que los bienes de la sociedad por deudas adquiridas por ella también pueden ser objeto de medidas cautelares, lo que aquí es importante es que las deudas adquiridas por los socios no son de la sociedad y las de ésta no corresponden a los socios, por lo que sólo podrá perseguirse el pago de la misma a la persona natural o jurídica que la haya adquirido y sus bienes pueden ser objeto de medidas como el embargo.

En resumen se tiene, que en caso de que las cuotas sociales se encuentren embargadas, ello no es impedimento para que en el evento de que las reservas a que alude el artículo 454 del Código de Comercio, excedieren del ciento por ciento del capital suscrito, la junta de socios podrá, de una parte, decretar la distribución de utilidades en el porcentaje allí previsto, salvo cuando no se obtenga la mayoría prevista en el artículo 155 ídem, en cuyo caso 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; y de otra, destinar las utilidades del ejercicio para la constituir una reserva para futuros ensanches de las instalaciones de la compañía.

iii) Al tenor de lo previsto en el artículo 371 del Código de Comercio, la sociedad formará una reserva legal, con sujeción a las reglas establecidas para la anónima. Estas mismas reglas se observarán en cuanto a los balances de fin de ejercicio y al reparto de utilidades.

Por su parte, el artículo 452 ibídem, preceptúa que las sociedades anónimas constituirán una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento del capital suscrito, formada con el diez por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio.

Cuando esta reserva llegue al cincuenta por ciento mencionado, la sociedad no tendrá obligación de continuar llevando a esta cuenta el diez por ciento de las utilidades líquidas. Pero si disminuyere, volverá a apropiarse el mismo diez por ciento de tales utilidades hasta cuando la reserva llegue nuevamente al límite fijado.

Del análisis de las normas antes referidas, se deduce lo siguiente: a) que las sociedades de responsabilidad limitada, al igual que la sociedad anónimas, están obligadas por ley, a crear una reserva para proteger el patrimonio de la sociedad en caso de pérdidas; b) que la reserva debe ser igual al 50% del capital social, y se conformará por el 10% de las utilidades líquidas de cada período por los menos al 50% del capital; c) que una vez alcanzado ese valor, ya no es obligatorio seguir apropiando el 10%; d) que en caso de que el valor de la reserva se vea disminuido, debe procederse a destinar el 10% de las utilidades hasta alcanzar nuevamente el límite establecido.

La reserva legal, por estar originada en un mandato legal, es naturalmente de carácter obligatorio. La obligación de calcular la reserva legal desaparece cuando se ha alcanzado el 50% de que trata el código de comercio, o cuando no existe utilidad o se ha presentado pérdida, casos en los cuales no habrá base para aplicar el 10% correspondiente a la reserva, y en su lugar, se procede a dar aplicación a las reservas para enjugar las pérdidas presentadas, lo cual significa entonces que las reservas se verán disminuidas en el valor aplicado contra las pérdidas.

El objetivo que la ley le ha asignado a las reservas es el de proteger el capital de la sociedad ante eventuales pérdidas. Por tal razón, el único uso que se le puede dar a las reservas, es el para enjugar las pérdidas que sufra la sociedad. Las reservas, al ser una partida creada y exigida por la ley, no están sometidas a la voluntad del empresario. Éste no puede disponer de ellas para un fin diferente al de enjugar pérdidas que es el que le ha definido la ley, de modo tal que no se pueden distribuir ni capitalizar, etc.

No es dable entonces pensar que la reserva legal, en razón de su naturaleza, sea susceptible de capitalizarse, ni que sea posible cambiar su destinación, así sea sobre las cantidades que voluntariamente los asociados hayan decidido apropiarse por encima del mínimo legal, ya que si ciertamente el origen de las mismas es voluntario, no lo es menos que al formar parte de aquella, quedan cubiertas por la inamovilidad que la ley ha implantado para esta clase de reserva.

En estas circunstancias, **es viable que los socios por unanimidad aumenten la reserva legal, a pesar de que la misma sobrepase el monto del capital social, por**

**cuanto, de una parte, la ley no previó ninguna restricción sobre el particular, y de otra, que los socios en ejercicio de la autonomía privada podrán disponer de las utilidades líquidas en la forma planteada, es decir, destinarlas, se reitera, al aumento de la reserva legal.**

En los anteriores términos se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo.