

OFICIO 220-075200 DEL 09 DE JUNIO DE 2015

Ref: DISTRIBUCION DE UTILIDADES EN LA SAS

Me refiero a su escrito recibido vía correo electrónico, radicado en esta Entidad con el No. 2015-01-221151 el 30 de abril de 2015, mediante el cual formula unas consultas, previa una serie de consideraciones:

- “1. Por Ley una SAS está obligada a repartir utilidades? en qué porcentaje;
2. Con una decisión dividida como la de la asamblea extraordinaria, cual es la obligación de la empresa para estar en cumplimiento de la ley?
3. Hay alguna regulación en cuanto a los plazos para pagar los dividendos decretados?
4. Puede una asamblea extraordinaria cambiar la decisión de la asamblea ordinaria?”

Al respecto, debe observarse que de conformidad con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, los conceptos que esta Oficina emite en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, expresan una opinión o punto de vista sobre las materias a cargo de la Entidad, que no se dirigen a definir situaciones individuales o concretas, razón por la cual su respuesta es general y abstracta y, como tal, no tiene carácter vinculante ni compromete su responsabilidad.

Efectuada dicha precisión a la luz de la competencia que le corresponde a esta Superintendencia, se impone hacer las siguientes consideraciones generales:

REGLAS SOBRE DISTRIBUCION DE UTILIDADES

Esta entidad, mediante oficio 220-083850 del 28 de julio de 2011 con ocasión de las reglas aplicables a la distribución de utilidades en la SAS señaló:

“(…)

El artículo 45 de la Ley Cit. expresa “En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada **se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales**, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio.

(…)”.

Por su parte, además de la libertad para crear distintos tipos de acciones, en los términos del artículo 10 lb., el artículo 38 ss. señala que en materia de reparto de utilidades, en las S.A.S. no se aplican las reglas que sobre el particular prevé el Código de Comercio para las sociedades comerciales que allí se regulan, a menos que voluntaria su accionista o accionistas decidan incorporarlo en sus estatutos.

En ese orden de ideas, de una lectura simple a la preceptiva mencionada, resulta obvia la propuesta planteada en el escrito, sin embargo como el tema del reparto de utilidades para este tipo societario ha sido examinado, a continuación se transcriben algunos apartes del Oficio 220- 035073 de 8 de junio de 2010, cuya argumentación ilustra el tema de la libertad contractual en esta materia, a saber:

“Sobre el particular es preciso reiterar que una de las características más relevantes en el marco normativo de las SAS, es la posibilidad de ejercer la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales; en esencia se trata de permitir que los asociados a su discreción definan las reglas bajo las cuales se han de manejar los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad, lo que explica que las disposiciones contenidas en la ley citada tengan un carácter eminentemente dispositivo que pueden ser reemplazadas por las reglas que acuerden los asociados.

De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar "libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento", amén de la premisa general que el mencionado artículo 45 establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legales que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas y por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio, premisa de la cual debe concluirse que en principio son viables todas aquellas estipulaciones que resulten acordes con la voluntad de los socios, con la limitación de las normas imperativas consagradas en la ley.

En este orden de ideas se advierte que en materia de utilidades la Ley 1258 se limitó a establecer que éstas se deberán justificar en todo caso en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados en los términos que el artículo 28 indica, lo que supone a su vez que sí hay libertad para fijar las condiciones que los socios a bien estimen sobre distribución y pago de utilidades; en consecuencia, no habría óbice en concepto de este Despacho para acordar reglas que en ese sentido se aparten del precepto legal que exige distribuir y pagar las mismas dentro del año siguiente a la fecha en que sean decretadas, de manera que éste sólo tendrá aplicación en

las condiciones que el artículo 156 del Código de Comercio indica, en la medida en que los estatutos no contengan estipulación en contrario”...

DECISIONES DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

Como se indica en el presente oficio, el reparto de utilidades solo puede hacerse con balances reales y fidedignos, hechas las reservas y efectuada la apropiación para pago de impuestos y esto solo es posible, respecto de los balances de fin de ejercicio, en los cuales se cortan las cuentas y se establece el valor de sumas arrojadas.

Lo anterior quiere significar que si la reunión ordinaria del máximo órgano social dispuso, con el lleno de los requisitos legales y estatutarios no repartir utilidades, ello sería jurídicamente procedente, siempre y cuando, se reitera en los estatutos sociales no se haya consagrado nada en contrario.

Además, cabe mencionar que el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, señaló que las prohibiciones a que aluden, entre otras, los artículos 155 y 454 no son aplicables en la SAS, lo que indica que ante ausencia de regulación estatutaria expresamente en cuanto atañe a las restricciones mencionadas en dichos preceptos legales, se estará al régimen de las mayorías.

Ahora, en caso de existir un accionista disidente, ello no sería óbice para que se convoque a una reunión extraordinaria, aun cuando esta se lleve cabo en los términos establecidos en los estatutos sociales, con el fin de someter nuevamente a consideración el reparto de utilidades, pues lo que procede en este escenario es la impugnación de las decisiones como lo señala el artículo 191 ibídem.

PAGO DE DIVIDENDOS

El artículo 156 del Código de Comercio, señala que: “Las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. Prestarán mérito ejecutivo el balance y copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea y la junta de socios.

Las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad.”

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el artículo 455 del Código de Comercio, hechas las reservas se distribuirá el remanente entre los accionistas.

El pago del dividendo se hará en dinero en efectivo en la época que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible el pago.

No obstante podrá hacerse el pago en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, si así lo dispone la asamblea con el 80% de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, solo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten.

Como corolario de lo anterior, es dable señalar lo siguiente:

1. Si los estatutos no regulan los términos y condiciones para llevar a cabo la distribución de utilidades, las reglas aplicables serán consagradas en las estipulaciones legales mencionadas en el curso del presente oficio, advirtiendo que el artículo 38 de la Ley SAS señala que las prohibiciones contenidas, entre otras, en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a estas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.

2. En cuanto a las decisiones adoptadas por el máximo órgano social, serán válidas la adoptadas en la reunión ordinaria, pues es en ella donde se aprueban los balances de fin de ejercicio, se hacen las reservas y apropiaciones para impuestos y se decide sobre la distribución de utilidades, como fue indicado anteriormente

3. Salvo estipulación estatutaria en contrario, el pago de dividendos se hará dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten por el máximo órgano social y en las épocas pactadas por éste.

4. Las decisiones del máximo órgano social aprobadas de conformidad con la mayoría establecida en los estatutos sociales, obligarán a todos los socios, aún los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a la ley y a los estatutos, como lo señala el artículo 188 del Código de Comercio.

Así pues, si un accionista disidente no estuviere de acuerdo con la decisión adoptada en una reunión, podría impugnarla, si considera que no se adoptó de conformidad con las prescripciones legales y estatutarias como lo señala el artículo 191 ibídem.

Pero, lo que no puede suceder es que ante el disentimiento, procure la convocatoria y realización de una reunión extraordinaria, para que nuevamente se adopte una decisión debidamente votada por la ordinaria, más aún cuando, como en el caso que nos ocupa, se trata de una decisión referente a la distribución de utilidades, la cual debe adoptarse cuando quiera que se aprueben los estados financieros de fin de ejercicio y, una vez adoptada, las sumas debidas a los

asociados por concepto de utilidades, forman parte del pasivo externo de la compañía.

Situación distinta sería que no se hubiese llevado a cabo la reunión ordinaria, caso en el cual, la sociedad podría celebrar una extraordinaria con temario de ordinaria, en cuyo escenario es viable considerar y adoptar la decisión sobre distribución de utilidades.

5. En caso de existir diferencias ente los accionistas, con ocasión de dicho reparto de utilidades, mediante oficio 220-046019 del 9 de mayo de 2013, esta Entidad expresó:

“(…)

“Otra acción, frente a diferencias entre los accionistas, o entre éstos con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea, entre otros órgano sociales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se hubiere pactado en los estatutos sociales (Artículos 40 y 44 de la citada Ley 1258); en caso contrario, en aplicación al Art. 24, Núm. 5, Lit. b) y c) del Código General del Proceso ante esta Superintendencia en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

“Todo lo antes expuesto sin perjuicio de la conciliación como mecanismo para la solución de conflictos existentes, conforme el procedimiento previsto en la Ley 640 de 2001...”

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su solicitud no sin antes advertirle que el alcance de este concepto se circunscribe a lo previsto en el artículo 25 del CCA.