

OFICIO 220-161175 DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2019

REF: ACUERDOS DE ACCIONISTAS Y REPARTO DE UTILIDADES

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia, mediante la cual se solicita aclaración del concepto emitido por esta Superintendencia número 220-091121 del 3 de septiembre de 2019, en el sentido de establecer la respuesta a la inquietud planteada en que una sociedad por acciones simplificada pueda mediante acuerdo de accionistas, fijar el reparto de utilidades el cual no se hará atendiendo a la participación accionaria de cada uno de los socios sino en consideración de las utilidades generadas por su área de negocio.

En atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Al respecto es de señalar, que la figura denominada como “*acuerdo de accionistas*”, ha sido concebida por la doctrina nacional como todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, ya sea mediante la transmisión de acciones, mediante un mandato a un tercero o por vía de la obligación del socio en ejercer el derecho involucrado en determinado sentido.¹

El Dr. Néstor Humberto Martínez Neira al respecto ha señalado: “(...) Aunque el objeto de los pactos paraestatutarios puede versar sobre cualquier derecho nacido del contrato social, la doctrina caracteriza los pactos de accionistas alrededor del ejercicio de los derechos políticos, al definirlos como “Todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, ya sea mediante la transmisión de acciones, mediante un mandato condicionado o incondicionado a un tercero, o por vía de la obligación del socio de ejercer el derecho involucrado en determinado sentido.”²

1 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario Tomo I. 3ª Edición. Editorial TEMIS S.A., 2016. 637 p. ISBN 978-958-35-1096-0.

2 Definición de Fernando Mascheroni, citado en Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario. Citado por Martínez Neira, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario, Regulación mercantil y bursátil de los contratos societarios. Segunda Edición. LEGIS Editores S.A., 2014. 134 p. ISBN 978-958-767-128-5



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

El artículo 70 de la Ley 222 de 1995, regula una definición de “*acuerdos entre accionistas*”, en el cual se señala que dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas”.

La novedad de la Ley 1258 de 2008, en su artículo 24 es, permitir a los accionistas celebrar válidamente acuerdos sin que exista limitación al respecto de los derechos de las personas que los suscriban o los asuntos sobre los cuales verse el pacto³. Así lo anterior, el artículo mencionado define los alcances y procedimientos para que los mismos sean válidos.

Ahora bien, es necesario igualmente indicar que la Ley 1258 de 2008, no determinó nada frente al término “*utilidad*”, ni como se repartirán entre sus accionistas o el modo en que las mismas se podrán estipular. Razón por la cual, en el concepto mencionado (220-091121 del 3 de septiembre de 2019), se estableció: (i) cuáles son los tipos de acciones que se pueden crear por parte de la sociedad por acciones simplificada; (ii) cuáles son los derechos que se pueden endilgar de las mismas, y (iii) la denominada “*utilidad*” por haber adquirido las acciones correspondientes.

Si bien el objeto del acuerdo es comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad, en especial el derecho de voto, no es menos cierto que las utilidades son la retribución principal que reciben los asociados por su concurso en el contrato social, y hacen parte de la definición misma del contrato y por tanto cláusulas como la negativa a alguno de los asociados al derecho de percibir utilidades podría conducir a la inexistencia del vínculo contractual respecto de éste⁴.

Así lo anterior, igualmente frente al reparto de utilidades y sus condiciones, esta oficina se pronunció al respecto así:

“(…) 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,

3 Reyes Villamizar, Francisco. SAS. La Sociedad por acciones simplificada. 4ª Edición. LEGIS Editores S.A. 2018. 252 p. ISBN 978-958-767-730-0

4 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario Tomo I. 3ª Edición. Editorial TEMIS S.A., 2016. 548 p. ISBN 978-958-35-1096-0.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 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.”(...))⁵

“(...) 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.

5 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-040111 (2 de marzo de 2017). Asunto: Salvo estipulación estatutaria en contrario, el reparto de dividendos en la SAS debe respetar la participación porcentual. {En línea}. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-040111.pdf. (25/11/2019).

6 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-220-075200 (9 de junio de 2015). Asunto: Distribución de utilidades en S.AS. {En línea}. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-075200.pdf (25/11/2019).

7 “Tradicionalmente se ha denominado participaciones a las utilidades repartidas a los socios de compañías colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada; y dividendos a las decretadas en favor de los accionistas en compañías anónimas y en comanditas por acciones. Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. 7ª Edición. Editorial Librería Doctrina y Ley. 1996. 179p. ISBN 958-9288-77-4

8 Superintendencia de Sociedades. Oficio 02207 de 22 de febrero de 1978. Citada por Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. 3ª Edición. Editorial TEMIS S.A., 2016. 637 p. ISBN 978-958-35-1096-0.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 (...)” 6. (Subrayado nuestro).

Igualmente, habría de distinguirse entre el concepto de utilidad y el concepto de dividendo, el primero, como ya se indicó anteriormente hace parte de la definición misma del contrato de sociedad *“Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. (...)”* es decir, corresponde al derecho que tiene cada asociado a la participación de los beneficios económicos; el segundo corresponde a la proporción decretada de las utilidades en favor de cada accionista de la compañía⁷.

Así las cosas, como se ha indicado por la Superintendencia de Sociedades: *“ (...) Una vez ha sido decretado un dividendo la determinación es irrevocable, pues las sumas que la asamblea ordenó repartir entran a formar parte del pasivo externo de la compañía, las cuales son reclamable por la vía ejecutiva. (...) Sin embargo, es sabido que todo derecho es renunciable mientras la renuncia no esté prohibida por ley ni se ejercite en fraude de terceros. Por consiguiente, lo expresado no implica que el derecho referido no se pueda renunciar o consentir en aplazar el ejercicio del mismo. (...)”*⁸.

En conclusión, no es posible pactar las condiciones sobre las cuales se realizará el reparto de las utilidades pertinentes mediante acuerdo de accionistas, toda vez que el tema de las utilidades es un tema que compete a todos los accionistas y no sólo a algunos que suscriban un acuerdo, cualquier tema relacionado con las utilidades es un asunto que deberá reflejarse en las estipulaciones estatutarias de la sociedad. Ahora bien, una vez decretadas las utilidades se configuran las mismas como dividendo, y sobre estos los accionistas si podrán disponer de su derecho incluso renunciando al mismo como se señaló anteriormente. Dado lo expuesto se reitera lo manifestado en el Oficio No. 220-091121 del 3 de septiembre de 2019

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta 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.