

220-77933

Asunto: Derechos de los Asociados □ Distribución de Utilidades.

Cuales son los derechos que tienen los accionistas minoritarios de acuerdo con la ley, precisando que la sociedad en la que posee acciones no reparte dividendos hace cinco(5) años, siendo una empresa de comercio al detal reconocida en la ciudad de Bogotá.

Sobre el particular, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

DERECHOS DE LOS ASOCIADOS.

1.- Al realizar una persona un aporte, para formar parte del capital de una sociedad, nace para ella el denominado "status socii", el cual hace referencia al conjunto de derechos y deberes que adquiere al asumir la calidad de asociado.

Al respecto, el profesor José Ignacio Narvaez manifiesta que "la evidencia es que la persona que se asocia, interviene en el contrato o se enfrenta al ya celebrado, adquiere derechos y contrae obligaciones que se prolongan en el tiempo; y en las formas asociativas dotadas de personalidad jurídica, su injerencia contribuye a crear o a que subsista un sujeto de derechos y obligaciones completamente distinto de los miembros individualmente considerados. Y como cada derecho, facultad, deber u obligación de estos tiene naturaleza y alcances diferentes, el conjunto de ellos no es posible encasillarlo en alguna categoría dogmática tradicional □. Tales relaciones jurídicas se originan y desdoblan en múltiples poderes y deberes, derechos y obligaciones que la propia ley atribuye a quien participa en una colectividad. De manera que, tratándose de formas asociativas de carácter voluntario, temporal y que se rigen por las normas del derecho privado, en virtud del contrato que les da origen, cada asociado es miembro de una organización autónoma y pluripersonal □" (Teoría General de las Sociedades - Séptima Edición 1996, pagina 140).

2.- En la persona jurídica en la cual se adquiere la calidad de asociado, independientemente del tipo societario del cual se forme parte, como puede ser sociedad colectiva, sociedad en comandita, bien sea simple o por acciones, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, reguladas por la legislación mercantil, se configuran los órganos que las rigen, los cuales tienen perfectamente delineado sus funciones, tendientes a desarrollar a cabalidad el objeto social consagrado en los estatutos sociales y a cumplir con los asociados en cuanto hace relación con los derechos que adquieren, pero al mismo tiempo a exigir de ellos el acatamiento de los deberes que les corresponden.

Sobre las facultades, deberes, derechos y obligaciones de los socios, el profesor José Ignacio Narvaez afirma que "□el ejercicio y cumplimiento de algunos suelen ser regulados en los estatutos, y a veces son desarrollados por virtud de acuerdos o decisiones de los órganos sociales. Y todos presentan como rasgo descollante el de ser recíprocos: del asociado para con el ente social y de éste para con aquél □" (Obra citada, pagina 142).

3.- Los derechos que la ley otorga no pueden ser desconocidos, pero si pueden ser regulados en los estatutos sociales, sin que pueda ello conllevar a su desconocimiento o a que por alguna restricción que se imponga, se haga nugatorio su ejercicio.

El artículo 379 del código citado, enumera los derechos que la acción confiere a su titular, los cuales son predicables en general de los asociados en todas las formas societarias; a ese respecto el citado tratadista manifiesta que, "por su legitimidad se reputan intangibles y en verdad pugna con el más elemental sentido de justicia que a cualquiera de los socios se le cercenen. Ni el régimen convencional ni órgano social alguno o la autoridad pública tienen competencia para abolirlos o cercenarlos. Por eso se afirma que son inviolables. Inclusive se consideran irrenunciables mientras el respectivo derecho no se genere a favor del asociado. Sólo una vez concretizado, el socio puede dejar de ejercerlo". (Obra citada, pagina 144).

4.- Los derechos de los asociados, independientemente de la participación porcentual que tengan dentro de la conformación del capital social, son de aplicación idéntica para todos. Cosa diferente es que dependiendo del número de partes de interés, cuotas u acciones que posean en un momento determinado, los asociados con una participación minoritaria dentro de la conformación del capital social, necesariamente deben someterse a la ley de las mayorías, que indudablemente tiene notoria relevancia en lo concerniente con la adopción de decisiones y reparto de utilidades, en lo que tiene que ver con la vida activa de la compañía y en el monto de lo que se recibe una vez liquidada la sociedad, si los activos alcanzan para el pago del pasivo.

Estos derechos generales que se tienen, independientemente del tipo de sociedad adoptado, son los siguientes:

"1) El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella.

"2) El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos.

"3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos.

"4) El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y

"5) El de recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad".

DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

1.-Teniendo en cuenta lo afirmado en la segunda parte de su comunicación, en el sentido que la sociedad por acciones de la cual forma parte "no reparte dividendos hace cinco(5) años", y partiendo de la base, como ya lo anotamos, que uno de los derechos de los asociados, es el de percibir utilidades que se generan en desarrollo del objeto social, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Indiscutiblemente las personas al entrar a participar dentro de la composición del capital de una sociedad, buscan por encima de cualquier circunstancia, un beneficio eminentemente económico, el cual para obtenerlo obliga a que los asociados realicen un aporte a la constitución de la compañía, bien en dinero o bien en especie, lo cual con posterioridad se va a traducir en utilidades o pérdidas, dependiendo de los resultados que arroje el ejercicio social.

Es claro que si se dan utilidades como producto del desarrollo del objeto social, debe el máximo órgano de la sociedad, proceder a realizar la distribución de ellas entre los asociados o crear si así lo dispone la asamblea con el voto de la mayoría necesaria unas reservas que tiendan a prevenir riesgos que se pueden presentar en un futuro.

Las utilidades se distribuyen por decisión del máximo órgano social, siempre y cuando se encuentren plenamente justificados por balances de fin de ejercicio reales y fidedignos, una vez hechas las deducciones correspondientes a la reserva legal, estatutarias y ocasionales, si hubiere lugar a ellas, y su pago debe hacerse en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que fueron decretado, en las épocas en que fije el órgano rector.

En materia de distribución de utilidades, esta entidad mediante oficio 220-42826 del 8 de agosto de 1997, fijó su posición de la siguiente manera:

"Dice el artículo 240 de la Ley 222 de 1995:

El artículo 155 del Código de Comercio quedará así:

"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 lo menos el 50% de las utilidades liquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores".

"1. La redacción de la norma es clara y significa que las utilidades liquidas de cada ejercicio deberá repartirse por lo menos el 50%, salvo que los asociados dispongan lo contrario, en cuyo caso, se requerirá del voto afirmativo de un número plural de asociados, que representen por lo menos el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés que se encuentren representadas en la reunión en la que se pretenda aprobar dicho tema".

"2. Mediante determinación contractual de los asociados se puede pactar dentro de los estatutos sociales una mayoría decisoria superior a la señalada para ese fin".

"3. La nueva norma pues, conserva la misma obligación que mencionaba el artículo 155 del Código de Comercio en cuanto al porcentaje de utilidades liquidas que se deben distribuir, con la única diferencia de que para no efectuar en dichos términos el reparto, se requiere que la decisión se apruebe no ya con el 70% sino con el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés. Por lo demás, el artículo 240 no introduce ninguna otra modificación diferente

a la que toca con la mayoría establecida en el artículo 155; de ahí que en lo relacionado con la distribución de utilidades se seguirán aplicando las disposiciones legales pertinentes, en concordancia con las que en materia de quórum y mayorías prevé la ley 222 de 1995".

"4. Por virtud del artículo 240 de la ley 222 de 1995, el artículo 454 del Código de Comercio no fue derogado ni modificado y tal regla permanece vigente en los mismos términos en cuanto la obligación que establece para las sociedades anónimas, en el sentido de elevar al 70% el porcentaje de las utilidades líquidas a repartir, cuando la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasionales excediere del 100% del capital suscrito".

"5. El artículo 454 del Código de Comercio hace alusión al artículo 155, ahora modificado por el artículo 240 de la ley 222, para remitirse al porcentaje obligatorio de reparto que allí se estableció (50% de las utilidades), el cual ahora debe ser incrementado al 70%".

"6. El artículo 454 no se refiere a la salvedad de la determinación en contrario que ella en ese caso permite, bajo la condición de que la determinación se apruebe con la mayoría decisoria determinada, por la cual no es viable inferir que dado el supuesto señalado pueda la asamblea con esa, ni con ninguna otra mayoría, modificar el porcentaje de las utilidades a distribuir, toda vez que el artículo 454 del Código de Comercio, que se repite permanece indemne, es de estricto cumplimiento, pues participa de la naturaleza de las normas que llevan implícita la noción de orden público, como en otras oportunidades lo ha sostenido esta Entidad".(Se subraya).

Lo anterior tiene su fundamento, en cuanto que "la ley comercial tiende a tutelar el derecho esencial del accionista o socio de sociedades comerciales consagrado en el artículo 379, ordinal 2 del Código de Comercio. Cuando ordena distribuir un mínimo del 50% de las utilidades como dividendo y dispone igualmente que en el caso de manifiesta necesidad y conveniencia para la sociedad, el interés del accionista o socio, de participar en su oportunidad de las utilidades, puede ceder en provecho del interés social como medida de previsión. Pero cuando la sociedad se encuentra en una situación de bonanza económico tal que la suma de sus reservas legal, estatutaria u ocasionales iguala o excede las cifras de capital suscrito, el legislador consideró que no hay lugar a exigirle al accionista o socio un mayor sacrificio, y la sociedad está obligada a repartir el 70% de las utilidades disponibles" (Superintendencia de Sociedades. Oficio 15387 del 29 de agosto de 1977).

Resumiendo, tenemos entonces que cada vez que se obtengan utilidades en una compañía, debe distribuirse como mínimo el 50 % de las utilidades líquidas, salvo que el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés decida lo contrario, y siempre y cuando al término del ejercicio, la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasional, no excedan del ciento por ciento del capital suscrito, pues en ese evento, debe imperiosamente repartirse entre los asociados como mínimo el 70% de las utilidades líquidas