

220-004778 del 01 de Febrero de 2007

Ref: Utilidades. Imposibilidad para modificar fechas y condiciones de su pago una vez aprobado su pago por parte del máximo órgano social. Pago en acciones liberadas.

Me refiero a su escrito radicado en esta Superintendencia con el número 2007-01-005511 por medio del cual, eleva una consulta, a la cual procedemos a dar respuesta en el mismo orden en que han sido formuladas sus inquietudes, de la siguiente manera:

Puede la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, con una votación dividida, autorizar una prórroga en el pago de los dividendos respecto de las fechas aprobadas por unanimidad en asamblea ordinaria de accionistas?

R/. En relación con esta pregunta, le comunico que es doctrina de esta Superintendencia que, una vez decretado el pago de los dividendos por parte del máximo órgano social, surge un derecho de crédito para el accionista quien resulta ser el único facultado para disponer del mismo, y a su vez, una obligación cierta a cargo de la sociedad, razones éstas por las cuales no resulta dable modificar posteriormente los plazos y condiciones aprobados inicialmente por la Asamblea General de Accionistas para el reparto de ellos.

Tal posición ha sido expuesta en oficios tales como el No. 220-72552 del 2 de noviembre de 2000, del cual me permito transcribirle lo que sigue:

□□

- a. *¿Después de que la asamblea ha aprobado el pago de dividendos, es posible revocar dicha determinación con miras a hacer menos gravosa la situación del ente societario?*
- b. *¿De ser viable su revocación, pero el socio minoritario vota negativamente, qué efectos puede tener, y en consecuencia, qué le correspondería al socio minoritario?*

Para responder su inquietud se hace necesario traer a colación el artículo 156 del Código de Comercio, el cual es del siguiente tenor:

"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 la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o 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."

*En efecto, tal y como se puede apreciar de la norma en comento, las utilidades una vez decretadas forman parte del pasivo externo de la sociedad, surgiendo para ésta la obligación de pagar la utilidad en la forma y términos aprobados por el máximo órgano social, y, con respecto del asociado, **un derecho de crédito o personal** que de ninguna manera le puede ser desconocido, reformado ni revocado, pues dada la esencia de este derecho, su titular es el único facultado para disponer del mismo.*

El artículo 666 del Código Civil al definir los derechos personales o créditos, prevé que son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.

Según los términos de la norma en comento, el derecho de crédito comporta una relación jurídica esencialmente personal en la que intervienen, al menos, dos personas; una, como titular de un derecho (acreedor), y otra (deudor), la cual se obliga al cumplimiento de una determinada prestación.

Lo anterior no obsta, para que cada asociado pueda renunciar a su derecho tal y como lo dispone el artículo 15 del Código Civil que prevé que "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.

Es importante tener en cuenta, que tal renuncia solo es posible cuando el derecho en cuestión se concreta, es decir, a partir del momento en el cual se decreta el dividendo por parte del máximo órgano social; anterior a este momento, solo existe una mera expectativa del socio a percibir utilidades, la cual no es renunciante. Valga decir, que son de derecho público las normas que en protección de los asociados consagran como derecho inherente a esta calidad la de percibir utilidades, las cuales no pueden ser modificadas por convenio entre particulares, teniendo en cuenta que su objetivo es el de fijar un límite a las voluntades individuales, con miras a organizar la convivencia entre los miembros de un grupo social.

El profesor José Ignacio Narváez en su obra Teoría General de las Sociedades, séptima edición, Ed. Doctrina y Ley, 1.996, pág. 181, refiriéndose al acto mismo mediante el cual el máximo órgano social decreta las utilidades, manifiesta: "Cuando el órgano máximo de la sociedad aprueba el reparto de utilidades, a título de participación o dividendo, se genera un derecho de crédito a favor de asociado y a cargo de la sociedad, valor patrimonial propio que puede ceder a un tercero, gravarlo, donarlo, etc. Ese derecho no puede ser desconocido por nadie, ni a la compañía le es permitido eximirse unilateralmente de la obligación de pagarlo. El mismo órgano soberano de la sociedad no puede revocar, suspender ni reformar el reparto, pues su irrevocabilidad es consecuencia de la plena autonomía de los derechos que crea. Y los artículos 156 y 455 del Código de Comercio señalan las consecuencias inmediatas del reparto de utilidades de los asociados, así:

1ª. Tanto la participación como el dividendo han de pagarse en dinero en efectivo.

2ª. El plazo máximo de que dispone la sociedad para pagar esas utilidades es de un año, contado desde la fecha del acuerdo social.

3ª. Pueden compensarse con las sumas exigibles que los asociados deban a la compañía.

4ª. Las sumas debidas a los asociados por ese concepto forman parte del pasivo externo de la sociedad.

5ª. Esos derechos de crédito pueden exigirse por la vía judicial.

6ª. Prestan mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la junta de socios o asamblea de accionistas, según el tipo de compañía de que se trate."

En ese orden de ideas, es dable conceptuar que independientemente de la situación patrimonial de la sociedad, esta no puede sustraerse de la obligación de cancelar las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades, pues tal y como se observa del contenido del artículo 156 del Código de Comercio, los dividendos decretados formarán parte del pasivo externo de la sociedad, en razón a que se concreta un derecho de crédito a favor de cada asociado quien puede hacerlo exigible judicialmente, derecho del cual solo éste puede disponer, y que por lo mismo, no puede ser objeto de revocación ni de modificación la determinación creadora de la situación particular en favor de cada asociado,

Es así, que si la sociedad pretende sustraerse de tal obligación no le queda otra alternativa que la de conciliar con cada asociado en pos de llegar a un acuerdo, pues como titulares del derecho son los únicos facultados para disponer del mismo□□.

2. Cual es el mecanismo que un accionista minoritario a quien le han cancelado oportunamente sus dividendos, pudiera utilizar a efectos de que la administración de la compañía cancele los dividendos en las fechas establecidas por la asamblea ordinaria a TODOS los demás accionistas?

R/. Como se expuso en la respuesta anterior, al aprobarse la distribución de utilidades por parte del máximo órgano social de una compañía, surge para el asociado un derecho personal de crédito al que alude el artículo 666 del Código Civil, en virtud de cuya naturaleza, solo asiste interés legítimo para reclamarlo a cada accionista individualmente considerado, o con quien éste lo haya negociado; lo cual no obsta, para que en virtud de la agencia oficiosa, un tercero gestione el citado cobro a través de los mismos mecanismos persuasivos, o judiciales, a que tendría derecho a acudir el accionista, de estar actuando en nombre propio.

3.Si en asamblea ordinaria se decidiera pagar dividendos en acciones, con una mayoría simple del 50% más una acción, y un accionista con el 30% de participación en la sociedad no estuviera de acuerdo con este pago en acciones, se podría decretar el pago en acciones y pagar en dinero al accionista disidente? O es improcedente el pago de dividendos en acciones en este caso?

R/. Sobre el particular, le expongo parte del texto del Oficio 220-33396 del 30 de junio de 1998 expedido por esta oficina, del cual se colige, en relación con el caso que usted expone, que resulta viable cancelar las utilidades decretadas, ya sea en acciones liberadas o en dinero efectivo, según sea la voluntad de cada accionista.

□□*El artículo 155 del Código de Comercio modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1.995, señala que la distribución de utilidades se aprueba con el voto de cuando menos del 78% de las acciones o cuotas o partes de interés social representadas en la asamblea o junta de socios y que de no obtenerse esta mayoría, debe distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas si tuvieran que enjugarse pérdidas de ejercicios anteriores.*

El Artículo 455 del Código de Comercio señala que en principio el pago de los dividendos debe hacerse en dinero en efectivo salvo que por decisión del ochenta (80%) por ciento de las acciones representadas en la Asamblea se disponga que se paguen los dividendos con acciones liberadas de la misma compañía. En caso de que no se reúna esta mayoría el pago en acciones sólo procederá respecto a aquellos accionistas que así lo acepten.

En una Asamblea General de Accionistas Ordinaria se aprueba por unanimidad el porcentaje de utilidades que deberán distribuirse. A continuación se pone a consideración de los socios la propuesta de que los dividendos se paguen con acciones de la misma sociedad y esta propuesta no es aprobada por un número mayor o igual al 80% de las acciones representadas..."

□Expuesto lo anterior eleva la siguiente consulta:

"1. Se podrá, sujetándose a lo previsto en el artículo 455, simplemente ofrecer a cada accionista la posibilidad de recibir acciones o efectivo?,

2. Se deberá reunir algún quórum decisorio mínimo para aprobar la propuesta de ofrecer a cada accionista que según su decisión reciba en acciones o en efectivo, la parte que corresponde de las utilidades?

Sobre el particular le manifestamos, que si bien la ley prevé en su inciso segundo del artículo 455 del Código de Comercio la posibilidad de repartir el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad si se da el porcentaje previsto para tal efecto (80% de las acciones representadas), también prevé que al no alcanzarse porcentaje semejante, es viable que a quienes se nieguen a recibirlo bajo tal modalidad, se les cancele con dinero en efectivo, tal y como se observa de su tenor literal que usted también trae a colación: "No obstante podrá pagarse el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten..."

Pues bien, refiriéndonos al caso que motiva su interés, donde afirma que si bien en una asamblea de accionistas fue aprobado por unanimidad el reparto de las utilidades, pero que al contemplarse la posibilidad de hacerlo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad no se alcanzó la mayoría decisoria prevista para tal efecto, le comentamos, que en este caso sólo procederá el reparto en forma de acciones liberadas respecto de aquellos que así lo aceptaron en la reunión ; pero en lo que toca a los asociados que se negaron a recibirlo bajo tal modalidad, deberá pagárseles en dinero en efectivo, como quiera que no dándose el porcentaje previsto por ley para tal efecto, no es decisión que obligue a todos los accionistas.

Ahora, respondiendo el otro de sus interrogantes, le informamos que lo anterior no se opone a la posibilidad de poderle ofrecer a los asambleístas la doble alternativa con respecto al pago de los dividendos, es decir, la posibilidad de escoger entre recibirlos en dinero en efectivo, o, por el contrario, en forma de acciones liberadas de la misma

sociedad de acuerdo con el porcentaje de participación en el capital social, difiriendo de la anterior figura jurídica, en la cual la aprobación de la propuesta de recibir el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad adoptada con el ochenta por ciento de las acciones representadas obliga a todos los accionistas aún a los ausentes o disidentes ; en tanto que, en esta última cada accionista escoge la opción que más le interese. De todas maneras, cualquiera sea la opción de pago aprobada dentro de los parámetros legales y estatutarios pertinentes, se torna obligatoria para la sociedad dentro del término establecido en la respectiva reunión, y, en su defecto, dentro del año siguiente a la fecha de haberse decretado (art. 156 del Código de Comercio)□□.

En los anteriores términos ha sido absuelta su consulta, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.