

OFICIO 220-032568 DEL 24 DE MARZO DE 2021

ASUNTO: DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES – ABUSO DEL DERECHO AL VOTO.

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia, mediante el cual, previas las consideraciones allí expuestas y en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, formula una consulta sobre distribución de utilidades, en los siguientes términos:

“La consulta se limita a cualquier SAS con esas características, pero con más de un accionista, uno sólo de los cuales tiene la mayoría, es decir, la mitad más una de las acciones suscritas. Esa SAS cualquiera, todos los años tiene utilidades o ganancia que reúne todos los requisitos de la utilidad que puede ser distribuida al tenor de la ley, si se quisiera, para ser repartida como dividendo entre los accionistas (porque los estados financieros son fidedignos, las reservas están al día, etc.), pero siempre el accionista mayoritario decide que éstas se capitalicen. Los otros accionistas, sin importar cuántos son y cuántas acciones tienen, pero que para ilustrar el punto álgido de lo que se consulta, supondremos que hay otro con 49%, o varios que suman ese porcentaje nunca han percibido un dividendo. Supongamos hipotéticamente que la SAS lleva 10 años o los años a capricho que se quiera, sin entregar un solo dividendo porque toda utilidad susceptible a repartir se capitaliza.

Cualquier sociedad distinta a una SAS tiene cotos a esta práctica de no repartir utilidades si las hay en buena ley, pero a las SAS no le son aplicables los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, a menos que en los estatutos se consagre lo contrario, que no es el caso planteado aquí. ¿Están entonces los accionistas minoritarios de una SAS atrapados sin salida? En cualquier sociedad cuando no se alcanza el quorum para decretar utilidad 78% de ley o más por estatutos, hay que distribuir por obligación el 50%. ¿El principio que llevó a obligar a cualquier sociedad a repartir un mínimo de utilidad si la hay y se cumplen los requisitos de ley es que el asociado busca con su aporte percibir en la medida de lo posible una utilidad, pero ese postulado por qué no aplica para las SAS?

Modificar los estatutos al respecto no es posible porque el socio mayoritario se opondría. Es la tiranía del mayoritario amparado por la ley.

La consulta se hace para saber si la anterior consideración está equivocada y en caso de estarlo entonces ¿sí hay una manera de que una SAS tenga obligatoriamente que distribuir utilidades mínimas cuando resulten de estados financieros ciertos, a pesar de que el quorum estatutario, o en su defecto el de ley, no se logre?” (SIC)

Aunque es sabido, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

El caso a que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

La percepción utilidades ha sido definida como un elemento esencial del contrato de sociedad, las cuales deben ser entendidas como la retribución que reciben los asociados por su participación en la empresa, tal y como se establece en el artículo 98 del Código de Comercio¹.

1 CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 98: 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.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Al respecto, el tratadista Francisco Reyes Villamizar ha señalado: *“La vocación que cada socio o accionista tiene para recibir las utilidades sociales constituye la contrapartida necesaria del riesgo que los asociados asumen por su vinculación a la sociedad. Este beneficio económico configura el denominado ánimo de lucro subjetivo que se refleja en primer lugar en el incremento patrimonial que acaece la sociedad y, en segundo término, en la efectiva distribución que se efectúa entre los asociados, conforme a los balances de fin de ejercicio que son aprobados por el máximo órgano social.”*²

El derecho de los asociados a recibir una parte proporcional de los beneficios sociales, es uno de los derechos económicos que se derivan de la calidad de accionista de una sociedad.

Como bien lo anuncia en su escrito, salvo pacto en contrario, las prohibiciones contempladas en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio no son aplicables a la Sociedad por Acciones Simplificada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008³. Al respecto, este Despacho se pronunció mediante oficio 220-075200 de 2015, en los siguientes términos:

“...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.

(...)

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

2 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. (2020) *Derecho societario*. 4ª Ed., pág. 144

3 Ley 1258 de 2008: *“Artículo 38: Las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.”*

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.”⁴

Ahora bien, respecto de la forma de pago de dividendos y la posibilidad de capitalizar los mismos, el artículo 455 del Código de Comercio contempla lo siguiente:

“Artículo 455. Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas.

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

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.

Parágrafo. En todo caso, cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley, sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten.”

La anterior disposición, si bien definida en principio para las sociedades anónimas, le podría ser aplicable a las sociedades por acciones simplificadas por la remisión normativa del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008⁵, salvo que se haya estipulado alguna disposición sobre el tema en los estatutos sociales.

Finalmente, se señala que en razón del artículo 116 de la Constitución Política⁶, y el numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia de Sociedades tiene facultades jurisdiccionales en materia societaria referidas a:

4 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-075200 (09 de junio de 2015). Asunto: Distribución de utilidades en la SAS. [Consultado el 09 de marzo de 2021] Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-075200.pdf

5 LEY 1258 DE 2008. “Artículo 45: 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. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.”

6 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. 1991. Artículo 116: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.



“a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) **La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas**, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

e) **La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.**”

Respecto de la acción a que alude el literal e) transcrito, este Despacho se pronunció en Oficio 220-117876 del 21 de julio de 2020, en los siguientes términos:

“Ahora, en cuanto corresponde a la acción de nulidad de decisiones sociales por abuso del derecho de voto, a que alude el Literal e) del Artículo 24 del C.G.P., ésta es definida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles así:

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

“I. Abuso del derecho de voto

A. Descripción general: Mediante esta acción, la Superintendencia de Sociedades puede conocer procesos en los que se debate el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de algún asociado.

Para tal efecto, debe acreditarse que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o alguno de los asociados, así como el propósito ilegítimo de causar tales perjuicios o de obtener una ventaja injustificada. Según lo establecido en los artículos 43 de la Ley 1258 de 2008 y 24 del Código General del Proceso, esta acción es procedente en hipótesis de abuso de mayoría, minoría y paridad. Además de la nulidad absoluta de las determinaciones controvertidas, podrá solicitarse la correspondiente indemnización de perjuicios. (...)”

Resulta claro que a través de dicho proceso, inicialmente ideado para la sociedad por acciones simplificada, pero que extendió su aplicación a los demás tipos societarios a partir de la vigencia del Código General del Proceso, se pretende la declaración de nulidad de una decisión social por la ilicitud de su objeto, lo que trae como consecuencia que, de prosperar, se restituirán las cosas a su estado anterior, es decir, a como estaban antes de que hubiera existido el acto o contrato declarado nulo, lo cual incluye restituir a la parte que demanda en lo que se vio afectada y que resulte susceptible de ser tasado económicamente, perjuicios cuya indemnización debe ser solicitada expresamente.

Una vez en firme la declaratoria de nulidad de una decisión social, como consecuencia de este tipo de procesos, las situaciones sociales se retrotraen, asimilándolas a como si nunca hubiesen sucedido, lo cual obliga a que las situaciones jurídicas de las partes intervinientes en el proceso se ajusten jurídicamente a este estado.

(...)

Retornando al tema del trámite general a través del cual esta Entidad adelanta su función jurisdiccional, se tiene que, en lo relacionado con las pretensiones principales del demandante en una acción de nulidad por abuso del derecho éstas se referirán a la declaratoria de nulidad por objeto ilícito de las decisiones sociales atacadas, así como la indemnización de perjuicios, que son previstas en la norma que describe la acción. Esto, no resulta óbice para que se acumulen otras pretensiones siempre que se enmarquen dentro de los requisitos a que se refiere el artículo 88 del C.G.P., como son:

“(…)

1. *Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.*
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
3. *Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. (…)” (Destacado fuera de texto)”⁷*

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.

7 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-117876 (21 de julio de 2020). Asunto: Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades - Trámite verbal – Acción de nulidad por abuso del derecho de voto. [Consultado el 09 de marzo de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-117876_DE_2020.pdf