Oficio 220-071400 del 6 de de mayo de 2009

ASUNTO: Medidas administrativas. Pago de Utilidades.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2009-01-111055, mediante la cual manifiesta lo siguiente: ☐Desde hace 13 años soy socia de una compañía con el 7% de participación y desde esa época la compañía no ha repartido utilidades (están en utilidades acumulas). Nunca en todos estos años se ha citado a una asamblea ordinaria ni extraordinaria para aprobar estados financieros y otros aspectos y el socio mayoritario con el 72% se niega a repartir las utilidades de todos estos años. Por lo anterior, consulta lo siguiente: ☐Como accionista a que tengo derechos para exigir el pago de mis utilidades?

A ese respecto es preciso advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 25 del C.C.A. profiere los conceptos de carácter general y en abstracto a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, mas no le es dable mediante esta instancia emitir pronunciamientos de ninguna índole sobre situaciones particulares y concretas, ni menos sobre la legalidad o ilegalidad de las decisiones de los órganos sociales o los actos realizados al interior de sociedades cuyos antecedentes le son ajenos.

Ello como es obvio supone entre otros, contar con los elementos de juicio suficientes para examinar en cada caso las especiales circunstancias de la sociedad y las condiciones en que hayan sido adoptadas las determinaciones o celebrado los actos en particular, pues en ningún caso las actuaciones de la administración pueden obedecer a la mera confrontación de hechos descritos por terceros, con las disposiciones legales que sean aplicables, lo que resulta igualmente predicable en tratándose de cualquier otra conducta presuntamente irregular de parte de la sociedad, los administradores, los socios o cualquiera otro órgano.

Para ese propósito y siempre que se trate de sociedades no sometidas a la vigilancia de otros organismos a quienes les competa conocer de esos asuntos, uno o más de los asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, podrán por si o por medio de apoderado, **solicitar la adopción de cualquiera de las medidas administrativas contempladas en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995, entre ellas la práctica de investigaciones administrativas, a las que habrá lugar cuando quiera que pretenda verificarse la ocurrencia de hechos lesivos de los estatutos o de la ley, en cuyo caso esta Entidad decretará las medidas pertinentes, según las facultades asignadas en la misma ley.**

Hechas las aclaraciones anteriores, procede formular algunas consideraciones generales, relacionadas con el pago de las utilidades sociales, así:

DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

El contrato de sociedad es definido en el artículo 98 del Código de Comercio como aquel en el cual ☐☐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☐.

El artículo en mención, contiene los elementos esenciales del contrato de sociedad, entre los cuales se encuentra el ánimo de lucro (repartición de utilidades) y la empresa social o actividad social (objeto social).

El artículo 379 del Código de Comercio, señala expresamente los derechos de los accionistas, dentro de los cuales establece aquellos relacionados con la percepción de beneficios sociales y la participación en las decisiones de la sociedad.

DE LAS UTILIDADES

Ha de entenderse como utilidades el resultado económico del ejercicio, resultante una vez deducidos de los ingresos totales, los egresos del período.

Los artículos 445 y 446 del Código de Comercio, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada por disposición del artículo 372 de la misma obra, consagran que a más tardar, a 31 de diciembre de cada año las sociedades deberán cortar sus cuentas y producir el balance general, con el fin de ponerlo a consideración del órgano rector para su aprobación o improbación, acompañado entre otros documentos, del proyecto de distribución de utilidades repartibles (numeral 2 artículo 446 en concordancia con el numeral 3 del artículo 187 ibídem.). De lo que se deduce que es a la junta de socios a quien compete en forma privativa, reunida en debida forma, decidir y disponer libremente sobre el reparto o no, de las utilidades.
En cuanto a la proporción en que deben ser distribuidas las utilidades, también es claro que según la normatividad mercantil deberá hacerse de acuerdo al número o cantidad de cuotas que el asociado posea en el capital de la sociedad, siempre y cuando se encuentre totalmente cubierto el valor nominal de las mismas.

Ahora bien, el inciso final del artículo 150 del Código de Comercio dispone:

☐Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas☐.

DEL ÓRGANO COMPETENTE PARA APROBAR LA DISTRIBUCIÓN Y PAGO DE LAS UTILIDADES:

Del contenido de los artículos 455 y 420 (numeral 2), del Código de Comercio, se observa con claridad que los asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de las utilidades o dividendos es competencia privativa del máximo órgano social, quien reunido con sujeción a lo prescrito en la ley y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum, determina si el dividendo se pagará en dinero o en especie y las épocas en las cuales la sociedad debe cancelarlo.

Por su parte, el artículo 151, dispone: ☐No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma.

Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.☐

MAYORÍAS DECISORIAS:

El artículo 155 (modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995):

"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 perdidas de ejercicios anteriores".

De la simple lectura de la norma citada, se observa claramente que la distribución de utilidades debe ser aprobada con el voto favorable de un numero plural de socios que represente, cuando menos, el 78 % de las cuotas representadas en la reunión de asamblea o junta de socios, salvo que estatutariamente se hubiere previsto una mayoría decisoria superior; sin embargo, vale precisar que cuando no se obtenga tal mayoría, el porcentaje mínimo a distribuir entre los asociados será del 50% de las utilidades liquidas o del saldo de estas, cuando hubiere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.

Adicionalmente, el artículo 454 del estatuto mercantil, prevé que si la suma de las reservas legal, estatutarias y ocasionales, excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155 ídem, se elevará al setenta por ciento.

Ahora, de acuerdo con el artículo 156 del Código de Comercio: "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.".

Con relación al tema de las utilidades, esta oficina en el Oficio 220-041672 Febrero 19 de 2009 manifestó lo siguiente:

☐*esta Superintendencia ha venido sosteniendo que lo que se pretende con las citadas normas, las cuales tienen carácter imperativo, es precisamente ☐...tutelar el derecho esencial del accionista o socio de sociedades comerciales consagrado en el artículo 379, ordinal 2º del Código de Comercio. Cuando ordena distribuir un mínimo del 50% de las utilidades como dividendo .Pero cuando la sociedad se encuentra en una situación de bonanza económica tal que la suma de sus reservas legal, estatutaria y 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 está obligada a repartir el 70% de las utilidades disponibles☐.*

Cabe señalar que de no existir en los socios el ánimo societario, esto es, la voluntad de continuar asociados en la compañía, cualquiera de ellos puede acudir al Juez Civil del Circuito para solicitar la disolución y liquidación Judicial (artículos 627 y siguientes del Código de Procedimiento Civil)

Finalmente, si presentada una solicitud de adopción de la medida de investigación administrativa, encuentra este Despacho que no se dan los presupuestos del artículo 87 numeral 5°, de la ley 222 de 1995, por lo cual podría acudir a solicitar una conciliación por conducto del Grupo respectivo de esta Superintendencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 229 de la Ley 222 de 1995 (Artículo 7 Numeral 2° del Decreto 1080 del 19 de junio de 1996).

En los anteriores términos se da respuesta a su consulta, advirtiendo que los efectos de la misma son los descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.