

220-56823

Asunto: Aspectos relacionados con el reparto de utilidades y aumento de capital social.

Distinguido doctor Medina:

Aviso recibo de su escrito radicado con el número 360.459 del 5 de mayo de 1999, mediante el cual formula varios interrogantes relacionados con el tema de las utilidades sociales y su capitalización en el caso de sociedades de responsabilidad limitada.

Para los fines propuestos, informa al Despacho que la sociedad en consulta es del tipo de las limitadas, constituida desde 1996, con un capital de 90 millones de pesos, en el que sus asociados tienen la participación porcentual anotada en el escrito, de conformidad con el número de cuotas que cada uno de ellos posee en el capital social. Los socios mayoritarios han expresado la necesidad de aumentar el capital de la compañía a la suma de 390 millones de pesos, aumento que deberá ser cubierto por los socios en proporción a las cuotas de que cada uno es titular, pero en el evento de que alguno de ellos no pueda aportar lo que le corresponde, éste será cubierto por quienes tengan capacidad para hacerlo, ganando de esta manera un porcentaje adicional dentro del capital social, en detrimento de aquellos cuyas posibilidades económicas no les permita aportar el monto al que estarían obligados.

Adicionalmente manifiesta que "...las sumas correspondientes a utilidades por el ejercicio contable de 1998 aún no han sido distribuidas entre los asociados y existen utilidades retenidas en las reservas patrimoniales, formadas con cargo a las utilidades de ejercicios anteriores. Lo anterior significa que, de prosperar la proposición hecha por los mayoritarios, obtendrían en el futuro un beneficio mucho mayor del que les corresponde, habida cuenta que el patrimonio de la compañía se ha nutrido durante su existencia de bienes inmateriales de tanta trascendencia económica como lo es el *good will* o buena reputación comercial y todo esto sin mencionar la potencial distribución inequitativa de utilidades de un ejercicio anterior, en la cual deberían tenerse en cuenta los porcentajes iniciales de participación....".

En torno al tema formula los siguientes interrogantes:

- 1.Cuál es la posición de la Superintendencia de Sociedades respecto del momento y la proporción en que deben ser distribuidas las utilidades sociales entre los miembros de una persona jurídica como la que nos ocupa?.
2. Es aceptable a la luz del Código de Comercio que sea tomado únicamente el capital social para determinar la proporción de utilidades a percibirse por los socios sin observancia de las utilidades retenidas en ejercicios anuales anteriores y que se encuentran en el superavit, haciendo parte del patrimonio, también conocido como capital contable?.
3. Resulta viable que el valor nominal de las cuotas de capital sea el único criterio para determinar el grado de participación en las utilidades de una compañía?.Cuál es el criterio adoptado por la Superintendencia de Sociedades respecto del llamado *valor intrínseco* de una cuota social o acción, según sea el caso?.
4. Para el caso en que no resulte posible distribuir utilidades de ejercicios anteriores (con lo cual una sociedad dispondría de un poder económico considerablemente mayor), cuál es la doctrina expuesta por la Superintendencia para efectos de determinar la participación de sus socios en términos económicos?
5. En el evento en que dichas utilidades sean invertidas a título de capitalización en la sociedad □adicionalmente a las sumas correspondientes a aportes adicionales ya referidas -, cómo estima la Superintendencia que deben ser establecidos los nuevos márgenes de participación societaria?.
- 6.Cuál es el criterio que debe adoptarse cuando se presentan utilidades que han sido retenidas por concepto de ejercicios anteriores frente al porcentaje que poseen los socios en el capital de la sociedad, y en este sentido, al momento de presentarse una capitalización en la sociedad y alguno de los socios no realiza el pago de su cuota en la capitalización, disminuye su participación en la sociedad primando únicamente la razón del no pago en tal capitalización o deben tenerse en cuenta, adicionalmente, las utilidades que le han sido retenidas en los ejercicios anteriores para estimar su participación en la sociedad?.
7. En caso de tenerse como criterio único el valor pagado como capitalización por los demás socios, podría generarse un enriquecimiento sin causa o abuso del derecho por parte de tales socios, entendidos como comportamientos prescritos por las leyes civiles y comerciales, por cuanto existiría aprobación injustificada de rendimientos obtenidos por todos los socios durante cada ejercicio?.

Con el fin de absolver sus inquietudes, es procedente efectuar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es conveniente recordar que uno de los derechos de los socios o accionistas de cualquier sociedad, es el de percibir utilidades o beneficios económicos generados del desarrollo de la empresa o actividad prevista en el objeto social □art. 98 del C. de Co.-, situación que se concreta una vez el máximo órgano social haya impartido la aprobación al balance general correspondiente. Entendiéndose que "utilidad del ejercicio", según el Diccionario de Términos Contables en Colombia, quiere significar "utilidad del período" y éste a su vez es el "resultado económico del ejercicio obtenido, al deducir los egresos totales de los ingresos totales del ente contable..."

Por su parte, los artículos 445 y 446 del Código de Comercio, aplicables a las sociedades a las sociedades de responsabilidad limitada por disposición del artículo 371 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 □num. 2 art. 446 en concordancia con el num. 3 del art. 187 íbidem-. De lo que se colige 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 materia de distribución de utilidades, la legislación mercantil consagra como regla general, que hechas las apropiaciones y las reservas a que hubiere lugar, debe distribuirse entre los asociados, como mínimo el 50% de las utilidades, si tiene que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores (art. 155), ó el 70% de las mismas, si se presentan los presupuestos previstos en el artículo 454 de la misma obra, salvo que otra cosa decida el máximo órgano rector con el voto afirmativo de un número plural de asociados representantes del 78% de las cuotas representadas en la reunión, si estatutariamente no se ha consagrado una mayoría superior.

Si la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, opta por la distribución de utilidades, debe entonces sujetarse a las reglas establecidas en los artículos 150 y 156, en concordancia con el 453 del Código de comercio, es decir, el reparto de utilidades se hará en los siguientes términos: a) En proporción a las cuotas que cada uno de los socios posea en el capital de la compañía o a la parte pagada de las mismas, b) En dinero en efectivo o en dividendos, si se trata de una sociedad por acciones, c) Pagaderos dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten por el órgano social competente y d) A quien tenga la calidad de asociado al tiempo de hacerse exigible el pago.

Ahora bien, si opta por la no distribución de utilidades, en ejercicio de las atribuciones conferidas en los numerales 3 y 2 de los artículos 187 y 420, respectivamente, de la obra citada, los asociados pueden destinar la suma correspondiente a las utilidades liquidas a la readquisición de cuotas de la sociedad, caso en el cual se dará aplicación a algunas de las medidas de que trata el artículo 417 íbidem; otra situación es que los asociados ordenen que los beneficios obtenidos se destinen, parcial o totalmente, a incrementar o crear reservas voluntarias u ocasionales, en los términos del artículo 154 de la mismo código, que tiene como finalidad darle una mayor estabilidad a la compañía, previniendo circunstancias que alteren el mercado y la estructura de la empresa.

Otra práctica que es muy usual en las sociedades comerciales, es que los asociados decidan no distribuir las utilidades repartibles sino postergar su entrega para próximos ejercicios, caso en el cual se presentará dentro de los estados financieros como parte del patrimonio en el grupo denominado "Resultado de ejercicios anteriores", cuenta de "utilidades acumuladas", cuya permanencia depende de la voluntad de los socios quienes deben decidir su reparto en el momento en que lo consideren pertinente, pues su monto no hace parte del capital de la compañía sino que pertenece a los socios.

Con los presupuestos mencionados, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados.

En cuanto a al punto primero, se concluye claramente que el momento para realizar el reparto de utilidades será el que decida la junta de socios, es decir, en cualquier momento dentro del año siguiente a que se decreten, tal como lo dispone el artículo 156 del Código de Comercio, cuando expresamente manifiesta que "Las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten..." (Subrayado fuera de texto).

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, pues de lo contrario se aplicará el artículo 150 de la obra que se cita, que dispone que la distribución de utilidades "...se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o parte de interés, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa", situación que genera para el socio incumplido, intereses de mora sobre la parte no pagada del valor nominal de la cuota o, lo que es lo mismo, el asociado recibirá utilidades por la parte del

valor nominal efectivamente pagada, pero deberá cancelar intereses moratorios por la parte del valor nominal que no se haya cubierto □art. 125-.

Respecto del segundo interrogante, es importante reiterarle que la proporción en que deben distribuirse las utilidades no es discrecional, es la misma ley, en los artículos arriba mencionados, o el contrato social, los que regulan la forma y términos en que ella debe hacerse, teniendo en cuenta que es esa una función privativa e indelegable del máximo órgano social.

Mal pueden tomarse las utilidades no repartidas de ejercicios anteriores, como factor adicional para la distribución de beneficios económicos del último ejercicio, cuando ellas mismas fueron utilidades que se generaron en períodos anteriores, no repartidas en el ejercicio correspondiente por decisión de los mismos asociados y que permanecerán en la forma indicada hasta que otra cosa dispongan los socios reunidos en junta o asamblea.

A los puntos tercero y cuarto, nuevamente se reitera que para el reparto de utilidades se tiene en cuenta el número de cuotas de que es poseedor cada asociado; el valor nominal o valor asignado estatutariamente a cada una de las cuotas, es sólo para determinar la proporcionalidad en que participará de las utilidades si no se ha cubierto el 100% de los aportes, situación a la cual ya nos referimos.

En otras palabras, el valor nominal no determina en sí mismo un mayor o menor beneficio al asociado, lo que determina un mayor beneficio frente a las utilidades repartibles del ejercicio es el número o cantidad de cuotas que posea el asociado frente al total de cuotas que conforman el capital social.

De otra parte, el llamado *valor intrínseco* de las cuotas o acciones, es el que resulta de dividir el patrimonio de la compañía por el número de cuotas en que se encuentra representado el capital social; en otros términos es el valor de la acción, cuota o parte de interés, adquirido durante el transcurso de la vida del ente social □art. 61 del Decreto 2649 de 1993-

Sobre el particular, es pertinente señalar que la Superintendencia mediante el oficio 340-12447 del 7 de marzo de 1997, ha conceptualizado sobre las formas para calcular el valor intrínseco de las acciones, de acuerdo a los factores que se tengan en cuenta para el efecto, pronunciamiento que si es de su interés puede ser consultado en el Libro de Doctrinas Contables 1997, pág. 109.

Frente a los demás interrogantes, adicionalmente a lo antes expuesto, es pertinente aclarar que la proporción para el reparto de utilidades no se ha fijado por vía doctrinaria, es el mismo ordenamiento jurídico el que señala la forma como debe llevarse a cabo.

Si la sociedad pretende capitalizar las utilidades no repartidas de ejercicios anteriores, la participación de cada asociado dentro de ese aumento de capital será, valga la redundancia, de acuerdo al número de cuotas que cada uno posea dentro del capital social; por vía de ejemplo, si en el caso de una sociedad que actualmente tiene 90 millones de pesos, representados en 90 mil cuotas sociales, de un valor nominal 1 mil pesos cada una, el socio "E" tiene un número de cuotas que representan el 11% frente a los 90 millones pesos de capital, y de otra parte, como utilidades de ejercicios anteriores figuran 300 millones de pesos, por simple matemática el socio "E" tienen un derecho del 11% sobre el monto de los 300 millones que se pretenden capitalizar, que se materializa en el mismo porcentaje cuando se solemniza la reforma estatutaria consistente en el aumento de capital de la sociedad en la suma de 390 millones. Igual situación se predica si los 300 millones corresponden a una nueva inyección de capital, salvo claro está, que el socio manifieste su no intención de hacer nuevo aporte, caso en el cual irremediablemente la proporción del 11% se vería disminuida por obvias razones □art. 123 del C. de Co.-.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.