

Oficio 220-099028 Del 12 de Noviembre de 2012

Ref: Reglas en materia de distribución de utilidades en las SAS

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo No. 2012-01-287917, mediante la cual solicita el concepto de este Despacho sobre al alcance del inciso segundo, Artículo 150 del Código de Comercio, tratándose de las sociedades por acciones simplificadas, esto con el fin de establecer si en éstas se pueden crear acciones que no confieran a su titular el derecho a percibir dividendos.

Atendiendo que el tema ha sido ampliamente tratado, basta traer los apartes pertinentes del Oficio 220-109124 del 11 de noviembre de 2010 que a su vez remite al Oficio 220-035073 del 8 de Junio de 2010, a través del cual este Despacho con ocasión de la consulta que le fuera formulada entonces a partir de los alcances del artículo 45 de la ley 1258 de 2008 1, se pronunció sobre los aspectos atinentes a las reglas que en materia de dividendos y utilidades aplican en las sociedades destinatarias de la mencionada Ley, reglas de las que es dable inferir que el régimen de este nuevo tipo societario permite adoptar una gama amplia de alternativas para acordar la forma de integrar el capital social, lo que se traduce en una diversidad de acciones y formas de pagar las utilidades, atendiendo entre otros, que los preceptos consagrados en los artículos 150 y siguientes del Código de Comercio, como es el que prohíbe las cláusulas que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los asociados, solamente aplican cuando los estatutos no contemplen estipulaciones en contrario.

□ Sobre el particular es preciso reiterar que una de las características más relevantes en el marco normativo de las SAS, es la posibilidad de ejercer la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales; en esencia se trata de permitir que los asociados a su discreción definan las reglas bajo las cuales se han de manejar los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad, lo que explica que las disposiciones contenidas en la ley citada tengan un carácter eminentemente dispositivo que pueden ser reemplazadas por las reglas que acuerden los asociados.

1 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* □ □

De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar "libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento", amén de la premisa general que el mencionado artículo 45 establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legales que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas y por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio, premisa de la cual debe concluirse que en principio son viables todas aquellas estipulaciones que resulten acordes con la voluntad de los socios, con la limitación de las normas imperativas consagradas en la ley.

En este orden de ideas se advierte que en materia de utilidades la Ley 1258 se limitó a establecer que éstas se deberán justificar en todo caso en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados en los términos que el artículo 28 indica, lo que supone a su vez que sí hay libertad para fijar las condiciones que los socios a bien estimen sobre distribución y pago utilidades; en consecuencia, no habría óbice en concepto de este Despacho para acordar reglas que en ese sentido se aparten del precepto legal que exige distribuir y pagar las mismas dentro del año siguiente a la fecha en que sean decretadas, de manera que éste sólo tendrá aplicación en las condiciones que el artículo 156 del Código de Comercio indica, en la medida en que los estatutos no contengan estipulación en contrario. □

Precisado entonces que todos los asuntos que atañen al manejo y consiguiente reparto de utilidades en el caso de las SAS, debe sujetarse a las pautas que la legislación mercantil impone, primero para las sociedades anónimas y segundo para los demás tipos societarios en general, siempre que los estatutos de la misma no prevean otra cosa, se tiene que su distribución se habrá de efectuar con sujeción a las reglas consagradas en los artículos 150 y siguientes del Código de Comercio, lo cual implica que ésta en principio se deberá hacer en proporción al número de acciones suscritas de que cada uno de los accionistas sea titular y, según los porcentajes de las utilidades que haya lugar a repartir, en los términos del artículo 155 ibidem.

(□) □

A su turno, la Entidad ha reiterado igualmente su concepto en sentido de explicar que efectivamente el legislador confirió libertad total para contemplar diversas clases y series de acciones como de manera expresa advierte el artículo 10 de la mencionada ley, incluso distintas de las ya existentes y reguladas antes por el ordenamiento mercantil, libertad que se ve concretada en la posibilidad de fijar y establecer para estas acciones de origen contractual, los derechos y restricciones que los accionistas en ejercicio de la autonomía de la voluntad y, sin perjuicio de las normas de orden público y las buenas costumbres,

consideren apropiados, lo que lleva a concluir que independientemente de la denominación que se adopte, es posible pactar modalidades especiales o atípicas de acciones cuyos derechos de voto y/o dividendos se sometan a unas condiciones que pueden apartarse incluso de las disposiciones legales que sobre el particular regula el Código de Comercio.

En los anteriores términos se espera haber despejado su inquietud, no sin antes observar que los alcances del concepto expresado se ciñen a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo y, que el la P.WEB de la Entidad podrá consultar directamente los conceptos jurídicos que la misma emite sobre las materias de su competencia, entre ellos diversos pronunciamientos que versan los temas de su interés.