

OFICIO 220-139624 DEL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2018

REF: DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES. ARTÍCULO 240 DE LA LEY 222 DE 1995.

Se recibió su comunicación radicada con el número 2018-01-359540, mediante la cual formula una consulta dirigida a conocer las reglas que de conformidad con el Artículo 155 del Código de Comercio, se requieren para aprobar la distribución de utilidades en el caso de una sociedad anónima. De manera puntual pregunta:

¿Puede entenderse que, en los casos en los que se alcanza la mayoría simple, ésta puede definir distribuir la utilidad líquida desde el 100% hasta el 51%? O, por el contrario, ¿debe entenderse qué es necesario en todo momento alcanzar la mayoría del 78% para efectos de distribuir utilidades?

En el entendido que este artículo está soportado sobre la base de dar una garantía de reparto a los pequeños accionistas y en consecuencia, a su entendimiento sólo se requiere la mayoría del 78% en los casos en que se pretenda distribuir por debajo del 50% de las utilidades líquidas.

Teniendo en cuenta que esta Superintendencia se ha pronunciado en extenso sobre el tema, resulta oportuno para los fines de su inquietud remitirse al Oficio 220-040257 del 17 de agosto de 2007, que recoge su doctrina vigente.

“El ordenamiento jurídico colombiano consagra dentro de las funciones de la asamblea general de accionistas la de disponer de las utilidades sociales conforme al contrato social y a las leyes, así como la de determinar el monto del dividendo, la forma y plazo en que este se debe pagar (artículos 187 Núm. 3º y 420 Núm. 2º C.Co).

Para la distribución de utilidades se debe observar lo dispuesto en el artículo 155 del Código de Comercio (artículo 240 de la Ley 222 de 1995), a cuyo tenor:

“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 líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores”.

De la norma transcrita se desprende que para que el máximo órgano social pueda tomar la decisión de distribuir utilidades, es necesario que tal determinación se

adopte por lo menos con el voto afirmativo del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la respectiva reunión, salvo que los estatutos de la sociedad consagren una mayoría superior.

Por ser el reparto de utilidades la forma mediante la cual se concreta la finalidad de los asociados de percibir beneficios económicos en un contrato de sociedad (artículos 98 y 150 C.Co), la disposición en comento establece que si no se obtiene la citada mayoría, la sociedad se encuentra obligada a distribuir por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, monto que se incrementa al 70% cuando la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasionales excede del 100% del capital suscrito, en los términos del artículo 454 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, alcanzada la mayoría del 78%, no solo se abre la posibilidad para que la asamblea decida repartir dividendos, sino también para que determine en interés de la propia sociedad distribuir un porcentaje inferior a los señalados en los artículos 155 y 454 del Estatuto Mercantil, o incluso para que decida no distribuir. A este respecto es preciso traer a colación lo manifestado por esta Superintendencia en oficio 320-064417 del 23 de diciembre de 2002, a saber:

“Esta entidad ha sostenido en oficio 220-42826 del 8 de agosto de 1997 ya citado, que deberá distribuirse no menos del 50% de las utilidades líquidas salvo que se obtenga el voto afirmativo de por lo menos el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés que se encuentren representadas en la reunión. Lo anterior significa que sin que se quebrante el derecho de los asociados de participar en las utilidades sociales, el máximo órgano social, con una mayoría decisoria calificada, que es distinta de la general u ordinaria con el objeto, precisamente, de proteger a los asociados minoritarios, puede aprobar la distribución de utilidades por debajo del monto del 50% mencionado, o incluso acordar la no distribución de éstas. Decisiones éstas últimas que según lo dispuesto en el artículo 190 del C. Co., serían nulas absolutamente de ser aprobadas con una mayoría inferior al 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas.

La citada interpretación es acorde con el carácter contractual de la sociedad, pues reconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada que da origen a su constitución y que debe regir el funcionamiento de la misma. Por consiguiente, las decisiones que requieren de votaciones con mayorías calificadas, exigentes en algunos casos como el previsto en el artículo 155 del C. Co., afirman el animus lucrandi como elemento esencial del contrato, sin desconocer la importancia del fortalecimiento patrimonial de la empresa que constituye el objeto social de la compañía y que se requiere con ocasión de la ejecución sucesiva del contrato social. Por tanto, el interés social reflejado en las decisiones sociales válidamente adoptadas no consiste en la obtención del lucro en desmedro de la sociedad, sino en el resultado productivo de los actos o empresas mercantiles para los cuales fue constituida y que es del interés común de todos los socios.

Es así como el adecuado funcionamiento de la empresa social, la intención del fortalecimiento patrimonial, e incluso la garantía de un lucro futuro abre la posibilidad para que el máximo órgano social concluya acerca de la necesidad de no distribuir utilidades en un determinado ejercicio social (...)"

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos jurídicos y la Circular Básica Jurídica.