

OFICIO 220-130461 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2015

ASUNTO: REINTEGRO DIVIDENDOS DECRETADOS – PLAZO PARA SU PAGO - SAS.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2015-01-360479, donde plantea la siguiente consulta:

“La Asamblea General de Accionistas de una Sociedad por Acciones Simplificadas, decretó una distribución de utilidades el mes de noviembre de 2014, para ser pagadas durante el primer semestre del año 2015, la cual fue revelada en el estado financiero a 31 de diciembre de dicho año como un pasivo de la sociedad; no obstante en el mes de julio de 2015, teniendo en cuenta que el sector de la economía al que pertenece (petrolero) entró en crisis por la caída del precio del petróleo, se plantea revertir ese pago de utilidades para preservar la solidez de la empresa, surgiendo las siguientes inquietudes:

- 1) ¿Es viable que la totalidad de los accionistas renuncie al pago de los dividendos decretados?
- 2) En caso afirmativo de la primera pregunta, ¿Es viable que dicho pasivo se restituya al patrimonio de la Compañía?
- 3) ¿Es viable que los socios acuerden con la compañía que los mencionados dividendos le sean pagados en un plazo mayor de un año, teniendo en cuenta que el artículo 156 del Código de Comercio establece que deben ser pagadas dentro del año siguiente al que se decreten?

Sobre el particular, me permito manifestarle que en ejercicio del derecho de petición, en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades absuelve las mismas de manera general y en abstracto y no relacionadas con una sociedad en particular, razón por la cual sus conceptos en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Anotado lo anterior, en relación con sus inquietudes, de manera general nos permitimos dar contestación a las mismas en el orden en que fueron planteadas:

- 1 ¿Es viable que la totalidad de los accionistas renuncie al pago de los dividendos decretados?
- 2 En caso afirmativo de la primera pregunta, ¿Es viable que dicho pasivo se restituya al patrimonio de la Compañía?

Rta./ Al respeto, la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre sus inquietudes en el **Oficio 115-007423 del 16 de febrero de 2010**, donde expreso lo siguiente:

“(…)”

Me refiero a su escrito recibido en esta Superintendencia vía correo electrónico, radicado con el número 2009-01-377354 del 29 de diciembre de 2009, mediante el cual manifiesta que la empresa decretó en el año 2007 dividendos. Agrega que debido a que existe un socio con el 94% de participación, la mayoría de dividendos corresponden a él, quién ha expresado que quiere reintegrar esos dividendos a las utilidades por distribuir o acumuladas. Por lo anterior, formula las siguientes consultas:

¿Puedo realizar este proceso?, ¿Con qué lo debo soportar? y ¿A qué rubro del patrimonio debo retornar este asiento?

Sea lo primero aclararle que las consultas que se presentan a esta Entidad se resuelven de manera general, abstracta e impersonal, de acuerdo con las facultades conferidas en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995 y se circunscribe a hacer claridad en cuanto al texto de las normas de manera general, para lo cual armoniza las disposiciones en su conjunto de acuerdo al asunto que se trate y emite su concepto, ciñéndonos en un todo a las normas vigentes sobre la materia.

Antes de proceder a dar respuesta a sus inquietudes, consideramos necesario hacer las siguientes precisiones relacionadas con las normas que rigen la materia, así:

El artículo 98 del Código de Comercio, define el contrato de sociedad como aquel mediante el cual dos o más personas realizan un aporte con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la actividad. Consagra esta norma además que, una vez constituida, la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El máximo órgano de dirección en una sociedad lo constituye la Junta o Asamblea de Socios, a la cual le corresponde entre otras funciones “Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes” (numeral 3. del artículo 187 del Código de Comercio).

Con respecto a las utilidades, el artículo 155 del Código Mercantil modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995, establece: “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.”

Seguidamente el artículo 156 ibídem contempla: “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” (lo subrayado no es del texto)

En el mismo sentido, el artículo 379 del Código Mercantil le reconoce al accionista el derecho “...de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella”, así como “El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos”. No obstante, la sociedad debe apropiarse de tales utilidades las partidas establecidas por la ley para conformar la reserva legal, las reservas estatutarias, y también puede crear las reservas ocasionales que considere convenientes y necesarias para los intereses de la sociedad y de sus accionistas. Es por esto que el artículo 154 del Código de Comercio expresa: “Además de las reservas establecidas por la ley o los estatutos, los asociados podrán hacer las que consideren necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley...”

Tales decisiones constituyen hechos económicos de origen interno que afectan la composición financiera de la empresa y deben ser reconocidos en la contabilidad conforme a las normas legales y la técnica contable. Al respecto la legislación colombiana ha previsto la norma básica de la realización contenida en el artículo 12 del Decreto 2649 de 1993 que indica: “Solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables”. Lo indicado contribuye al cumplimiento de algunos de los objetivos y cualidades de la información contable contenidas en los artículos 3º y 4º del Decreto 2649 de 1993 como son conocer las obligaciones que tenga el ente económico de transferir

recursos a otros entes y asegurar la confiabilidad de la información a través de la neutralidad, verificabilidad y representación fiel de los hechos económicos.

Conforme a la normatividad anteriormente citada, podemos afirmar que la obtención de utilidades, así como la constitución de reservas, la distribución de dividendos a los accionistas y su posterior pago, a la luz de la norma básica de la realización corresponden a hechos económicos realizados los cuales deben ser adecuadamente registrados en la contabilidad conforme a lo establecido en el artículo 56 del Decreto 2649 de 1993, esto es, el inmediato registro del pasivo a favor de los accionistas con cargo a las utilidades acumuladas, cuyo soporte será una copia del acta en donde conste tal decisión. Tales valores deberán ser cancelados en los términos previstos en la decisión adoptada por el máximo órgano social con apego a los estatutos y a las normas legales correspondientes.

Entrando ya en materia de su consulta, es preciso analizar si tales hechos se consideran reversibles, es decir pueden ser objeto de modificación. Para este efecto conviene analizar los pronunciamientos que sobre el tema ha expedido esta Superintendencia:

Mediante Oficio 220-43255 del 22 de agosto de 2002 la Superintendencia expresó:

“Así se tiene entonces, que las sumas por concepto de utilidades decretadas, hacen parte del pasivo externo, es decir que son créditos activos de cada uno de los socios individualmente considerados, que como tal están a cargo de la sociedad y su pago debe efectuarse en las épocas y según los términos que acuerde el máximo órgano social, observando para su contabilización las normas sobre pasivos que establece el decreto 2649 de 1993, particularmente el artículo 79, según el cual, los dividendos, participaciones o excedentes por pagar, representan el monto de las utilidades o excedentes que hayan sido distribuidos o reconocidos a favor de los entes que tengan derecho a ellos, conforme a la ley o a los estatutos y que estén pendientes de cancelar”.

Posteriormente con Oficio 220-25048 del 27 de mayo de 2004 en respuesta a una consulta de carácter particular manifestó: “...por regla general todas las decisiones emanadas de la asamblea general de accionistas, son susceptibles de ser revocadas por el mismo órgano social, cualquiera sea la índole de la reunión en que se hubieren aprobado, siempre que la revocatoria en cada caso se apruebe con el lleno de las formalidades legales y estatutarias que correspondan a la decisión originalmente adoptada y, que obviamente se trate de determinaciones que no hayan producido efectos irreversibles, lo que exige examinar las implicaciones derivadas en particular de cada decisión que pretenda revocarse.

Así por ejemplo, si la asamblea ha dispuesto que se lleve a cabo una específica colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, decisión que en su oportunidad debió aprobarse con el voto favorable de no menos del 70 de las acciones presentes en la reunión, será posible revocar la misma, en la medida en que la decisión posterior cuente con la misma mayoría decisoria legalmente exigida y, que las acciones respectivas no se hayan colocado aún (art. 383 en concordancia con el 420, num 5ºibidem) Si por el contrario se está frente a la decisión en virtud de la cual la asamblea ha decretado el pago y consiguiente distribución de utilidades, no será ajustada a derecho la decisión que en sentido contrario llegare a adoptar luego la asamblea, como quiera que de acuerdo al artículo 155 ídem, las sumas debidas a los asociados en esas circunstancias, son parte ya del pasivo externo de la sociedad; es decir que se han convertido en créditos activos de cada uno de los socios y a cargo de la sociedad, razón por la cual no puede ya la asamblea con ninguna mayoría disponer de un derecho que no le corresponde.” (El subrayado no es del texto).

Lo expresado en el párrafo precedente tiene su fundamento en que la sola decisión de distribuir dividendos adoptada por la asamblea de socios crea situaciones jurídicas de carácter particular y concreta, entre la sociedad individualmente considerada y cada uno de sus accionistas, siendo éstas, la obligación de pagar las sumas de dinero por parte de la primera y el derecho a recibirlas por parte de los segundos. Tal situación además afecta a terceros, pues los estados financieros son depositados en las cámaras de comercio y son fuente de información para inversionistas, proveedores, entidades financieras, entidades del Estado y los propios accionistas, por lo tanto puede concluirse que por regla general y debido a sus implicaciones, dicha decisión es irreversible.

Otro aspecto a tener en cuenta es el hecho de que la decisión en consideración es adoptada con base en un proyecto presentado por la administración, el cual debe ser elaborado con base en la liquidez de la compañía, la expectativa de nuevos proyectos y con el tiempo suficiente, para obtener una decisión sensata y viable con el fin no afectar en normal desarrollo de las operaciones sociales.

No obstante, pueden existir circunstancias especiales que le permitan a la sociedad modificar su decisión de distribuir dividendos y en su lugar por medio del máximo órgano social crear reservas ocasionales y son éstas cuando se cuenta con el consentimiento expreso y escrito de la totalidad de las partes (sociedad y accionistas) y además tal decisión no se ha surtido efectos irreversibles ante terceros. Es este sentido la Entidad se pronunció mediante Oficio 220-049977 del 16 de octubre de 2007 en los siguientes términos:

“1. Como quiera que decretadas las utilidades surge para la sociedad la obligación de pagarlas en las condiciones aprobadas y para los asociados un derecho correlativo de naturaleza personal a que se les cancelen dichas utilidades, a menos que por unanimidad del máximo órgano social se decida lo contrario, no resulta jurídicamente viable modificar por asamblea o junta de socios los términos y condiciones de la distribución aprobados por el citado órgano. Sin embargo, cada uno de los asociados podrá renunciar a que se le paguen las utilidades en la forma acordada, claro está, siempre que tal renuncia solo mire el interés individual del renunciante (artículo 15 C.C.), lo que significa que con tal decisión no se pueden perjudicar los intereses de la sociedad ni de los demás asociados.

2. No es posible que en la asamblea general de accionistas de 2008 se establezcan unas nuevas fechas de distribución de dividendos, habida cuenta que decretadas las utilidades surge un derecho personal en cabeza de cada accionista del cual solo este puede disponer. Cosa diferente es que los asociados beneficiarios de dichas utilidades decidan por unanimidad en reunión del máximo órgano social modificar dichas fechas.

3. Salvo que exista unanimidad de los asociados, no es jurídicamente posible que por asamblea se decida revocar una decisión de distribuir utilidades ya aprobada por el máximo órgano social, para determinar que tales dividendos queden como utilidades por distribuir o para constituir una reserva con un propósito definido, habida cuenta que tal como se ha manifestado de manera reiterada en el presente oficio, una vez decretadas las utilidades surge la obligación para la sociedad de pagarlas y para los asociados el derecho correlativo a que se les cancelen las mismas.”

En conclusión, no es procedente que el máximo órgano social modifique la decisión de distribuir dividendos y en su lugar constituya reservas ocasionales u otra destinación, cuando no concurren la totalidad de sus beneficiarios, o cuando se hubiesen creado situaciones con efectos irreversibles no solamente ante ellos, sino también ante otros terceros.

En consecuencia, este Despacho no considera viable que el máximo órgano social revoque su decisión de distribuir dividendos en el año 2007, reintegrando los valores con destino a utilidades por distribuir o acumuladas”.

En este orden de ideas, es claro que pueden existir circunstancias especiales que le permitan a la sociedad modificar su decisión de distribuir dividendos y en su lugar por medio del máximo órgano social crear reservas ocasionales, siempre y cuando se cuente con el consentimiento expreso y escrito de la totalidad de las partes (sociedad y accionistas) y es preciso recalcar que tal decisión no haya

surtido efectos irreversibles ante terceros. De ser viable lo anterior, procede que el valor reconocido como pasivo se reconozca como resultado de ejercicios anteriores.

3 ¿Es viable que los socios acuerden con la compañía que los mencionados dividendos le sean pagados en un plazo mayor de un año, teniendo en cuenta que el artículo 156 del Código de Comercio establece que deben ser pagadas dentro del año siguiente al que se decreten?

Rta./ Con relación a las reglas aplicables a una sociedad por acciones simplificadas, en lo concerniente con la distribución de las utilidades y el plazo para pagar los dividendos, la Superintendencia de Sociedades en **el Oficio 220-075200 del 9 de junio de 2015**, hace referencia a su Oficio 220-083850 del 28 de julio de 2011, donde en los apartes pertinentes expresó:

“(…)

El artículo 45 de la Ley Cit. expresa “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.

(…)”.

Por su parte, además de la libertad para crear distintos tipos de acciones, en los términos del artículo 10 Ib., el artículo 38 ss. señala que en materia de reparto de utilidades, en las S.A.S. no se aplican las reglas que sobre el particular prevé el Código de Comercio para las sociedades comerciales que allí se regulan, a menos que voluntaria su accionista o accionistas decidan incorporarlo en sus estatutos.

En ese orden de ideas, de una lectura simple a la preceptiva mencionada, resulta obvia la propuesta planteada en el escrito, sin embargo como el tema del reparto de utilidades para este tipo societario ha sido examinado, a continuación se transcriben algunos apartes del Oficio 220- 035073 de 8 de junio de 2010, cuya argumentación ilustra el tema de la libertad contractual en esta materia, a saber:

“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.

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 de 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”...** (El resaltado no es del Oficio transcrito)

En este orden de ideas, tenemos que los asociados pueden acordar con la administración de la compañía, que los dividendos les sean pagados en un plazo mayor de un año, salvo que los estatutos dispongan lo contrario.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.