

OFICIO 220-002368 DEL 09 DE ENERO DE 2020

REF: PAGO DE UTILIDADES A INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia, remitido por el Jefe Sección Apoyo Básico Cambiario del Departamento de Cambios Internacionales del Banco de República, para resolver, por competencia, uno de los interrogantes allí planteados, relacionado con la existencia de alguna *“sanción o amonestación, por la cancelación de dividendos a inversionistas extranjeros dentro del territorio colombiano y no a través de giro directo”*.

Sobre el particular, me permito manifestarle que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los Organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida se emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre temas de derecho societario a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Advertido lo anterior, esta Oficina entra a resolver la inquietud presentada, de la siguiente manera:

i) El artículo 155 del Código de Comercio, preceptúa que *“Salvo determinación en contrario, aprobada por el setenta por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o en la junta de socios, las sociedades repartirán, a título de dividendo o participación, no menos del cincuenta por ciento de las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio o del saldo de las mismas, si tuviere que enjuagar perdidas de ejercicios anteriores”*. (Subrayado fuera del texto).

ii) Por su parte, el artículo 156 ibídem, consagra que 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.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

iii) Conforme a lo anterior, es obligatorio para las sociedades comerciales repartir a sus accionistas o socios, a título de dividendo o participación, las utilidades liquidadas obtenidas en cada ejercicio, o del saldo de las mismas en el evento allí previsto, las cuales deberán pagarse en dinero efectivo dentro del plazo estipulado.

Sin embargo, es de advertir que tratándose de sociedades anónimas las utilidades podrán pagarse en forma de acciones liberadas de la compañía, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten (artículo 455 ejusdem).

En resumen, se tiene que la ley determina, como norma de carácter general, que las utilidades deben pagarse en dinero efectivo y que, excepcionalmente, cuando se trate de reparto del mismo en las sociedades anónimas, puede hacerse en acciones liberadas de la sociedad, a condición de que se reúnan los requisitos señalados en el artículo 455 ya mencionado.

La Superintendencia de Sociedades ha expresado, entre otros, en los oficios 220-031783 del 20 de febrero de 2011, 220-143915 del 18 de octubre de 2013 y 220-111374 del 25 de agosto de 2015, que es viable que una sociedad nacional o una sucursal de sociedad extranjera, distribuya utilidades a los asociados o a la casa matriz, respectivamente, en especie.

En particular, en el Oficio 220-111374 del 25 de agosto de 2015 mencionado, la Superintendencia de Sociedades aclaró que es posible que el pago de dividendos se efectúe en especie distinta de las acciones, cuotas o partes de interés, así: *“Es claro que la regla general de distribución de dividendos ha previsto el pago en dinero, sin embargo a juicio de esta Oficina es posible hacer el pago en bienes en especie, distinto a las acciones, siempre que los accionistas de manera expresa acepten que les sea entregado un bien distinto al dinero en efectivo y que la asamblea al determinar el dividendo haya previsto esta posibilidad para el pago”*.

A su vez, en Oficio 220-059331 del 1 de agosto de 2012, esta Oficina señaló: *“(…) Podría considerarse otro tipo de pago en especie como mercancías o servicios, siempre que los socios en uso de la autonomía privada de la voluntad así lo acepten como mecanismo de pago en situaciones de iliquidez, y que la asamblea al determinar el dividendo haya previsto esta posibilidad para el pago. El pago en especie con bienes de la compañía, es una decisión que no debe comprometer activos generadores de ingresos, su decisión deberá evaluarse a la luz de los intereses económicos del ente societarios, sin perder de vista que los administradores deben adoptar medidas tendientes a incrementar el patrimonio social o al menos a mantenerlo. (...) los dividendos también podrán pagarse en bienes distintos de acciones siempre y cuando los asociados así lo acepten y que el máximo órgano social haya previsto esta situación para el pago.”*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

iv) Ahora bien, en tratándose de inversionistas extranjeros en sociedades colombianas, es claro que el pago de los dividendos decretados puede hacerse en dinero efectivo o en especie, según lo decidido al respecto por la asamblea o junta de socios.

- En el primer evento, esto es, el pago de dividendos en dinero efectivo a un inversionista extranjero se observa que éste debe hacerse, en principio, a través de giro directo a su país de origen, por devenir de una operación de cambio de obligatoria canalización a través del mercado cambiario.

En efecto, el artículo 4º del Decreto 1735 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7º. De la Resolución Interna No. 08 de 2000 del Banco de la República, preceptúa que ***“Únicamente las operaciones de cambio que a continuación se indican, deberán canalizarse a través del mercado cambiario:***

(...)

3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.... (Resaltado fuera del texto). Artículo 31 de la citada resolución.

Así mismo, el artículo 31 de la aludida resolución, que trata de adquisición de divisas, prevé que deberán canalizarse a través del mercado cambiario los pagos en moneda libremente convertible de los siguientes conceptos, derivados de una inversión de capital del exterior en Colombia. Registrada en el Banco de la República: “1. Las utilidades netas comprobadas que generan periódicamente las inversiones de capital del exterior en Colombia, de conformidad con las normas pertinentes”. (Subrayado fuera del texto).

- En el segundo caso, es decir, el pago de dividendos en especie, con acciones liberadas de la compañía, se anota que esta opción le permite al inversionista extranjero incrementar su inversión, sin necesidad de reintegrar nuevas divisas al país.

No obstante, y como quiera que se trata de unos dividendos derivados de la inversión de capital del exterior en Colombia, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 10º del Decreto 2080 de 2000, que trata de los derechos cambiarios, el que consagra lo siguiente:

“La inversión de capitales del exterior realizada en cumplimiento de las normas de este Estatuto da derechos a su titular para:

- a) Reinvertir utilidades, o retener en el superávit las utilidades no distribuidas con derecho a giro;
- b) Capitalizar las sumas con derecho a giro, producto de obligaciones derivadas de la inversión;

c) Remitir al exterior en moneda libremente convertible las utilidades netas comprobadas que generen periódicamente sus inversiones con base en los balances de fin de cada ejercicio social o con base en estos y el acto o contrato que rige el aporte cuando se trata de inversión directa.

d) Remitir al exterior en moneda libremente convertible las sumas recibidas producto de la enajenación de la inversión dentro del país o de la liquidación de la empresa o portafolio o de la reducción del capital". (Subrayado fuera del texto).

De otra parte, se precisa que, si los ingresos recibidos como dividendos son utilizados para la compra de acciones, cuotas sociales, aportes a empresas, compra de bienes inmuebles y demás, de conformidad a lo contemplado en el literal a) numerales i y ii del artículo 3º del Decreto 2080, deberá diligenciar el formulario cambiario No. 11 con el numeral cambiario número 35 "sumas con derecho a giro"; otra norma cambiaria que hace referencia a ello es la DCIN 083 del 2013, en cuyo capítulo siete (7), numeral 7.2.1.2 Otras modalidades literal (E) Sumas con derecho a giro, indica lo siguiente:

"Las sumas con derecho a giro susceptibles de ser capitalizadas comprenden las que se deriven de operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, así como las regalías derivadas de contratos debidamente registrados". (Subrayado fuera del texto).

En otras palabras, no se pierden los Derechos Cambiarios si los dividendos obtenidos por un accionista extranjero, fueron pagados en acciones liberadas de la misma sociedad o en inmuebles de la sociedad, caso en el cual, deberá procederse a registrar estos bienes como inversión extranjera ante el Banco de la República.

v) A pesar de lo anterior, es de advertir que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4º de la Resolución Externa No. 8 de 2000, expedida por el Banco de la República, quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables, norma modificada por la R.E. 14/2016. Art. 2º. Boletín Banco de la República. No. 40 del 30 de septiembre de 2016.

vi) Con base en los argumentos anteriormente expuestos podemos concluir lo siguiente:

a) El inversionista extranjero puede recibir los dividendos en Colombia, cuando el pago se haga en especie mediante la capitalización de sumas con derecho a giro o vr.gr. mediante la entrega de un inmueble de la compañía; igualmente, a juicio de esta Oficina y sin perjuicio de la opinión del Banco de la República y/o del Grupo de Régimen Cambiario de esta Superintendencia, este pago podría hacerse también en dinero dentro del territorio nacional.

b) Ante el incumplimiento o violación del régimen cambiario por parte de un inversionista extranjero, éste se hará acreedor a las sanciones legales pertinentes.

vii) Finalmente, es pertinente anotar que el régimen sancionatorio cambiario, al que se circunscribe la función de esta Superintendencia, está contenido en el Decreto 1746 de 1991, el que claramente establece en su artículo 2° lo siguiente:

“La infracción cambiaria como transgresión de las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios, es una contravención meramente administrativa de las disposiciones vigentes al momento de la infracción, a la que corresponde una sanción coercitiva cuya finalidad es el cumplimiento de tales disposiciones”. En consecuencia, cualquier operación cambiaria que contravenga dicho régimen, es una infracción que podría ser objeto de sanción, previa valoración que se adelante dentro de la actuación administrativa correspondiente.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.