

OFICIO 220-007462 DEL 14 DE FEBRERO DE 2019

REF: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL DECRETO DE DIVIDENDOS EN UNA SOCIEDAD.

Me remito a su comunicación radicada por la WEBMASTER de esta Superintendencia bajo el número de radicado 2018-01-490128, mediante la cual se solicita concepto sobre lo que se menciona a continuación, teniendo en cuenta que se señala como postulado que la sociedad no ha decretado dividendos dentro de varios ejercicios contables, aun teniendo utilidades sin necesidad de enjugar pérdidas anteriores:

1. Iría en contravía de la causa del contrato de sociedad?, en caso afirmativo, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas?
2. ¿El socio oprimido por esta causal, además de las acciones propias de impugnación, ¿podría demandar la separación de la sociedad?

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Es de precisar que en atención a entender el requerimiento realizado, es de indicar lo siguiente:

1. El artículo 98 del Código de Comercio establece que por contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse utilidades entre sí obtenidas en la empresa o actividad social.
2. Por su parte el artículo 101 del mismo Código establece que para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y causa lícitos.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

3. Así mismo, el artículo 104 del estatuto mencionado estipula que habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.

De la pregunta no se evidencia que se hayan tenido móviles ilícitos con el fin de celebrar el contrato de sociedad, por el contrario se puede observar que en la ejecución del mismo al interior de la asamblea o junta de socios aparentemente no se decretaron los dividendos correspondientes.

Así las cosas, el artículo 150 del Código de Comercio indica que las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

Ahora bien, el artículo 155 del estatuto mercantil dispone que 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 numero plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión; así, 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. Este artículo no se aplica a las sociedades por acciones simplificadas, salvo que en los estatutos de la sociedad se disponga lo contrario.

Por otro lado, el artículo 187 indica que la junta o asamblea ejercerá como función la de disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a la ley.

Esta entidad al respecto se ha pronunciado de la siguiente forma:

"(...) 1.- Al realizar una persona un aporte, para formar parte del capital de una sociedad, nace para ella el denominado "status socii", el cual hace referencia al conjunto de derechos y deberes que adquiere al asumir la calidad de asociado.

Al respecto, el profesor José Ignacio Narváez manifiesta que "la evidencia es que la persona que se asocia, interviene en el contrato o se enfrenta al ya celebrado, adquiere derechos y contrae obligaciones que se prolongan en el tiempo; y en las formas asociativas dotadas de personalidad jurídica, su injerencia contribuye a crear o a que subsista un sujeto de derechos y obligaciones completamente distinto de los miembros individualmente considerados. Y como cada derecho, facultad, deber u obligación de estos tiene naturaleza y alcances diferentes, el conjunto de ellos no es posible encasillarlo en alguna categoría dogmática tradicional... Tales relaciones jurídicas se originan y desdoblan en múltiples poderes y deberes, derechos y obligaciones que la propia ley atribuye a quien participa en una colectividad. De manera que, tratándose de formas asociativas de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

carácter voluntario, temporal y que se rigen por las normas del derecho privado, en virtud del contrato que les da origen, cada asociado es miembro de una organización autónoma y pluripersonal... "(Teoría General de las Sociedades - Séptima Edición 1996, página 140).

2.- En la persona jurídica en la cual se adquiere la calidad de asociado, independientemente del tipo societario del cual se forme parte, como puede ser sociedad colectiva, sociedad en comandita, bien sea simple o por acciones, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, reguladas por la legislación mercantil, se configuran los órganos que las rigen, los cuales tienen perfectamente delineado sus funciones, tendientes a desarrollar a cabalidad el objeto social consagrado en los estatutos sociales y a cumplir con los asociados en cuanto hace relación con los derechos que adquieren, pero al mismo tiempo a exigir de ellos el acatamiento de los deberes que les corresponden.

Sobre las facultades, deberes, derechos y obligaciones de los socios, el profesor José Ignacio Narváz afirma que "... el ejercicio y cumplimiento de algunos suelen ser regulados en los estatutos, y a veces son desarrollados por virtud de acuerdos o decisiones de los órganos sociales. Y todos presentan como rasgo descollante el de ser recíprocos: del asociado para con el ente social y de éste para con aquél..." (Obra citada, página 142). (...)

(...) 4.- Los derechos de los asociados, independientemente de la participación porcentual que tengan dentro de la conformación del capital social, son de aplicación idéntica para todos. Cosa diferente es que dependiendo del número de partes de interés, cuotas u acciones que posean en un momento determinado, los asociados con una participación minoritaria dentro de la conformación del capital social, necesariamente deben someterse a la ley de las mayorías, que indudablemente tiene notoria relevancia en lo concerniente con la adopción de decisiones y reparto de utilidades, en lo que tiene que ver con la vida activa de la compañía y en el monto de lo que se recibe una vez liquidada la sociedad, si los activos alcanzan para el pago del pasivo. (subrayado nuestro) (...)¹.

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220—77933 (30 de agosto de 1999). Asunto: Derechos de los Asociados – Distribución de Utilidades. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/3463.pdf

"(...) 1. La primera parte del interrogante encuentra respuesta en el texto del artículo 240 de la Ley 222 de 1995, que modificó el 155 del C. de Co., cuando claramente expresa que para la distribución de utilidades se requiere del voto afirmativo de un número plural de asociados, que representen por lo menos el 78% de las acciones representadas en la reunión, si en los estatutos no se ha previsto una mayoría superior. Pero adicionalmente dispone que cuando no se alcance dicha mayoría, debe distribuirse como mínimo el 50% de las utilidades líquidas de cada ejercicio.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Lo expuesto bajo el entendido que la función de decidir sobre la distribución de utilidades es exclusiva del máximo órgano social, siempre que se encuentren justificadas en balances de fin de ejercicio reales y fidedignos y previa deducción de lo que corresponda a las reservas legal, estatutarias y ocasionales, si hubiere lugar a ellas. Así las cosas a la asamblea corresponde decidir la época en que habrán de repartirse las utilidades sociales, que no puede ser superior al año siguiente a la fecha en que hubieren sido decretadas, y decidir sobre la forma de pago, que puede ser en dinero en efectivo o en especie.

La segunda parte del interrogante, de la preceptiva transcrita se concluye que hasta tanto el máximo órgano social apruebe la distribución de utilidades en la forma allí indicada, éstas deben permanecer dentro del patrimonio de la sociedad y no como se manifiesta en el escrito cuando expresa que aprobada la no distribución de utilidades “ ... llevando contablemente, por más de diez años la cifra de utilidades a una cuenta denominada utilidades pendientes por distribuir, en una cuenta contable que hace parte del pasivo de la sociedad... ” . (subrayado nuestro).

En resumen, la distribución de utilidades requiere del voto afirmativo de un número plural de accionistas representantes del 78% o más, sí en los estatutos se hubiere estipulado una mayoría superior de las acciones presentes en la reunión. En el evento que el proyecto de distribución no obtenga la mayoría requerida, se deberá distribuir por lo menos el 50% de las utilidades líquidas. De otra parte, si se opta por la no distribución de utilidades, su monto debe permanecer en el patrimonio y no como un pasivo de la compañía.(...).²

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220—105772 (9 de noviembre de 2010). Asunto: Radicación 2010- 01- 237311- Reparto de utilidades. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/30982.pdf

Concluyendo así que, el decreto de dividendos no deviene de un elemento esencial del contrato de sociedad, sino de la ejecución del mismo y cuya función principal está en cabeza de la asamblea o junta de socios como máximo órgano social, de suerte que si las utilidades no son decretadas las mismas deben permanecer dentro del patrimonio de la sociedad sin que opere ninguna consecuencia negativa para la sociedad ni para los socios.

En relación con su segunda consulta, hay que tener en cuenta que únicamente en el evento en que se presenten los presupuestos legales para impugnar el acta se puede hacer uso de tal facultad en los términos del artículo 191 del Código de Comercio teniendo en cuenta como ya se manifestó que no decretar utilidades es una posibilidad completamente legal

Así mismo, es de indicarle al consultante que los hechos materia de su pretensión en caso tal de tener que acudir a la vía jurisdiccional, podrá adecuarlos de conformidad con lo determinado en el numeral 5º artículo 24 del Código General



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

del Proceso, así como podrá instruirse al respecto con la Guía que ha preparado para tal fin esta Superintendencia denominada "Guía del Litigio", la cual podrá observar y consultar en nuestra página WEB https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Paginas/Gu%C3%ADaDeLitigio.aspx.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros. ar Básica Jurídica, entre otros.