

OFICIO 220-104081 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2019

REF: CONSTITUCIÓN DE RESERVAS OCASIONALES SIN DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES REGULADAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

Acuso recibo de la consulta sobre la constitución de reservas sin distribución de utilidades en las sociedades por acciones reguladas en el Código de Comercio, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el número arriba indicado, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta, en los términos que se describen a continuación.

“1.- ¿Puede la asamblea destinar el 100% de las utilidades a constituir reservas ocasionales y abstenerse de repartir utilidades a los accionistas?

2.- ¿Por cuánto tiempo se puede constituir dicha reserva? ¿Es obligatorio que se ejecute dentro del ejercicio en el que se aprueba?

3.- ¿Según la redacción del artículo 155 del C. Co. Si se tiene la mayoría especial del 78% de las acciones representadas, se puede aprobar válidamente que no se paguen dividendos a los accionistas? ¿Esta decisión sería obligatoria para los accionistas que votaron en contra y para los disidentes (sic)? O debe la sociedad distribuir como mínimo el 50% de las utilidades como lo dice el artículo 155 del C. Co. o el 70% si están cubiertas las reservas legal y estatutaria?”

En primer lugar, es de precisar que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, a este Despacho le corresponde emitir conceptos con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos son expresados de manera general puesto que sus respuestas no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los usuarios sobre los temas que le competen, lo que explica, a su vez, que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Sobre el asunto objeto de la consulta es de señalar que las **reservas**¹ “son apropiaciones de las utilidades que los asociados deciden detraer, con el fin de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“cubrir contingencias futuras o de cumplir la finalidad determinada por la asamblea o junta de socios”², respecto de las cuales el Código de Comercio prescribe que “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 (...)”³, y “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”⁴. Esta última mención debe interpretarse armónicamente con el artículo 454 del Código de Comercio.

1 “Debe insistirse, pues, en que la diferencia principal entre las reservas y las provisiones consiste en que mientras las primeras son apropiadas por el máximo órgano social para responder a hechos futuros e inciertos, las segundas parten de circunstancias cuya certidumbre es conocida ex ante por los administradores sociales. De ahí que las reservas se hagan siempre con cargo a las utilidades sociales, mientras que las provisiones deban apropiarse como un gasto en el estado de resultados.” Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Editorial Temis. 2004, Tomo I página 382.

2 Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Editorial Temis. Tomo I. Página 207.

3 Artículo 154.

4 Artículo 155.

5 Existen: (i) Reservas Legales que son aquellas reservas de carácter de orden público con origen normativo y son obligatorias para cierta clase de sociedades tales como: anónimas, comanditarias por acciones, de responsabilidad limitada y para las sucursales de sociedades extranjeras. Es una protección contra las pérdidas (Art 456 C. Com.); (ii) Reservas Estatutarias que son aquellas previstas de manera expresa en el contrato social, con fuerza vinculante en razón al contrato social y debe establecerse la cuantía, el tope máximo, el tiempo durante el cual debe detraerse el porcentaje respectivo de las utilidades sociales. Estas deben tener una destinación específica, pues su existencia solo se justifica en una necesidad particular para la sociedad; (iii) Reservas Ocasionales, son aquellas que se crean por decisión del máximo órgano social, son facultativas o voluntarias y no requieren reforma estatutaria, no están sujetas a periodicidad por lo que solamente rigen para el ejercicio en que son decretadas por el máximo órgano social, no son permanentes y se puede modificar su finalidad.

6 Artículo 453.

Además, el estatuto comercial prevé que las reservas ocasionales⁵ son aquellas dispuestas por el máximo órgano social, las cuales “sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias”⁶; “si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al 70%”⁷; “hechas la reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas (...)”⁸, y cada acción confiere a su propietario el derecho 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”⁹.

7 Artículo 454.

8 Artículo 455.

9 Numeral 2 del artículo 379.

10 Artículo 45.

11 Artículo 38.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

De otra parte, la Ley 1258 de 2008 regula las sociedades por acciones simplificada y prescribe que en lo no previsto en esta ley *“la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su efecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio”*¹⁰, y las prohibiciones consagradas en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, entre otras, *“no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario”*¹¹.

A partir de estas disposiciones se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados.

1.- La **primera** pregunta, respecto a si la asamblea de accionistas puede abstenerse de repartir utilidades a los socios, destinando la totalidad de las mismas a constituir reservas ocasionales, se responde afirmativamente, pues si bien la percepción de utilidades es un derecho de los accionistas reconocido en la ley, éste derecho puede ser renunciado total o parcialmente por los socios constituidos en asamblea general, y con el lleno de las formalidades legales, una vez aprobados los balances del ejercicio anterior, usando como modalidad la constitución de reservas. En todo caso siempre hay que tener presente que las disposiciones legales en relación con el reparto de utilidades se encaminan a salvaguardar el derecho del asociado a recibir el beneficio del ejercicio social, por lo que actividades tendientes a crear reservas **innecesarias** o transacciones que impliquen costos que anulen las utilidades son prácticas indeseables en el derecho societario, que se discuten bien judicialmente en el ámbito de la responsabilidad de los administradores o administrativamente bajo las normas que rigen las actividades de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

2.- A la **segunda** pregunta, en la que se indagó por cuánto tiempo puede la asamblea de accionistas abstenerse de repartir utilidades a los socios para destinarlas a constituir reservas ocasionales y si es obligatorio que las mismas se ejecuten dentro del ejercicio en el que se aprueban, se responde que la constitución de este tipo de reservas no tienen vocación de permanencia, sino que están delimitadas en el tiempo por la finalidad para la cual fueron constituidas, finalidad que puede ser variada por decisión de los socios en la Asamblea o ser distribuidas entre los asociados.

Conforme a lo anterior, las reservas ocasionales una vez constituidas producen efectos financieros para el ejercicio en que son decretadas, lo cual no quiere decir que deban ejecutarse dentro de la anualidad en la que se crean.

Tampoco es indispensable que las reservas ocasionales se ejecuten dentro del mismo ejercicio fiscal en el que se aprueben, en razón a que su permanencia depende de la voluntad de los socios y del propósito para el cual fueron constituidas.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

3.- En torno a la **tercera** pregunta, referida al alcance del artículo 155 del Código de Comercio, en el que se consagran las mayorías y el porcentaje de distribución de utilidades de acuerdo a las mismas, es menester señalar que en tratándose de las sociedades por acciones del Código de Comercio, debe hacerse la interpretación conjunta de los artículos 155 y 454 del mismo estatuto, en los que se consagran, de una parte, las mayorías y el porcentaje general de distribución de utilidades y, por otro lado, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas a repartir en la sociedad anónima cuando la suma de las reservas excede el 100% del capital suscrito.

Esto significa que para el no pago de dividendos a los accionistas en las sociedades por acciones reguladas por el Código de Comercio, se requiere: (i) el voto favorable de cuando menos el 78% de las acciones representadas en la reunión, salvo que en los estatutos sociales se consagre una mayoría decisoria superior, y (ii) que el monto total de las reservas legales, estatutarias y ocasionales no excedan del 100% del capital suscrito.

Por lo tanto, con la mayoría especial del 78% de las acciones representadas en la reunión, la **asamblea general de accionistas** (i) puede decidir no distribuir utilidades, para destinarlas a la constitución de una reserva ocasional, siempre que la suma de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) no exceden el 100% del capital suscrito, o (ii) debe distribuir el 70% de las utilidades, si la totalidad de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) exceden el 100% del capital suscrito.

Así mismo, si no se obtiene la mayoría especial en mención (78%), el máximo órgano social debe repartir, como mínimo: (i) el 50% de las utilidades, si el monto total de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) no exceden el 100% del capital suscrito, o (ii) el 70% de las utilidades, si la totalidad de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) exceden el capital suscrito.

Así lo precisó esta Oficina en el Oficio 220-027171 del 3 de abril de 2019, en concordancia con la Resolución 312-002439 del 31 de octubre de 2003.

El Oficio mencionado establece:

“(…) En este caso, frente a la distribución de utilidades, tenemos:

- 1. La sociedad requiere de una mayoría del setenta y ocho por ciento (78%) de las acciones presentes en la reunión del máximo órgano social, para aprobar el proyecto de distribución de utilidades que reparta por debajo del setenta por ciento (70%) del total de las utilidades.*
- 2. La asamblea requerirá de la mayoría común de las acciones presentes en la reunión respectiva, para aprobar el proyecto de distribución de utilidades por encima del setenta por ciento (70%) de las utilidades. (…)* ”

Efectuada la precisión que antecede, le informo que sobre el tema en mención este Despacho se pronunció también en el oficio 220-065735 del 22 de agosto de 2012, cuyos apartes pertinentes a continuación se transcriben:

(...) La Resolución 312-002439 del 31 de octubre de 2003 originaria de esta entidad, ciertamente desarrolla claros lineamientos en materia de interpretación de las normas relacionadas con mayorías y porcentajes para reparto de utilidades, previstas en el Estatuto Mercantil, previsiones que se mantienen vigentes en esta Superintendencia como criterios de interpretación sobre la materia, para lo cual se transcribe a continuación los apartes pertinentes del mismo:

En efecto, dispone el artículo 155 de la legislación mercantil, modificado por el artículo 240 de la mencionada Ley, lo siguiente:

MAYORIA PARA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES. ‘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 los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.

Tenemos entonces como el citado artículo nos presenta dos posibilidades frente al caso de la distribución de utilidades, partiendo de la base que las reservas de la sociedad son inferiores al capital social, cuales son:

- 1.- Se requiere de una mayoría del setenta y ocho (78%) por ciento de las acciones presentes en la reunión, para votar la distribución de utilidades por debajo del cincuenta (50%) del total de las mismas.*
- 2.- Se requiere de una mayoría común por parte del máximo órgano social, para aprobar la distribución de utilidades, cuando se pretenda repartir más del cincuenta (50%) de las mismas.*

Ahora bien, el referido artículo 454, de manera nítida introduce una modificación adicional a la previsión contenida en el artículo 155 citado que conlleva un aumento en la proporción en que debe realizarse la distribución de utilidades. Veamos que expresa el artículo que en este acápite nos ocupa:

Si la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasional excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al Artículo 155, se elevará al setenta por ciento.

En este caso, frente a la distribución de utilidades, tenemos:

1 – La sociedad requiere de una mayoría del setenta y ocho (78%) por ciento de las acciones presentes en la reunión del máximo órgano social, para aprobar el proyecto de distribución de utilidades que reparta por debajo del setenta (70%) por ciento del total de las utilidades.

2 – La asamblea requerirá de la mayoría común de las acciones presentes en la reunión respectiva, para aprobar el proyecto de distribución de utilidades por encima del setenta (70%) por ciento del total de las utilidades.

Así que para repartir el setenta (70%) por ciento o menos de las utilidades, la asamblea hubiera requerido necesariamente de una mayoría equivalente a no menos del setenta y ocho (78%) por ciento de las acciones presentes, pero no para lo contrario.

En el mismo sentido expresó su opinión el reconocido tratadista, Doctor Francisco Reyes Villamizar en su libro "Derecho Societario" tercera edición, páginas 575 y 576, la que a continuación se transcribe:

B) En aras de proteger el interés de los asociados minoritarios, cuyo interés primordial en la asociación mercantil usualmente se circunscribe al disfrute de las utilidades sociales, la legislación en vigor ha previsto mecanismos de protección tendientes a procurar un reparto mínimo de utilidades. La mecánica de estas normas de protección contenidas en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, se articula con un sistema de mayorías calificadas que pueden utilizarse para decidir el reparto de cantidades inferiores a las mínimas señaladas en la ley.

Para evitar equívocos interpretativos, debe precisarse desde ahora que, en general, la ley no sujeta la determinación de repartir utilidades a mayorías calificadas ni prohíbe tampoco la repartición por debajo de los límites legales. A pesar de la redacción un tanto confusa del artículo 155 del Código de Comercio, lo que en él se expresa no riñe con la posibilidad de que la determinación sobre el reparto de utilidades se apruebe en el máximo órgano social por mayoría común u ordinaria (usualmente la absoluta. o sea la mitad más uno de los votos presentes).

Lo que la norma expresa, en realidad, es que si la determinación sobre destinación de utilidades implica repartir entre los asociados un porcentaje inferior al mínimo previsto en la ley, no bastará la mayoría ordinaria para aprobar esa proposición, sino que se requerirá la mayoría calificada del 78% de los votos presentes. Por supuesto que, si la determinación de repartir por debajo del mínimo legal es adoptada sin contar con la supe mayoría indicada, la sanción aplicable será la de nulidad absoluta, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Existen dos porcentajes mínimos de reparto de utilidades; el primero, cuyo carácter es general, es decir, aplicable a todas las especies de sociedad, aparece en el citado artículo 155 del Código de Comercio y representa el cincuenta por ciento de las utilidades líquidas del ejercicio. El segundo de los porcentajes mínimos de reparto de utilidades tiene carácter especial, pues su aplicación se circunscribe a las sociedades anónimas y, por extensión, a las comanditarias por acciones y limitadas. Este porcentaje mínimo distribuible se eleva al setenta por ciento de las utilidades líquidas cuando la suma de las reservas legal, estatutarias y ocasionales excede el monto total del capital suscrito.

Así mismo, es pertinente preguntarse si es posible, con la mayoría del 78% de las acciones representadas, realizar un reparto inferior al 70% previsto por el artículo 454 del régimen mercantil. La lógica del régimen exceptivo previsto en el artículo 155 del Código de Comercio parecería plenamente aplicable para definir este asunto. En realidad, si de lo que se trata es de proteger el interés de las minorías, resulta razonable estimar que la aplicación de la mayoría calificada antes referida, es suficiente para obviar la imposibilidad de repartir por debajo del límite legal".

No acontece lo mismo en las sociedades por acciones simplificada, pues como no les son aplicables los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, por disposición expresa del artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, el máximo órgano social puede adoptar la totalidad de las decisiones que a bien tenga sobre distribución de utilidades, con las únicas restricciones consagradas en sus estatutos.

Finalmente es de advertir que las decisiones adoptadas por el máximo órgano social tienen carácter general y son de obligatorio cumplimiento para la totalidad de los socios, incluyendo los ausentes y disidentes.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.