

OFICIO 220-108656 DEL 11 DE JULIO DE 2014

ASUNTO: LAS UTILIDADES DEBEN CONSTAR EN BALANCES REALES Y FIDEDIGNOS – RESERVA LEGAL

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2014-01-275963, por la cual formula las siguientes inquietudes:

“a ¿Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Sociedad Anónima convocada y reunida en el año 2014, puede legalmente de manera retrospectiva decretar utilidades financieras de los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, así ellas no estén registradas en los balances contables de la sociedad? Cual fuere la respuesta, agradecería su comentario.

b ¿La Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Anónima puede o en que eventos legales ordenar repartir entre sus socios las reservas legales de la sociedad? Cual fuere la respuesta, agradecería su comentario”:

Sobre el particular, me permito dar contestación a sus preguntas así:

A Con relación a las utilidades generadas por una sociedad, consideramos pertinente realizar previamente las siguientes consideraciones:

Los artículos 445 y 446 del Código de Comercio, consagran que a más tardar a 31 de diciembre de cada año, las sociedades deberán cortar sus cuentas y producir el balance general, con el fin de ponerlo a consideración del órgano rector para su aprobación o improbación, acompañando entre otros documentos, **el proyecto de distribución de utilidades repartibles** –num. 2 art. 446 en concordancia con el num. 3 del art. 187 ibídem-.

Es así que las utilidades únicamente se pueden repartir, cuando quiera que se encuentren justificadas por balances reales fidedignos y después de hechas las reservas establecidas por la ley, en los estatutos o aquellas que los asociados consideren necesarias o convenientes siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma establecida en los estatutos o en la ley, procedimiento que debe producirse al final de cada ejercicio con el estado de pérdidas y ganancias. (artículos 151 y 154 del Código de Comercio).

Ahora bien, a la luz de las anteriores disposiciones, junto con el artículo 34 y siguientes de la Ley 222 de 2005, le corresponde al máximo órgano social, reunirse, por lo menos una vez al año entre otras, para decidir y disponer libremente respecto al reparto o no de las utilidades, mediante la presentación del correspondiente proyecto de distribución de utilidades. Estatutariamente puede pactarse otros cortes de fin de ejercicio Vr. Gr. semestral o trimestralmente, circunstancia que impone el cierre definitivo del ejercicio en la época estipulada, por tanto la preparación y difusión del balance general correspondiente y si es del caso, también someter a consideración un proyecto de distribución de utilidades.

Efectuada la precisión que antecede, se reitera que solo es viable jurídicamente distribuir utilidades, previa la aprobación de un balance de fin de ejercicio.

B Con relación a las reservas en una sociedad, es pertinente tener en cuenta que el artículo 87 del decreto 2649 de 193, las define de la siguiente manera: "Las reservas o fondos patrimoniales representan recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales."

Encontramos entonces la existencia de tres clases de reservas:

1 Reserva legal: La reserva legal tiene su origen en la ley que la crea para proteger el patrimonio social en general y por ello está destinada a enjugar las pérdidas de los ejercicios siguientes, si las reservas constituidas para tal fin no son suficientes. Consiste en una apropiación del 10% de las utilidades líquidas hasta completar el 50% del capital suscrito.

Dicha reserva es de obligatoria existencia en las sociedades anónimas (artículo 452 del Código de Comercio) y en comanditas por acciones (artículo 350 ibídem) o del capital social, para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 371 del Estatuto Mercantil) y sucursales de sociedades extranjeras (artículo 476 obra citada). Este porcentaje debe ser imputado a la reserva legal antes de la distribución de utilidades.

2 Reserva estatutaria:

Como su nombre lo indica, se trata de la reserva establecida en los estatutos sociales, la cual es obligatoria hasta tanto se suprima de los mismos, mediante la reforma correspondiente.

3 Reserva ocasional:

Siempre, las reservas ocasionales deben estar justificadas para que sean creadas y aprobadas por el máximo órgano social. Se requiere la aprobación de dicho órgano social, por cuanto al destinar parte de las utilidades a la reserva ocasional, los socios están renunciando, parcial o totalmente, a las utilidades que les corresponden a cada uno, en favor de la sociedad, con el fin de que ésta obtenga recursos o liquidez para desarrollar los proyectos que se ha propuesto y así no necesita acudir a terceros en busca de recursos o financiación.

Esta reserva será obligatoria únicamente para el ejercicio en el cual fue aprobada (artículo 453 inciso 2o. ibídem) y permanece inmodificable hasta que el mismo órgano social le cambie su destinación.

La justificación de la reserva ocasional ante esta Entidad, es una exigencia legal contenida en el artículo 154 del Código de Comercio.

Ahora bien, ubicados en el escenario anterior, partiendo de la base que en este literal hace relación únicamente a la **RESERVA LEGAL**, es preciso tener en cuenta que ella es

una sola, la cual es de carácter obligatorio en las sociedades citadas y tiene por regla general, conforme las normas que las regulan, que esa reserva se constituya hasta un tope del capital y se forma con un determinado porcentaje de las utilidades liquidadas de la compañía. De alcanzarse ese tope establecido, cesa la obligación de seguir realizando las apropiaciones pertinentes. Cabe observar que dicha reserva no tiene como finalidad la de ser repartida entre los accionistas.

En efecto, sobre dicha reserva legal, en cuanto a la obligación de constituirla y a la obligación de continuar llevando a la misma el porcentaje establecido en la ley, el artículo 452 del estatuto mercantil, expresa:

“Las sociedades anónima constituirán una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento del capital suscrito, formada con el diez por ciento de las utilidades liquidadas de cada ejercicio.

Cuando esta reserva llegue al cincuenta por ciento mencionado la sociedad no tendrá obligación de continuar llevando a esta cuenta el diez por ciento de las utilidades liquidadas. Pero si disminuyere, volverá a apropiarse el mismo diez por ciento de tales utilidades hasta cuando la reserva llegue nuevamente al límite fijado”
(El resaltado es nuestro).

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 del Código Contencioso Administrativo.