OFICIO 220-153427 DEL 11 DE AGOSTO DE 2016

ASUNTO: ALCANCES DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO DE COMERCIO -

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2016-01-366866, mediante la cual formula la consulta que enseguida será resumida a partir del siguiente planteamiento:

Caso Hipotetico

1. La sociedad "X" es una sociedad anónima que tiene un capital suscrito de \$ 6.000.000.000 y un patrimonio de \$ 250.000.000.000.
2. Dicha sociedad presentó pérdidas de \$ 50.000.000.000

Después de referirse al artículo 151 del Código de Comercio, como al concepto emitido por esta Oficina mediante Oficio 220-84230 del 24 de septiembre de 2012, pregunta:

1. Teniendo en cuenta el capital y el patrimonio de la sociedad X, y según el concepto emitido por la superintendencia de Sociedades así como la normatividad aplicable, ¿es viable realizar reparto de utilidades sin que se hayan enjugado la totalidad de las pérdidas de ejercicios anteriores?
2. En caso de que la respuesta anterior sea negativa, ¿en qué casos si es procedente realizar el reparto de utilidades sin haberse enjugado pérdidas de ejercicios anteriores?"

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.

Anotado lo anterior, antes que una respuesta puntual a sus preguntas, procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas, previa transcripción de la norma citada.

ARTÍCULO 151. DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES - PROCEDIMIENTO ADICIONAL. No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de

buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma.

Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital

PARÁGRAFO. Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital.

En primer lugar se tiene que de acuerdo con las reglas en materia de distribución de utilidades y en particular, las establecidas en el precepto legal invocado, una sociedad no puede repartir utilidades si tiene pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital social, advertencia expresa de que esta situación se verifica para todos los efectos, cuando a causa de las pérdidas, el patrimonio neto se reduzca por debajo del monto del capital.

Por consiguiente, si la sociedad presenta pérdidas, pero estas no afectan el patrimonio neto en la proporción referida, el máximo órgano social bien puede optar por no distribuir las utilidades y destinarlas a enjugar las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, o en su lugar dar vía libre para su distribución entre los asociados, teniendo en cuenta entre otros, las normas sobre mayorías previstas en el artículo 155 del Código citado y siguiendo los parámetros del artículo 451 ídem.

A ese propósito el artículo 456 del mismo código dispone que las pérdidas se enjugarán con las reservas que hayan sido destinadas para ese fin, y en su defecto con la reserva legal; adicionalmente la norma indica que cuando la reserva legal fuerte insuficiente para enjugar el déficit de capital, se emplearán para ese efecto los beneficios sociales de los ejercicios siguientes.

“ Para concluir es dable afirmar que los beneficios sociales de los ejercicios siguientes, de manera obligatoria están llamados a enjugar las pérdidas, cuando quiera que por causa de las mismas, el patrimonio de la sociedad sea inferior al capital social de la compañía; si esta situación no se da en la sociedad, las utilidades pueden ser repartidas a los accionistas, salvo que se acepte lo contrario, reuniendo las condiciones de convocatoria, quórum y mayorías exigidas por la ley y los estatutos.” (Oficio 220-84230 del 24 de septiembre de 2102)

Bajo los parámetros expuestos, es claro que al representante legal le corresponde evaluar la situación de la compañía en particular, entendiendo como fue advertido que los conceptos emitidos por este Despacho no tienen carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.