

OFICIO 220-233498 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2014

ASUNTO: DISTRIBUCION DE UTILIDADES- ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL

Me refiero a su escrito, radicado en esta Entidad con el número 2014- 01- 519711, mediante el cual formula una consulta sobre algunos aspectos relacionados con la distribución de utilidades, en los siguientes términos:

Qué respaldo legal tiene que la asamblea de una sociedad, pretenda crear una reserva con utilidades de 2014 para entregarla como dividendo de acciones preferenciales emitidas después en 2015, es decir, sobre acciones que no eran parte del capital que generó las utilidades a repartir, y afectando con ello el dividendo de las acciones ordinarias.

Al respecto, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas:

i) El artículo 155 del Estatuto Mercantil, modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995, preceptúa 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 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. (El llamado es nuestro).

Como se puede apreciar, la redacción de la norma es clara y significa que de las utilidades líquidas de cada ejercicio deberá repartirse por lo menos el 50%, salvo que los asociados dispongan lo contrario, en cuyo caso, se requerirá del voto afirmativo de un número plural de asociados, que representen por lo menos el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés que se encuentren representadas en la reunión en la que se pretenda aprobar dicho tema.

Sin embargo, mediante determinación contractual de los asociados se puede pactar dentro de los estatutos sociales una mayoría decisoria superior a la señalada para ese fin.

ii) La nueva norma pues, conserva la misma obligación que mencionaba el artículo 155 del Código de Comercio, en cuanto al porcentaje de utilidades líquidas que se deben distribuir, con la única diferencia de que para no efectuar en dichos términos el reparto, se requiere que la decisión se apruebe no ya con el 70% sino con el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés. Por lo demás, el artículo 240 no introduce ninguna otra modificación diferente a la que toca con la mayoría establecida en el artículo 155; de ahí que en lo relacionado con la distribución de utilidades se seguirán aplicando las disposiciones legales pertinentes, en concordancia con las que en materia de quórum y mayorías prevé la Ley 222 de 1995.

iii) Por virtud del artículo 240 de la Ley 222 ya citada, el artículo 454 del Estatuto Mercantil, no fue derogado ni modificado y tal regla permanece vigente en los mismos términos en cuanto a la obligación que establece para las sociedades anónimas de elevar al 70% el porcentaje de las utilidades líquidas a repartir, cuando la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasionales excediere del 100% de capital suscrito.

iv) El artículo 454 *ibídem*, hace alusión al artículo 155, ahora modificado por el artículo 240 de la Ley 222, para remitirse al porcentaje obligatorio de reparto que allí se estableció (50% de las utilidades), el cual debe ser incrementado al 70%.

v) El artículo 454 *ejusdem*, no se refiere a la salvedad de la determinación en contrario que ella en ese caso permite, bajo la condición de que la determinación se apruebe con la mayoría decisoria determinada, por lo cual no es viable inferir que dado el supuesto señalado pueda la asamblea con esa, ni con ninguna otra mayoría, modificar el porcentaje de las utilidades a distribuir, toda vez que el artículo 454 *op. cit.*, que, se repite, permanece indemne, es de estricto cumplimiento, pues participa de la naturaleza de las normas que llevan implícita la noción de orden público, como en otras oportunidades lo ha sostenido esta Entidad.

vi) De la preceptiva y doctrina expuestas, se colige 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.

vii) Con relación a la forma como se lleva a cabo la distribución de las utilidades, encontramos que la legislación mercantil, de manera clara y expresa dispone que realizadas las apropiaciones y las reservas a que hubiere lugar, debe necesariamente distribuirse entre los asociados, como mínimo el 50% de las utilidades, en el evento de que deban enjugarse pérdidas de ejercicios anteriores (Artículo 155 *ibídem*.), ó el 70% de las mismas, si se dan los presupuestos para ello (Artículo 454 *ídem*.), salvo que la asamblea general de accionistas o junta de socios, reunida conforme las normas legales respectivas y con el voto afirmativo de un número plural de asociados representantes del 78% de las cuotas representadas en la sesión correspondiente, si no se ha estipulado una mayoría superior, decida otra cosa.

viii) Ahora bien, el artículo 63 de la Ley 222 de 1995, expresamente señala que las acciones con derecho preferencial y sin derecho a voto "... darán a su titular el derecho a percibir un dividendo mínimo fijado en el reglamento de suscripción y que se pagará de preferencia respecto al que corresponda a las acciones ordinarias...", lo que significa que previa la cancelación de lo que corresponda a los accionistas poseedores de acciones ordinarias, debe cancelarse el derecho económico establecido, en los estatutos o en el reglamento de colocación de acciones, para los titulares de acciones con derecho preferencial y sin derecho a voto, en el entendido que la sociedad haya generado utilidades del ejercicio.

No de otra manera puede interpretarse, pues el término "dividendo" hace relación al resultado positivo obtenido por el ente económico como consecuencia de las operaciones realizadas durante el ejercicio, expresión que según el Diccionario de Términos Contables en Colombia, significa "utilidad del período" o el "resultado económico del ejercicio obtenido, al deducir los egresos totales de los ingresos totales del ente contable...".

ix) Con base en lo anteriormente expuesto, y para dar respuesta a la presente inquietud, se ha de concluir que si bien es factible establecer un dividendo mínimo a favor de las acciones preferenciales, lo que si no resulta posible es garantizar dicho dividendo si no hay utilidades para distribuir, pues tal como se manifestó, el derecho a percibirlo depende de que en el ejercicio contable respectivo se hubiesen generado utilidades.

Luego, en el caso planteado no es viable jurídicamente que la asamblea apruebe la constitución anticipada de una reserva con utilidades de 2014, para entregarla como dividendo de acciones preferenciales emitidas después del 2015, por cuanto, de una parte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Comercio, "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 podrá repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma". (El subrayo por fuera del texto original), es decir, que para tal efecto, la sociedad deberá hacer un balance general a fin de cada ejercicio o año calendario; y de otra, que si bien la ley permite que los asociados puedan constituir reservas ocasionales que consideren necesarias o convenientes, no es menos cierto que tales reservas solo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribución cuando resulten innecesarias, esto es, que dicha reserva tendría que utilizarse dentro ejercicio en el cual se haya decretado.

Además, el procedimiento descrito por el objetante, permitiría que el pago del dividendo de acciones preferenciales se hiciera extensivo a aquellas que no eran parte del capital que generó las utilidades a repartir, afectando en esta forma el dividendo de las acciones ordinarias, máxime si se tiene en cuenta que las utilidades de un ejercicio se deben repartir única y exclusivamente entre las acciones que al cierre contable respectivo conforman el capital social.

En los anteriores términos se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.