

**OFICIO 220-233721 DEL 09 DE DICIEMBRE DE 2020**

**ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE REFORMAS A LOS ESTATUTOS EN LAS S.A.S.**

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia, mediante la cual se solicita que se emita concepto sobre los aspectos que se mencionan a continuación:

*“UNA SAS QUE ACTUALMENTE TIENE UN CORTE ANUAL DE ESTADOS FINANCIEROS (HABITUAL) DESEA MODIFICAR SUS ESTATUTOS PARA INCORPORAR DOS CORTES EN EL AÑO. UN PRIMER PERÍODO ENTRE ENERO 1 Y DICIEMBRE 15 Y OTRO ENTRE DICIEMBRE 16 Y DICIEMBRE 31. LOS PERÍODOS CONTABLES FINANCIEROS SON ACEPTADOS POR LOS ACCIONISTAS Y SE MODIFICARÍAN LOS ESTATUTOS Y REGISTRO MERCANTIL. ¿ES JURÍDICAMENTE VIABLE?”*

*SI LO ANTERIOR ES VIABLE, CON LOS ESTADOS FINANCIEROS A DICIEMBRE 15 DE CADA AÑO, LA ASAMBLEA QUE APRUEBE ESOS ESTADOS FINANCIEROS, PODRÍA DISTRIBUIR LOS DIVIDENDOS CORRESPONDIENTES A ESAS UTILIDADES, CUMPLIENDO LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES DE CONVOCATORIA Y DEMÁS NORMAS DEL CO.CO. SOBRE LA MATERIA? CAMENTE POSIBLE EFECTUAR ESTE CAMBIO? ¿QUÉ RECOMENDACIONES DE PRECAUCIÓN SE DEBEN TOMAR PARA EVITAR PROBLEMAS JURÍDICOS?”*

Aunque es sabido, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco

pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Adicionalmente, debe precisarse que esta Oficina carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de las dependencias misionales de esta Superintendencia.

El caso a que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

Ha determinado esta Entidad lo siguiente:

*"(...) De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar "libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento", amén de la premisa general que el mencionado artículo 45 establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legal que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas y por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio, premisa de la cual debe concluirse que en principio son viables todas aquellas estipulaciones que resulten acordes con la voluntad de los socios, con la limitación de las normas imperativas consagradas en la ley (...)*

*Si bien no cabe duda que las SAS pueden estipular en sus estatutos condiciones distintas a las convencionales para la distribución de dividendos, es importante precisar que en todo caso la distribución podrá efectuarse, siempre y cuando no haya pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital en los términos que establece el artículo 150 del Código citado.*

*Así lo advirtió en su oportunidad esta Superintendencia en el Oficio 220-43149, publicado el 30 de octubre de 2001, al que se hizo referencia en el Oficio No. 220- 002957 del 16 de enero de 2009 ... "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..." (s.f.t.)*

*De lo expuesto anteriormente, es dable arribar a una primera conclusión, en el sentido de que aun cuando en la SAS sea viable acordar condiciones distintas a las generales que el Estatuto Mercantil prevé para la distribución de dividendos, lo cierto es que existe una premisa imperativa que se debe respetar, según la cual la utilidad a disposición de los socios, es la que resulta luego de que la compañía atienda todos los gastos y obligaciones que la ley ha impuesto sobre el flujo obtenido de la actividad comercial que realiza.*

*En efecto, los accionistas sólo cuentan realmente con utilidad, cuando la compañía ha cumplido con los intereses derivados de los préstamos financieros, lo que explica que en ningún caso podría pretender un accionista que se privilegie el reparto de su dividendo, sin que la sociedad haya descontado antes de su flujo el costo financiero. Tampoco puede repartirse el dividendo, si sobre la sociedad gravitan unos impuestos cuya base gravable es la utilidad operacional, o desconocer el costo de la depreciación de los activos que afectarán a futuro la operación de la empresa; como es obvio, cada uno de los cargos que se descuentan de la utilidad operacional, responde a garantías de permanencia de la sociedad a las cuales los accionistas deben ceder, frente a su interés de obtener beneficios derivados de su inversión.*

*Cuando se realiza una inversión el accionista debe considerar no sólo el marco estricto del negocio, sino cada una de las particularidades de la regulación interna que obligan a una sociedad a descontar de la utilidad operacional, conceptos que la ley ha considerado imprescindibles para la sociedad comercial y para la economía interna del país.*

*Así las cosas, se reitera que la utilidad a disposición de los socios, en concepto de este Despacho, es aquella que se obtiene una vez cumplidas cada una de las obligaciones que la ley impone tales como: gastos financieros, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. La utilidad en el estado financiero se refleja en el estado de resultado integral, concepto que será obligatoria para que el representante legal presente el proyecto de distribución de utilidades, en el entendido que sobre este tema no existe discrecionalidad que permita pactar regla alguna en los estatutos, porque como se ha dicho, responde a fines superiores al interés privado del accionista...”<sup>1</sup>*

1 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-041880 (21 de marzo de 2018). Asunto: Pago anticipado de dividendos en la SAS. (En Línea). Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-041880.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-041880.pdf). {30/11/2020}.

Ahora bien, la ley 222 de 1995 en su artículo 34 dispone que a fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. En esa medida y debido a que la ley no establece un máximo de cortes con los cuales se debe presentar la información financiera ni la periodicidad de la misma entre cada corte, se podría prever que en los estatutos se pacten los cortes de estados financieros que se requieran por una empresa, de acuerdo con sus necesidades.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1258 de 2008 señala lo siguiente: *“En todo caso las utilidades se justificarán en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente.”*

Así las cosas, es de reiterar lo señalado por la Entidad en los siguientes apartes:

*“(...) Por su parte, el artículo 151 del Código de Comercio dispone que: “...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.”<sup>2</sup>*

*“En este orden de ideas se advierte que en materia de utilidades la Ley 1258 se limitó a establecer que éstas se deberán justificar en todo caso en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados en los términos que el artículo 28 indica, lo que supone a su vez que sí hay libertad para fijar las condiciones que los socios a bien estimen sobre distribución y pago utilidades; en consecuencia, no habría óbice en concepto de este Despacho para acordar reglas que en ese sentido se aparten del precepto legal que exige distribuir y pagar las mismas dentro del año siguiente a la fecha en que sean decretadas, de manera que éste sólo tendrá aplicación en las condiciones que el artículo 156 del Código de Comercio indica, en la medida en que los estatutos no contengan estipulación en contrario.”*

2 Item.

*Precisando entonces que todos los asuntos que atañen al manejo y consiguiente reparto de utilidades en el caso de las SAS, debe sujetarse a las pautas que la legislación mercantil impone, primero para las sociedades anónimas y segundo para los demás tipos societarios en general, siempre que los estatutos de la misma no prevean otra cosa, se tiene que su distribución se habrá de efectuar con sujeción a las reglas consagradas en los artículos 150 y siguientes del Código de Comercio, lo cual implica que ésta en principio se deberá hacer en proporción al número de acciones suscritas de que cada uno de los accionistas sea titular y, según los porcentajes de las utilidades que haya lugar a repartir, en los términos del artículo 155 ibidem. (...)*

*A su turno, la Entidad ha reiterado igualmente su concepto en sentido de explicar que efectivamente el legislador confirió libertad total para contemplar diversas clases y series de acciones como de manera expresa advierte el artículo 10 de la mencionada ley, incluso distintas de las ya existentes y reguladas antes por el ordenamiento mercantil, libertad que se ve concretada en la posibilidad de fijar y establecer para estas acciones de origen contractual, los derechos y restricciones que los accionistas en ejercicio de la autonomía de la voluntad y, sin perjuicio de las normas de orden público y las buenas costumbres, consideren apropiados, lo que lleva a concluir que independientemente de la denominación que se adopte, es posible pactar modalidades especiales o atípicas de acciones cuyos derechos de voto y/o dividendos se sometan a unas condiciones que pueden apartarse incluso de las disposiciones legales que sobre el particular regula el Código de Comercio..(...)"<sup>3</sup>.*

*"(...) En este orden de ideas se advierte que en materia de utilidades, la Ley 1258 se limitó a establecer que éstas se deberán justificar en todo caso en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados en los términos que el artículo 28 indica, lo que supone a su vez que sí hay libertad para fijar las condiciones que los socios a bien estimen sobre distribución y pago de utilidades; en consecuencia, no habría óbice en concepto de este Despacho para acordar reglas que en ese sentido se aparten del precepto legal que exige distribuir y pagar las mismas dentro del año siguiente a la fecha en que sean decretadas, de manera que éste sólo tendrá aplicación en las condiciones que el artículo 156 del Código de Comercio indica, en la medida en que los estatutos no contengan estipulación en contrario." (negrilla fuera de texto).*

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-1099028 (12 de noviembre de 2012). Asunto: Reglas en materia de distribución de utilidades en las SAS. {En Línea}. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/32802.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32802.pdf). {30/11/2020}.

Si bien no cabe duda que las SAS pueden estipular en sus estatutos condiciones distintas a las convencionales para la distribución de dividendos, es importante precisar que en todo caso la distribución podrá efectuarse, siempre y cuando no haya pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital en los términos que establece el artículo 150 del Código citado.

Así lo advirtió en su oportunidad esta Superintendencia en el Oficio 220-43149, publicado el 30 de octubre de 2001, al que se hizo referencia en el Oficio No. 220- 002957 del 16 de enero de 2009 que su consulta cita: "...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...". (s.f.t.)

De lo expuesto anteriormente, es dable arribar a una primera conclusión, en el sentido de que aun cuando en la SAS sea viable acordar condiciones distintas a las generales que el Estatuto Mercantil prevé para la distribución de dividendos, lo cierto es que existe una premisa imperativa que se debe respetar, según la cual la utilidad a disposición de los socios, es la que resulta luego de que la compañía atienda todos los gastos y obligaciones que la ley ha impuesto sobre el flujo obtenido de la actividad comercial que realiza.

En efecto, los accionistas sólo cuentan realmente con utilidad, cuando la compañía ha cumplido con los intereses derivados de los préstamos financieros, lo que explica que en ningún caso podría pretender un accionista que se privilegie el reparto de su dividendo, sin que la sociedad haya descontado antes de su flujo el costo financiero.

Tampoco puede repartirse el dividendo, si sobre la sociedad gravitan unos impuestos cuya base gravable es la utilidad operacional, o desconocer el costo de la depreciación de los activos que afectarán a futuro la operación de la empresa; como es obvio, cada uno de los cargos que se descuentan de la utilidad operacional responde a garantías de permanencia de la sociedad a las cuales los accionistas deben ceder, frente a su interés de obtener beneficios derivados de su inversión.

Cuando se realiza una inversión el accionista debe considerar no sólo el marco estricto del negocio, sino cada una de las particularidades de la regulación interna que obligan a una sociedad a descontar de la utilidad operacional, conceptos que la ley ha considerado imprescindibles para la sociedad comercial y para la economía interna del país.

*Así las cosas, se reitera que la utilidad a disposición de los socios, en concepto de este Despacho, es aquella que se obtiene una vez cumplidas cada una de las obligaciones que la ley impone tales como: gastos financieros, impuestos, depreciaciones y amortizaciones.*

*La utilidad en el estado financiero se refleja en el estado de resultado integral, concepto que será obligatoria para que el representante legal presente el proyecto de distribución de utilidades, en el entendido que sobre este tema no existe discrecionalidad que permita pactar regla alguna en los estatutos, porque como se ha dicho, responde a fines superiores al interés privado del accionista.”<sup>4</sup>.*

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 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de 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.

4 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-072585 (26 de abril de 2016). Asunto: reglas en materia de distribución de dividendos en la S.A.S. {En Línea} Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-072585.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-072585.pdf). {01/12/2020}.