

OFICIO 220-041880 DEL 21 DE MARZO DE 2018

REF.: PAGO ANTICIPADO DE DIVIDENDOS EN LA SAS.

Me remito a su comunicación dirigida a la Superintendencia Financiera, la cual fue remitida por competencia a esta Superintendencia con Radicado No. 2018 – 01 – 046286, mediante la cual formula una consulta sobre el pago anticipado de dividendos en la Sociedad por Acciones Simplificada, la que plantea los siguientes aspectos:

1. ¿Es legal que se anticipe un 10%, 15% o 20% sobre un valor proyectado de generación de dividendo, a cada accionista?.
2. ¿Puede catalogarse el hecho relacionado anteriormente como una pirámide comercial y resultar involucrado en irregularidades financieras?.

Al respecto, es preciso advertir que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 del 2012, esta oficina absuelve las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias de su competencia, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Bajo ese presupuesto es pertinente efectuar las siguientes consideraciones jurídicas, a partir especialmente de la doctrina que esta Entidad ha sentado en torno a las sociedades reguladas por la Ley 1258 de 2008..

1. Respecto al tema de la distribución de dividendos en las sociedades por acciones simplificadas SAS, se ha manifestado:

“(…) 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. (Subrayado nuestro).

A ese respecto cabe señalar que esta Superintendencia mediante oficio 115-057151 del 31 de marzo de 2016, se pronunció sobre el tema de la “distribución de utilidades a los socios o accionistas bajo NIIF”, cuyo texto puede consultarse en la página WEB www.supersociedades.gov.co apartes del cual es pertinente traer a colación:

“(…)

Con la entrada en vigencia de los marcos de referencia contable bajo NIIF, el resultado del ejercicio se denomina “ganancia” o “pérdida”, según corresponda, y también está referida a la relación entre los ingresos y los costos y gastos del ente.

Así las cosas, para determinar cuál es la “utilidad” que, de conformidad con las normas internacionales de información financiera, queda a disposición de los socios para ser repartida, es indispensable hacer referencia a los resultados del período, de los cuales hacen parte los ingresos y gastos.

En relación con los ingresos, es necesario indicar que los marcos de referencia contable bajo NIIF establecen que éstos incluyen (i) los ingresos de actividades ordinarias propiamente dichos, (ii) las ganancias y (iii) las ganancias no realizadas.

Los ingresos de actividades ordinarias propiamente dichos surgen en el curso de las actividades ordinarias de la entidad y corresponden a una variada gama de denominaciones, tales como ventas, honorarios, intereses, dividendos, alquileres y regalías. Las “ganancias” son otras partidas que, de cumplir con la definición de ingresos, pueden o no surgir de las actividades ordinarias llevadas a cabo por la entidad.

Por lo anterior, la “ganancia” que está a disposición del máximo órgano social para ser repartida a título de dividendo, es la determinada como total del resultado del período, toda vez que como se indicó anteriormente, los componentes del ORI hacen parte del patrimonio, cuyos valores aún no se han realizado y por ende no son susceptibles de ser distribuidos entre los socios o accionistas....” (negrilla fuera de texto) (...)”¹.

Así las cosas se tiene que, aun cuando la ley 1258 de 2008, nada establece en particular sobre la distribución de utilidades, las reglas de remisión previstas en el artículo 45 de la mencionada ley, como ha reiterado esta Entidad, implican que la utilidad a disposición de los socios, es aquella que se obtiene una vez cumplidas cada una de las obligaciones que la ley impone como tales.

Sobre el tema de la distribución anticipada de utilidades, la Superintendencia ha precisado:

“(…) Con relación al punto anticipo de utilidades debo precisarle que tampoco es viable en ninguno de los tipos societarios, lo que incluye a las sociedades por acciones simplificadas, toda vez que ellas deben estar justificadas en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente (Artículo 28, inciso 2do. de la Ley 1258 de 2008).

1Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-072585 (21 de abril de 2016). Ref. Reglas en materia de distribución de dividendos en las SAS.. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-072585.pdf#search=220%2D072585

Sobre este asunto se precisa traer a colación el contenido del artículo 17 de la Ley 1258 Cit., que si bien dispone que la estructura orgánica de la SAS y normas sobre su funcionamiento pueden determinarse libremente en los estatutos, también determina que a falta de estipulación se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio que corresponden a la asamblea general de accionistas, entre las cuales se destaca “Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará”, serán ejercidas por el accionista único, si fuere el caso.

(…) En resumen de lo expuesto, en orden a precisar la respuesta a la inquietud planteada, frente a la falta de regulación estatutaria y teniendo en cuenta que no es un tema previsto en la Ley que crea la SAS, en aplicación a la preceptiva contenida en el Código de Comercio, las sociedades por lo menos una vez al año, a 31 de diciembre, deben cortar las cuentas y elaborar estados financieros conforme a las normas y reglas contenidas en el Decreto 2649/93, información que debe ser aprobada por el accionista único y el acta en la que conste tal aprobación debe asentarse en el libro respectivo, en esa mi misma oportunidad se dejara constancia del reparto de las utilidades, monto, forma y plazos para su cancelación…”

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.”

En conclusión, estima esta Entidad que mientras que no se hayan determinado las utilidades sobre un balance cierto y aprobado por el máximo órgano social, no se puede distribuir ningún valor bajo el concepto de utilidades, toda vez que antes de que finalice el ejercicio no existe certeza si habrán utilidades y cuál será su monto, por lo que si no son justificadas, mal podrían distribuirse de manera anticipada. Adicionalmente, tampoco procede dicho reparto si no se han enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores y menos aún, si no se hacen previamente las apropiaciones respectivas para las reservas, como lo establece el Código de Comercio.”²

Sin perjuicio de lo anterior es relevante la precisión efectuada mediante Oficio No. 115 – 204407 del 21 de septiembre de 2017, en el sentido de advertir *“Por lo tanto, en virtud del principio del buen juicio empresarial (“Business Judgement Rule”), la administración deberá velar por que la propuesta de distribución de utilidades no ponga en riesgo el capital financiero, ni la prenda general de los acreedores, con la consecuente descapitalización de la empresa, lo cual obliga a los administradores a estar debidamente informados financiera, jurídica y económicamente, así como del entorno en que se desenvuelve la sociedad en aras de su estabilidad.”*³

Por consiguiente, la distribución de utilidades se habrá de supeditar en todo caso a las reglas para ese fin estipuladas en los estatutos de la sociedad respectiva, amén de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1258 de 2008, los cuales deberán estar en concordancia con las disposiciones legales tantas veces señaladas.

2. En lo atinente a las actividades que constituyen captación ilegal, basta remitirse al artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, de acuerdo con el cual se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-003147 (21 de enero de 2015). Ref. DISTRIBUCIÓN ANTICIPADA DE UTILIDADES EN LA SAS. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-003147.pdf#search=pago%20anticipado%20de%20dividendos

3 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 115— 204407 (21 de septiembre de 2017). Ref. Distribución de Ganancias Acumuladas – Rad No. 2017-01-341759 del 28/06/2017.. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_contables/OFICIO%20115-204407%20DE%2021-09-2017.PDF

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean

individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982".

Así mismo, es importante observar que para los efectos previstos en la norma, el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008 dispone que la intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.

Por tanto ha de concluirse que en virtud de la norma antes transcrita deberá evaluarse cada caso particular, sin que pueda esta Superintendencia pronunciarse al respecto por vía de consulta.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, advirtiéndole que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.