

OFICIO 220-063775 DEL 13 DE ABRIL DE 2016

ASUNTO: EL PAGO DE UTILIDADES DE UN ACCIONISTA RESIDENTE COLOMBIANO, NO SE PUEDE HACER MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN DE UNA A INVERSIÓN QUE LA SOCIEDAD NACIONAL TENGA EN EL EXTERIOR.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2016-01-081041, mediante la cual consulta si “es legalmente factible que un residente colombiano, accionista de una sociedad domiciliada en Colombia, esta sociedad le pague dividendos mediante la sustitución (al accionista beneficiario del pago) de una inversión que la sociedad pagadora tiene en el exterior, debidamente registrada en el Banco de la República, siguiendo el procedimiento previsto en el numeral 7.3.5 (a) de la circular reglamentaria externa DCIN 83?.

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto 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.

Así, en lo que corresponde a los asuntos de tipo cambiario, la Entidad solamente ejerce las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el Exterior y Endeudamiento Externo, las que se cumplen dentro del grupo de Régimen Cambiario, relativas al Procedimiento sancionatorio.

No obstante lo anterior, en lo que atañe al pago de dividendos en una sociedad comercial, debe precisarse que desde **el punto de vista de la legislación mercantil**, el contrato de sociedad está definido por el artículo 98 del Código de Comercio, así:

“Contrato de sociedad- concepto - Persona jurídica distinta. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios”.

De la referida disposición se desprende que de la sociedad surge una empresa de colaboración en la que todos los socios persiguen una misma finalidad esencial cual es la obtención de utilidades repartibles entre todos ellos, derivadas de la actividad social que se construye a partir del pago de los aportes por cada uno de los socios al fondo social, y cuya distribución le corresponde a la asamblea o junta

de socios, con base en los estado financieros y de las cuentas que deban rendir los administradores .(artículo 187 del Código de Comercio numerales 2° y 3°).

En relación con el pago de dividendos el artículo 455 del Código de Comercio, establece:

“Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas. El pago del dividendo se hará en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago. No obstante, podrá pagarse el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten.

Parágrafo En todo caso, cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley, sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten”:

Del contenido de la norma transcrita, se desprende que excepcionalmente se podrá pagar el dividendo no en dinero sino en acciones, caso en el cual el legislador fue explícito en expresar que éste podría realizarse **con acciones de misma sociedad**; en tal virtud, mal podría la sociedad pagar el dividendo a un accionista, con los aportes que posea como inversión en el exterior.

Cabe observar que las inversiones cuando se trate de partes alícuotas de capital una sociedad tenga en el exterior, forman parte de sus activos sociales y sus rendimientos constituyen ingresos para la sociedad que desde luego, podrían hacer parte de las utilidades sociales siempre que después de hechas las reservas legal, estatutaria y ocasionales, así como las apropiaciones para el pago de impuestos, resulten dentro del estado de pérdidas y ganancias como utilidades.(artículo 451 del Código de Comercio).

Por lo anterior, a juicio de este Despacho el mecanismo de la sustitución de la inversión, no puede aplicarse para pagar utilidades a un accionista comoquiera que la ley previó de manera expresa las formas de llevar a cabo el pago.

Desde **el punto de vista del derecho cambiario**, debe tener en cuenta que la sustitución de la inversión colombiana en el exterior, conforme a los términos del numeral 7.3.5.1 de la Circular DCIN 083 del 8 de noviembre de 2013 y sus modificaciones, tiene lugar cuando hay cambio de los titulares de la inversión colombiana por otros inversionistas colombianos; cambio en la destinación o, en la

empresa receptora de la inversión, de acuerdo con el procedimiento cambiario, presupuestos por completo ajenos a las disposiciones mercantiles que regulan el reparto de utilidades de las sociedades comerciales.

En este sentido, la referida circular, en el citado numeral señala lo siguiente: “La sustitución de la inversión colombiana en el exterior deberá registrarse por el inversionista colombiano o su apoderado ante el DCIN del BR, con la presentación de una comunicación, dentro de un plazo máximo de 12 meses contados a partir del cambio de la titularidad de la inversión en la empresa receptora del exterior o del cambio de la empresa receptora del exterior, según corresponda. Cuando se trate de la sustitución por cambio de los titulares de la inversión colombiana por otros inversionistas colombianos, el registro deberá solicitarse por el inversionista cedente y cesionario o sus apoderados.”

En los anteriores términos su solicitud se ha atendido con los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.