

OFICIO 220-111374 DEL 25 DE AGOSTO DE 2015

ASUNTO: PAGO DE DIVIDENDOS EN ESPECIE DISTINTAS A LAS PARTICIPACIONES.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2015-01-318644, mediante la cual formula una consulta que se resume así:

Revisando las normas sobre distribución de utilidades en sociedades mercantiles y específicamente para el caso de las S.A.S., me surge la siguiente inquietud:

¿es posible que la sociedad reparta utilidades a sus socios no distribuidas desde hace 10 años con la entrega del inmueble donde se encuentra el domicilio social?

De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior ¿a qué título se hace el negocio jurídico? ¿puede hablarse por ejemplo de dación en pago?

Se menciona la dación en pago en la medida que al decretar utilidades, surge un pasivo de la sociedad hacia los socios y, no habiendo liquidez en el corto plazo para el pago, se procede con la entrega del mencionado inmueble para el pago de la obligación”.

Sobre el particular, me permito señalar que en ejercicio del derecho de petición, en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades emite un concepto u opinión general y abstracto sobre las materias a su cargo, mas no es la instancia para resolver asuntos de carácter particular, razón por la cual sus respuestas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Consecuente con lo anterior, es dable advertir que para el caso de las SAS la Ley 1258 de 2008, sólo se refiere a este punto en el párrafo segundo del artículo 28, al decir:

" ...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"

De ahí que según doctrina de esta Superintendencia, en materia de distribución de utilidades para las SAS aplicarán las reglas que los asociados determinen libremente en los estatutos dentro del marco de la autonomía de la voluntad y solamente en silencio de aquellos, serán aplicables las reglas contenidas en el Código de Comercio para las sociedades tradicionales, según lo dispuesto en el artículo 45 de la propia Ley 1258. Es así que en cuanto a las reglas generales para el pago de las utilidades, independientemente del tipo societario adoptado, se tiene:

1 Las utilidades deben distribuirse a los asociados cuando se encuentren debidamente justificadas con balances reales y fidedignos, previa aprobación del máximo órgano social. La distribución se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato social no se ha previsto otra cosa (artículos 150,151, y 451 del Código de Comercio y 240 de la Ley 222 de 1995).

2 El pago se debe realizar en dinero en efectivo, en las épocas en que lo decida el máximo órgano social, atendiendo que las sumas debidas, forman parte del pasivo externo de la compañía y deben ser pagadas dentro del año siguiente a la fecha en que fueron decretadas (156 del citado código).

3 La legislación mercantil en su artículo 455 dispone que “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, solo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten”. No obstante, si una sociedad se encuentra sometida a control de la Superintendencia de Sociedades, “solo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad a los socios que así lo acepten”.

4 De conformidad con lo expuesto, esta Superintendencia ha concluido de manera reiterada que bajo unas condiciones especiales, resulta viable el reparto de utilidades o dividendos en especie, bien sea en el caso de sucursales extranjeras a su matriz o, de sociedades nacionales. Al respecto pueden consultarse en la WEB Oficios 220-031783 del 20 de Febrero de 2011, 220-143915 del 18 de octubre de 2013 y Oficio N° 220-180473 del 4 de noviembre de 2014 emitidos por esta Entidad, donde se ha expresado “Es claro que la regla general de distribución de dividendos ha previsto el pago en especie, en participaciones, sin embargo a juicio de esta Oficina es posible hacer el pago en bienes en especie, distinto a las acciones, siempre que los accionistas de manera expresa acepten que les sea entregado un bien distinto al dinero en efectivo y que la asamblea al determinar el dividendo haya previsto esta posibilidad para el pago”.

5 Así para el pago de dividendos en especie distinta de las acciones, cuotas o partes de interés, independientemente de la mayoría que se obtenga, en concepto de esta Entidad es necesario que la administración presente un estudio previo sobre la conveniencia de dicha operación, que consulte el estado actual de la compañía; que el órgano rector determine cuál es el rumbo que quiere dársele a la misma, y si la prenda general de los acreedores queda debidamente garantizada, en el evento de existir deudas con terceros, al entregarse la propiedad de bienes a los asociados.

Y es que el pago de dividendo en especie bajo ningún punto de vista puede afectar los activos que le generan ingresos al ante jurídico, atendiendo que primero se deben salvaguardar los intereses económicos de la compañía. Hay que hacer hincapié que los administradores deben buscar esencialmente incrementar el patrimonio social o al menos mantenerlo, considerando que cualquier actuación dolosa o culposa, conlleva la responsabilidad solidaria e ilimitada de los mismos, por los perjuicios ocasionados a la sociedad, socios y terceros (artículos 23 y 24 de la Ley 222 de 1995).

6 Apartados de si el pago del dividendo en especie, se considera una dación en pago, apreciación que esta Entidad no comparte, como quiera que para ese fin debe existir en primer lugar una deuda y en segundo lugar un cambio en la forma de pago inicialmente pactada de común acuerdo entre las partes, hay que tener presente, de un lado el compromiso de los administradores de acatar los principios de contabilidad generalmente aceptados, que imponen a todas las sociedades la obligación de celebrar por lo menos una vez al año reuniones del máximo órgano social para aprobar los estados financieros de fin de ejercicio, los cuales deben ir acompañados, entre otros documentos, del proyecto de distribución de utilidades y, de la otra parte que, en todo caso, no podrán repartirse mientras no hayan sido enjugadas las pérdidas de ejercicios anteriores si las hubiere.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, e igualmente que en la Web puede consultar directamente la normatividad, como los conceptos jurídicos emitidos por la Superintendencia y la Cartilla sobre SAS, entre otros.