



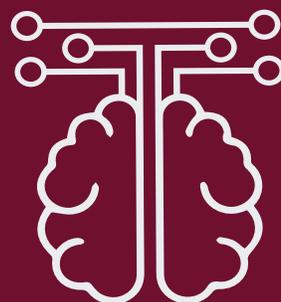
Superintendencia
de Sociedades



PAUTA LEGAL NÚMERO 10:

SOBRE LAS UTILIDADES SOCIALES

Tesauro



PAUTA LEGAL NÚMERO 10: SOBRE LAS UTILIDADES SOCIALES

PREGUNTA PROBLEMA: ¿Cuál es la mayoría requerida para aprobar la distribución de utilidades y si también sería predicable a las acumuladas de ejercicios anteriores?

- ¿En general, cómo es el régimen legal aplicable a las reservas, a las utilidades y a su distribución?

PAUTA LEGAL: La redacción del artículo 155 del Código de Comercio ha generado diferentes posturas, por cuanto si se aplicara una interpretación literal exegética, la mayoría para aprobar cualquier distribución de utilidades sería como mínimo del setenta y ocho por ciento (78%) de las alícuotas presentes o representadas en la reunión, ya que en estricto sentido el legislador no hizo distinción alguna.

No obstante, la doctrina mayoritaria ha logrado consolidar una interpretación sistemática y más armónica entre los dos incisos en la que se sostiene que, de acuerdo con el artículo 155 del Código de Comercio, salvo que en los estatutos se fijare una mayoría superior, la distribución de utilidades la aprobaría el máximo órgano social (asamblea general de accionistas o la junta de socios) con el voto favorable de un número plural de socios que represente, cuando menos, el setenta y ocho por ciento (78%) de las acciones, cuotas o partes de interés presentes en la reunión, en el evento en que se fuere a distribuir por debajo del reparto mínimo legal, el cual corresponde al cincuenta por ciento (50%) de las utilidades líquidas o de su saldo, si se tuviere que enjugar pérdidas.

Ahora bien, **de acuerdo con el artículo 454 del Código de Comercio, si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasional excediere el monto equivalente al cien por ciento (100%) del capital suscrito, el porcentaje mínimo obligatorio de utilidades líquidas que habría que repartir se incrementaría al setenta por ciento (70%).**

En ese orden de ideas, si no se lograre la mayoría calificada del setenta y ocho por ciento (78%) de las acciones, cuotas o partes de interés presentes en la reunión, forzosamente habría que repartir los topes mínimos legales; es decir, el cincuenta por ciento (50%) o el setenta por ciento (70%) de las utilidades líquidas o su saldo, según corresponda.

Luego, si se va a distribuir más del cincuenta por ciento (50%) o del setenta por ciento (70%) de las utilidades líquidas o de su saldo, según corresponda, sólo se requeriría de la mayoría simple, salvo que en los estatutos se hubiere pactado una mayoría superior.

En consecuencia, si no se repartió el porcentaje mínimo de utilidades previsto en el mencionado artículo 155, (equivalente por lo menos al 50% de las utilidades líquidas o de su saldo, o al 70% en los eventos contemplados en el artículo 454 del Código de Comercio) tendría que haberse aprobado la respectiva decisión con las mayorías calificadas antes mencionadas del setenta y ocho por ciento (78%) de las acciones, cuotas o partes de interés presentes en la reunión y, de no cumplirse, la decisión sería nula según las previsiones del

artículo 190 del Código de Comercio para las sociedades que les aplique tal artículo como serían la colectiva y la sociedad en comandita simple; o, ineficaz frente a las compañías que les aplique el artículo 433 del Código de Comercio; es decir: i) Anónima; ii) Sociedad en comandita por acciones, por remisión directa de los artículos 349 y 352; iii) Sociedad de responsabilidad limitada, por remisión directa del artículo 372; y, iv) Sociedad por acciones simplificada, por remisión directa del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008. Si se desea profundizar sobre este aspecto, remitimos a la **PAUTA LEGAL NÚMERO 1: INOBSERVANCIA DE LAS MAYORÍAS EFECTOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y EN LOS DEMÁS TIPOS SOCIETARIOS APLICABLES POR REMISIÓN DIRECTA**, en donde se exponen los argumentos a favor y en contra.

No sobra aclarar que la aplicación del artículo 433 del Código de Comercio a la sociedad anónima y a los demás tipos societarios que por remisión directa les correspondería (sociedad por acciones simplificada, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones), sólo es respecto de la sanción de ineficacia como claramente así lo consagró el legislador en cuanto a lo que contraría dicha Sección I en lo concerniente a la adopción de las decisiones; **por lo tanto, la causal de nulidad por exceder los límites del contrato social contemplada en el artículo 190 del Código de Comercio, continuaría plenamente aplicable a todos los tipos societarios sin distinción alguna, dado que tal aspecto no fue previsto en la mencionada Sección I (artículos 419 a 433 del Código de Comercio).**

La interpretación anterior en cuanto a la procedencia de aplicar el artículo 433 por remisión directa fue reconocida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, entre otros, en los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia del 10 de julio de 2009, Magistrado Ponente Antonio Álvarez Gómez, proceso abreviado número 478-2000 de Germán Alfonso y Cia. Ltda. contra Makro Cómputo SA.
- Sentencia del 3 de diciembre de 2018, Magistrado Ponente Marco Antonio Álvarez Gómez;
- Sentencia del 14 de marzo de 2019, Magistrado Ponente Jorge Eduardo Ferreira Vargas;
- Sentencia del 30 de mayo de 2019, Magistrado Ponente José Alfonso Isaza Dávila, con radicado número 110013199002-2018-00180-01, expediente 4812, la cual REVOCÓ PARCIALMENTE el fallo de primera instancia;
- Sentencia del 4 de junio de 2019, Magistrado Ponente Julián Sosa Romero, con radicado número 110013103002201700381-01;
- Sentencia del 4 de julio de 2019, Magistrado Ponente Jorge Eduardo Ferreira Vargas; entre otros.
- Sentencia del 15 de octubre de 2020, Magistrado Ponente Ricardo Acosta Buitrago, número 11001-31-99-002-2019-00314-01;
- Sentencia del 27 de mayo de 2021, Magistrada Ponente María Patricia Cruz Miranda, con número de radicación 002 2019 00067 02.

Ahora bien, resulta viable la creación de reservas ocasionales siempre que: i) Se cumplan con las condiciones estatutarias o legales aplicables; ii) Se encuentren debidamente justificadas; y, iii) Para cierta parte de la doctrina y en algunas sentencias, se respete el

reparto mínimo de utilidades legalmente previsto (artículos 155 y 454 del Código de Comercio), para evitar que se desconozca el derecho esencial de los socios de percibir las utilidades obtenidas como consecuencia del aporte que efectuaron para conformar el capital social, ya que la disposiciones señaladas buscan proteger al socio minoritario al salvaguardar su derecho a percibir las utilidades, con el fin de que no resulte nugatorio; de ahí la exigencia de la mayoría calificada si no se reparte el mínimo legalmente establecido.

Sin menoscabar los derechos que les asisten a los socios, no se debe perder de vista las normas que regulan en las sociedades anónimas el reparto de las utilidades, (artículos 451 y siguientes de la referida codificación), dado que, según el orden legal establecido, después de efectuar la reserva legal, la estatutaria (si la hubiere) y la ocasional (si se llegare a adoptar), así como las apropiaciones para el pago de los impuestos, **es que procedería el reparto, siendo en esta última decisión en donde se debe respetar la mayoría calificada del artículo 155 (eventualmente con las exigencias del 454) del Código de Comercio.**

En efecto, siguiendo el orden legal de los artículos, después de lo concerniente a la reserva legal (artículo 452), continúa la regulación respecto de las reservas estatutarias y ocasionales referidas estas últimas únicamente al ejercicio en el cual se realicen (artículo 453) y después aparece la consagración del reparto de las utilidades, indicando expresamente el artículo 455 que: *“Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas. (...)”* y es a esa decisión a la que se le aplicaría las mayorías calificadas antes indicadas.

Por consiguiente, salvo que en los estatutos se hubiere pactado una mayoría superior, la decisión relativa a la aprobación de los estados financieros y a la eventual creación de una reserva ocasional, si se llegare a proponer, se adoptaría con la mayoría ordinaria, es decir con la mayoría de los votos presentes, porque no hacen parte de las tres excepciones legales taxativamente establecidas en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

Entonces, una vez adoptadas tales determinaciones, lo referente al reparto de las utilidades líquidas para decretar el dividendo, sí requería de la mayoría calificada del setenta y ocho por ciento (78%) si se va a distribuir menos del cincuenta por ciento (50%) o del setenta por ciento (70%), según corresponda, de las utilidades líquidas del ejercicio contable que se está considerando o de su saldo, como explícitamente lo mencionan las normas antes referidas.

Con lo anterior no se está avalando decisiones abusivas o repartos arbitrarios, ya que podría suceder que se propusiere apropiar utilidades con el fin de constituir, por ejemplo, una pretendida reserva ocasional *“para futuros repartos”* o con términos similares, lo cual en rigor no constituiría realmente una reserva y, por ende, no sería procedente por cuanto: i) Su destinación no sería específica ni especial (artículo 154 del Código de Comercio); ii) No se cumpliría con los fines de necesidad o conveniencia exigidos en el citado artículo 154, por lo que no tendría la naturaleza de previsibilidad que es propia de las reservas; y iii) Es posible que con ello se pretendiera reducir artificialmente el monto de dividendos por distribuir al

buscar constituir esa supuesta reserva, lo cual vulneraría la finalidad para la cual se supone que se crea.

En otras palabras, crear o incrementar reservas ocasionales es legalmente permitido si se observan las condiciones legalmente exigidas, a saber: i) Que se sustenten en balances fidedignos; ii) Que provengan de utilidades líquidas; iii) **Que el máximo órgano social sea quien lo decida por la mayoría estatutaria prevista o, en su defecto, por la legal ordinaria aplicable de manera supletiva;** iv) Que se justifique su finalidad por razones de necesidad o conveniencia, teniendo por tanto una destinación especial; v) Que su naturaleza sea de provisión, previendo escenarios futuros eventualmente desalentadores o menos afortunados, o por el acaecimiento de circunstancias adversas extraordinarias; y, vi) Que no cuente con una periodicidad, por lo que sólo aplicaría para el ejercicio en el cual hubiese sido aprobada; en otras palabras, no se trata de una reserva permanente (como sí ocurre con la reserva legal y las estatutarias); por ello el máximo órgano social puede modificar su finalidad si, por ejemplo, ya fue superado el objetivo buscado y, en consecuencia, no resultan necesarias, para que verbi gratias sean repartidas entre los socios, teniendo presente que, mientras no se apruebe dicha modificación o supresión, la reserva se mantendría incólume.

En ese orden de ideas, si la constitución de la reserva ocasional no cumple con las condiciones antes señaladas se trataría de una decisión abusiva y, como tal, se podría ejercer la acción correspondiente para impedir una arbitrariedad, sin que por ello, se pueda hacer extensiva la mayoría calificada excepcionalmente prevista, porque la protección del socio minoritario sigue estando presente, por una parte, en el carácter general de las decisiones que deben ser en interés de la sociedad y de los socios, impidiendo la desviación en el debido ejercicio del derecho al voto, frente a lo cual se podría solicitar la declaratoria de nulidad y la eventual indemnización de perjuicios (artículo 24 numeral quinto literal e) del Código General del Proceso); y, por la otra, en la mayoría calificada aplicable a la aprobación del reparto como tal.

De otro lado, es cierto que el artículo 155 del Código de Comercio no hizo distinción alguna en cuanto a si se refiere únicamente a las utilidades del ejercicio cuyos estados financieros el máximo órgano social está considerando, o si también pudiese aplicar a las utilidades acumuladas provenientes de ejercicios anteriores; y, aunque existen decisiones judiciales proferidas por la Superintendencia de Sociedades sosteniendo que la exigencia legal aplicaría a todas las utilidades, tanto las del ejercicio que se está conociendo como a las acumuladas, el intérprete no puede efectuar una distinción que el legislador no hizo y, además, porque resulta más garantista con los socios minoritarios -que es lo pretendido por el legislador-, (Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 16/01/2019), **respetuosamente disintimos de esa decisión por cuanto:**

- I) Las utilidades acumuladas se formaron en ejercicios anteriores, los cuales en su momento ya fueron considerados, decididos y aprobados;
- II) Así como, mientras no se adopte la respectiva decisión por el máximo órgano social la reserva ocasional se conserva sin alteración, en igual sentido estarían las

- utilidades acumuladas que, por las mayorías que en su momento se adoptaron, quedaron sin distribuir, lo cual no significa que los socios hayan renunciado a su derecho a percibir las, más aun teniendo presente que en su momento se debió aprobar con las mayorías calificadas exigidas, habiendo sido por tanto una decisión válidamente adoptada;
- III) Si bien es cierto que la norma de la parte general, artículo 155 del Código de Comercio no hizo distinción alguna, no es menos cierto que en las normas especiales de la anónima, cuya aplicación es preferente -según se explicó- a todos los tipos societarios (salvo a las sociedades colectivas y en comandita simple frente a las reuniones del máximo órgano), sí se circunscribe al ejercicio en el cual se estaría constituyendo la reserva y quedando el remanente para repartir, lo cual resulta armónico porque en la oportunidad debida se debieron tener en cuenta todas esas consideraciones y, por ello, fueron adoptadas las correspondientes determinaciones, las cuales posteriormente no podrían desconocerse;
- IV) **Lo anterior no obsta para que, en una reunión ordinaria -si así se decidiera- o en una extraordinaria en donde expresamente se coloque en el orden del día, se proponga volver a considerar sobre la distribución de tales utilidades acumuladas, para lo cual se estaría a las mayorías comunes y no habría que surtir nuevamente la aprobación de los estados financieros y demás requisitos** (como, por ejemplo, el derecho de inspección, el cual no reviviría dado que debió haberse agotado en el ejercicio correspondiente), por cuanto en su momento todo ello se surtió en debida forma, así que, como cualquier decisión, se sometería a la deliberación del máximo órgano y la determinación que se adopte deberá ser legítima, sin perder de vista los intereses de los socios y de la sociedad, sin que haya lugar a un ejercicio abusivo del derecho al voto, so pena de incoar la acción antes mencionada para evitar arbitrariedades.

Para mayor claridad se recuerda que la reserva legal ha sido consagrada por el legislador como un mecanismo de protección del patrimonio social para enjugar posibles pérdidas en los ejercicios futuros, conformándose mediante la apropiación del diez por ciento (10%) de las utilidades líquidas de cada ejercicio hasta llegar a un monto que corresponda al cincuenta por ciento (50%) de la cifra del capital suscrito; a partir de ese momento no sería obligatoria sino potestativa dicha apropiación (como una reserva ocasional); pero, si el referido monto llegare a disminuir porque se tuvo que enjugar pérdidas, volvería a efectuarse la apropiación obligatoria hasta el tope señalado (artículo 452 del Código de Comercio).

Así mismo, lo que exceda el tope legal, su destinación se encontraría a discreción del máximo órgano sin que dicho exceso se encuentre sujeto a las restricciones de la reserva legal (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 10 de septiembre de 1982, expediente 3734, Consejero Ponente Samuel Buitrago Hurtado). Por lo tanto, observando las condiciones estatutarias y legales, tales excedentes podrían capitalizarse, si así lo decidiere el máximo órgano (Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-40906 del 19 de junio de 2003 y Oficio 220-097457 del 22 de junio de 2014, entre otros.).

Por consiguiente, la apropiación de la reserva legal se realiza antes de la distribución de utilidades, siendo obligatoria para: i) Las sociedades anónimas (artículo 452); ii) Las de responsabilidad limitada (artículo 371); iii) Las sociedades en comandita por acciones (artículo 350) y, iv) Las sucursales de sociedades extranjeras (artículo 476 del Código de Comercio).

En lo que concierne a las reservas ocasionales (cuya fuente no es legal ni estatutaria), deben estar respaldadas en los estados financieros y, aunque no requieren ser justificadas ante la Superintendencia de Sociedades, el máximo órgano social debe ser consciente de sus implicaciones, porque con su constitución los socios estarían renunciando total o parcialmente a las utilidades que les corresponderían a favor de la sociedad, fortaleciéndola patrimonialmente al dotarla de recursos o de liquidez para la consecución de los objetivos que se hubieren fijado, evitando apalancarse en terceros, siendo obligatoria únicamente respecto del ejercicio para el cual fue aprobada y, así permanecerá hasta que cumpla su objetivo o el máximo órgano no la modifique su destinación o se decida su distribución porque ya no se necesite (artículo 453 del Código de Comercio). (Superintendencia de Sociedades, Oficios 220-28308 del 29 de mayo de 1998 y Concepto 220-210006 del 20 de diciembre de 2018).

FUENTE LEGAL:

- Código de Comercio artículo 154.
- Código de Comercio artículo 155 (modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995).
- Código de Comercio artículo 190.
- Código de Comercio artículo 341.
- Código de Comercio artículo 349.
- Código de Comercio artículo 350.
- Código de Comercio artículo 352.
- Código de Comercio artículo 371.
- Código de Comercio artículo 372.
- Código de Comercio artículo 433
- Código de Comercio artículo 452.
- Código de Comercio artículo 454.
- Código de Comercio artículo 476.
- Ley 1258 de 2008 artículo 45.
- Circular D-001 del 2 de enero de 1980 de la Superintendencia de Sociedades numeral primero.

FUENTE JURISPRUDENCIAL:

- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 10 de septiembre de 1982, expediente 3734, Consejero Ponente Samuel Buitrago Hurtado.
- Corte Constitucional, Sentencia del 6 de julio de 2005, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente número D-5577.

FUENTE DOCTRINAL:

- José Ignacio Narváez, Teoría General de las Sociedades, 1996, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, séptima edición, páginas 167 a 181.

- Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 2006, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, páginas 463 a 496.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio número 15378 del 29 de agosto de 1977.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio número 04021 del 20 de marzo de 1978.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio número 210-50501 del 15 de septiembre de 1995.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-28308 del 29 de mayo de 1998.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio número 220-77933 del 17 de agosto de 1999.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-40906 del 19 de junio de 2003.
- Superintendencia de Sociedades, Resolución número 312-002439 del 31 de octubre de 2003.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-097457 del 22 de junio de 2014.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-47570 del 30 de marzo de 2015.
- Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-210006 del 20 de diciembre de 2018.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio número 220-027171 del 3 de abril de 2019.
- Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-075613 del 12 de abril de 2023.

- **REFERENCIAS A PAUTAS LEGALES**

SENTENCIAS AFINES:

1. Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 28/04/2015, número del proceso 2014-801-114, número del radicado 2015-01-213523.
2. Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 28/04/2015, número del proceso 2014-801-113, número del radicado 2015-01-213813.
3. **PARCIALMENTE:** Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 16/01/2019, número de proceso 2017-800-00249, número de radicado 2019-01-008779.

SENTENCIAS DISCORDANTES:

- **PARCIALMENTE:** Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 16/01/2019, número de proceso 2017-800-00249, número de radicado 2019-01-008779.



**Superintendencia
de Sociedades**



Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

601- 324 5777- 220 1000

Centro de fax

601-220 1000, opción 2 / 601-324 5000

Avenida El Dorado No. 51 - 80

Bogotá - Colombia

Horario de atención al público

Lunes a viernes 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

webmaster@supersociedades.gov.co



www.supersociedades.gov.co