

OFICIO 220-047570 DEL 30 DE MARZO DE 2015

Ref: DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADE DE EJERCICIOS ANTERIORES

Respetada doctora:

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2015-01-040725, mediante la cual transcribe el texto del artículo 151 del Código de Comercio y a renglón seguido formula la siguiente consulta:

(...)

“Los balances reales y fidedignos son aquellos llevados conforme a las normas contables vigentes. Ante situaciones como por ejemplo que se lleve la contabilidad regularmente de una sociedad únicamente a partir del año 2012 con la respectiva aprobación de los mismos en la junta ordinaria de socios,

1. Se pueden repartir utilidades de los períodos anteriores al año 2011, así no hayan sido aprobados por la asamblea ordinaria?
2. En caso de que no sea posible el reparto de utilidades conforme a lo preguntado anteriormente, cuál sería el procedimiento para realizar el reparto de utilidades?
3. Se pueden repartir utilidades por los períodos posteriores al año 2011, donde han sido aprobados los estados financieros en la asamblea ordinaria?
4. Puede haber oposición al reparto de utilidades por el socio minoritario que representa el 0.3% de las cuotas sociales en una sociedad de responsabilidad limitada donde solo existen dos socios?
5. En caso de que la oposición no permita la aprobación del reparto de utilidades, qué tipo de acción tendría el socio mayoritario contra el minoritario? ”

Antes que una respuesta puntual a los interrogantes formulados, es pertinente poner en contexto el marco legal dentro del cual se regula el tema de la distribución de utilidades, en el entendido que el planteamiento descrito no ofrece los elementos de juicio suficientes para determinar de manera objetiva bajo qué circunstancias se hayan verificado los hechos materia de la situación que motiva su interés, ni sobre qué bases se estime la calidad e idoneidad de la información financiera a que hace referencia, máxime lo abstracto que resulta el concepto de la contabilidad irregular, que puede significar que la misma presente errores en cálculos aritméticos o de otra índole; o que se trata de errores de magnitud tal que dé origen a estados financieros desfasados de la realidad, que hagan necesario corregir la contabilidad y emitir nuevos estados financieros en cuyo caso se debe

contar con aprobación del máximo órgano social, atendiendo que si la corrección implica la anulación de los folios, en algunos eventos es preciso reabrir los libros del respectivo año, efectuar las correcciones, realizar un nuevo cierre, volver a emitir estados financieros y someterlos a consideración del órgano social y demás requisitos previstos en el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993, por mencionar sólo algunas eventualidades implícitas en el concepto de irregularidad predicable de la contabilidad, de las que se derivan efectos jurídicos y contables diferentes y, ante las cuales se exigen soluciones legales también diferentes.

Del tema en particular de la corrección de errores en registros contables de ejercicios anteriores, se ocupa entre otros el Oficio 115-023017 del 16 de abril de 2010, que se encuentra publicado en la P. WEB.

1. Marco normativo en materia de utilidades Sociales.

Para el efecto hay que armonizar en conjunto las disposiciones mercantiles como las de carácter contable sobre la materia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 del Código de Comercio, el máximo órgano social de toda compañía, se debe reunir en sesión ordinaria una vez al año, en la época fijada en los estatutos de la misma, con el fin de tratar el temario indicado en el Artículo 422 íbidem – considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades-

Así entre las normas sobre relativas a balances y dividendos que consagran los artículos 445 y siguientes del Código de Comercio aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada por disposición del artículo 371 íbidem, los artículos 445 y 446, establecen que a más tardar, a 31 de diciembre de cada año las sociedades deberán cortar sus cuentas y producir el balance general, con el fin de ponerlo a consideración del órgano rector para su aprobación o improbación, acompañado entre otros documentos, del proyecto de distribución de utilidades repartibles – num. 2 art. 446 en concordancia con el num. 3 del art. 187 íbidem-

El artículo 450 íbidem, indica que al final de cada ejercicio se producirá el estado de Pérdidas y Ganancias... “ Para determinar los resultados definitivos de las operaciones realizadas en el respectivo ejercicio...”

A ese propósito el artículo 451 del mismo Código dispone “con sujeción a las normas generales sobre distribución de utilidades consagradas en este libro, se repartirán entre los accionistas la utilidades aprobadas por la asamblea justificadas por balances fidedignos” después de hechas las reservas correspondientes, lo que remite entre otros a los artículos 151 y 155, a cuyo texto se tiene:.

ARTÍCULO 151. DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES- PROCEDIMIENTO ADICIONAL. 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.

(...)"

ARTÍCULO 155. MAYORÍA PARA LA APROBACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES. Subrogado por el art. 240, Ley 222 de 1995. "Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores."

Por su parte el artículo 34 de la ley 222 de 1995, establece que, al finalizar cada ejercicio y por lo menos una vez al año el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas, preparar y difundir estados financieros de propósito general debidamente certificados.

El artículo 46 de la citada ley, consagra que terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea para su consideración, los siguientes documentos:

1. Un informe de gestión.
2. Los estados financieros de propósito general, junto con sus notas, cortados a fin del respectivo ejercicio. Conc.: D.R. 2649/93, art. 21.
3. Un proyecto de distribución de las utilidades repartibles.

Así mismo presentarán los dictámenes sobre los estados financieros y los demás informes emitidos por el revisor fiscal o por contador público independiente. Conc: artículos 208, 291, 446 C.de Cio. Ley 222 de 1995, artículo 47.

"Estados financieros de propósito general: Son aquellos que se preparan al cierre de un período para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo

principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta.

Están conformados por los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados.

Estados financieros básicos

1. El balance general.
2. El estado de resultados.
3. El estado de cambios en el patrimonio.
4. El estado de cambios en la situación financiera.
5. El estado de flujos de efectivo. Las notas son parte integral de todos y cada uno de los estados financieros.

Los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubiesen asentado los comprobantes.

Los libros deben conformarse y diligenciarse en forma tal que se garantice su autenticidad e integridad.

Cada libro, de acuerdo con el uso a que se destina, debe llevar una numeración sucesiva y continua..

Las partidas asentadas en los libros de resumen y en aquel donde se asienten en orden cronológico las operaciones, deben estar respaldadas en comprobantes de contabilidad elaborados previamente (Decreto 2649 de 1993, artículo 22)

2. Procedencia de la distribución de utilidades.

De conformidad con las disposiciones invocadas se tiene que si bien es una facultad privativa del máximo órgano social, la distribución de las utilidades sociales está supeditada al cumplimiento de una serie de formalidades y requisitos de carácter imperativo exigibles a todos los tipos, en especial, que éstas se hallan justificadas por balances reales y fidedignos, para lo cual se parte de la base de que en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 19 del Código de Comercio todo comerciante tiene la obligación de llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales, prescripciones que fundamentalmente se encuentran en el Decreto 2649 de 1993, entre otras. Esto a su turno supone que para ese fin la sociedad efectúe el cierre definitivo del

ejercicio contable en la oportunidad señalada en los estatutos o en la ley y, adicionalmente, que los administradores presenten para consideración de la junta de socios o la asamblea general de accionistas los documentos e información a que se refieren las normas señaladas, entre ellos los estados financieros de propósito general acompañados del proyecto de distribución de utilidades repartibles en los términos y bajo las condiciones consagradas en el art. 21 del citado Decreto 2649 /93 y demás normas concordantes.

A ese respecto hay que poner de relieve las obligaciones que de acuerdo con los artículos 34 a 48 de la Ley 222 de 1995 deben seguir los administradores en la preparación y presentación de los estados financieros con destino a usuarios internos y externos y en particular, el artículo 58 del Decreto 2649 de 1993, que al efecto señala: “Ajustes: Antes de emitir estados financieros deben efectuarse los ajustes necesarios para cumplir la norma técnica de asignación, registrar los hechos económicos realizados que no hayan sido reconocidos y corregir los asientos que fueron hechos incorrectamente”.

En caso contrario, esto es, si las utilidades no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos elaborados con sujeción a los requisitos señalados, no podrá distribuirse suma alguna por este concepto como categóricamente establece el artículo 151 del Código del Comercio tantas veces mencionado y, lo reitera el artículo 451 del mismo código, advertencia expresa de que las sumas distribuidas en contravención a dicha norma 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.

Acorde con lo anterior, el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, prevé que “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

(...)

“De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad”

3. Conclusiones.

Con la advertencia hecha en el sentido de que no es dable determinar en esta instancia si en el caso particular que motiva su solicitud hay lugar a repartir o no utilidades por la circunstancia de desconocer la situación jurídica, contable y administrativa de la sociedad respectiva, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes conclusiones:

□ De conformidad con las consideraciones expuestas, las utilidades del 2011 y del 2012, podrían distribuirse en el año 2013, en la medida en que la elaboración de los estados financieros que sirvan de base para ese efecto, supongan que se hayan subsanado con arreglo a las disposiciones legales respectivas (fiscales, comerciales, contables) las irregularidades advertidas en el 2011 de no llevar la contabilidad regular de los negocios y, siempre que no haya pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.

□ Tanto en reunión ordinaria como extraordinaria del máximo órgano social convocada con el lleno de las formalidades legales y estatutarias a que haya lugar, jurídicamente es viable distribuir las utilidades no repartidas de ejercicios anteriores, siempre que la decisión sea adoptada con las mayorías legales o estatutarias previstas para el efecto (Arts. 182 y 359 del Código de Comercio)

□ La distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que represente, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión, salvo que en los estatutos sociales se haya consagrado una mayoría superior. (Artículo 155 C.Co, subrogado por el artículo 240 de la Ley 222 Cit.)

□ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 451 del Código de Comercio, las utilidades se repartirán con base en estados financieros fidedignos, aprobados por la asamblea. Es a través de los estados financieros acompañados de las notas respectivas,

que la sociedad da a conocer la situación financiera y el resultado de sus operaciones a los diferentes usuarios de la información, se presumen auténticos en los términos del artículo 39 de la Ley 222 y son la fuente para la toma de decisiones.

□ En caso de que el socio minoritario se oponga a la distribución de utilidades de manera injustificada, podrá evaluarse la posibilidad de acudir a la jurisdicción societaria a efectos de ventilar en dicho escenario el abuso de las minorías o la eventual existencia de un conflicto societario. Para el efecto puede acceder a la guía del litigio que aparece en Página WEB de esta entidad, www.supersociedades.gov.co.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la P. Web se pueden consultar entre otros los conceptos jurídicos y contables que la Entidad emite sobre los temas de su competencia.