

OFICIO 220-072585 DEL 26 DE ABRIL DE 2016

Ref: REGLAS EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN LA SAS

Esta Oficina recibió el escrito radicado con el No. 2016-01-101143 del 15 de marzo de 2016, mediante el cual, previa descripción de los supuesto de hecho y la justificación desde el punto de vista de la legislación y la doctrina, en torno al tema de la distribución de utilidades en las sociedades del tipo de las SAS, solicita el concepto de este Despacho sobre los siguientes planteamientos:

1. La viabilidad legal para que una SAS pueda distribuir dividendos especiales sobre un indicador de utilidades distinto de la utilidad neta.
2. La contabilización de la distribución del dividendo especial a los accionistas.

Sobre el particular, me permito advertir que en la modalidad de consulta esta Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen su responsabilidad (Art. 28 C.C.A.)

Efectuada dicha precisión y luego de analizadas las razones de su planteamiento, se impone efectuar las siguientes consideraciones generales, relativas a las disposiciones de orden jurídico y contable a tener en cuenta:

A propósito de las características del marco regulatorio de las sociedades por acciones simplificadas, particularmente de los alcances de la disposición consagrada en artículo 17 de la Ley 1258 de 2008, esta Oficina ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, entre otros mediante oficio 220-083850 del 28 de julio de 2011, que remite al oficio 220- 035073 de 8 de junio de 2010, cuyos apartes procede traer a colación.

“(...)

“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....”

A su turno, de manera consecuente con la prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, el artículo décimo ibídem, sobre las acciones representativas del capital de las SAS establece que podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que en este tipo de sociedades es viable crear las acciones a que alude la disposición invocada, dentro de las cuales están aquellas que tienen un dividendo preferencial o uno fijo anual.

A ese respecto, el profesor Francisco Reyes Villamizar, hoy Superintendente de Sociedades, en su obra “La sociedad por acciones simplificada”, con ocasión de las reglas sobre capital y acciones, expresa:

“Las acciones con dividendo preferencial constituyen una herramienta fundamental de capitalización, cuyas bondades son innegables, pues no solo garantizan la obtención de recursos frescos para la sociedad, sino que también les permiten a los accionistas mayoritarios mantener la dirección y administración de los negocios sociales. Desde el punto de vista del inversionista, también pueden resultar atractivas, puesto que garantizan un dividendo anual, acumulable o no, que se paga preferentemente, siempre que existan utilidades distribuibles...

(...)

Por lo demás, el concepto de acciones con dividendo fijo es particularmente novedoso, pues permite pactar cualquier fórmula financiera, que asegure el pago del dividendo, en la medida en que la sociedad tenga recursos líquidos repartibles...” (subraya fuera de texto).¹

Ahora bien, en cuanto hace a distribución de dividendos en este tipo de sociedades tema del que también se ha ocupado la Entidad, los oficios antes citados manifiestan:

“(...)

¹ Reyes Villamizar, Francisco. SAS LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. Primera Edición. Editorial Legis. Pág 92 y 93

En este orden de ideas se advierte que en materia de utilidades, la Ley 1258 se limitó a establecer que éstas se deberán justificar en todo caso en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados en los términos que el artículo 28 indica, lo que supone

a su vez que sí hay libertad para fijar las condiciones que los socios a bien estimen sobre distribución y pago de utilidades; en consecuencia, no habría óbice en concepto de este Despacho para acordar reglas que en ese sentido se aparten del precepto legal que exige distribuir y pagar las mismas dentro del año siguiente a la fecha en que sean decretadas, **de manera que éste sólo tendrá aplicación en las condiciones que el artículo 156 del Código de Comercio indica, en la medida en que los estatutos no contengan estipulación en contrario.**" (negrilla fuera de texto).

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 que su consulta cita: "...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.

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](http://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 su parte, al referirse a la definición de gasto, los marcos contables indican que incluye tanto las pérdidas como los gastos que surgen en las actividades ordinarias de la entidad. Entre los gastos de la actividad ordinaria se encuentran, por ejemplo, el costo de las ventas, los salarios y la depreciación. Usualmente, los gastos toman la forma de una salida o depreciación de activos, tales como efectivo y otras partidas equivalentes al efectivo, inventarios o propiedades, planta y equipo. Son pérdidas otras partidas que, de cumplir con la definición de gastos, pueden o no surgir de las actividades ordinarias de la entidad. La definición de gastos también incluye las pérdidas no realizadas.

Con la entrada en vigencia de los nuevos marcos contables, los resultados del ejercicio, es decir, los ingresos, los costos y gastos, se reflejan en el estado de resultado integral, que combina un estado de resultado del período y otro resultado integral del período, también denominado “ORI” (que es una partida que hace parte del patrimonio y hace referencia a ingresos o gastos no realizados). Es decir, los resultados se evidencian en diferentes estados financieros.

El estado de resultado del período contiene el total de los ingresos menos los gastos, sin incluir los componentes del ORI, ya que el ORI comprende partidas de ingresos y gastos (incluyendo ajustes por reclasificación) que no se reconocen en el resultado del período, tal como lo requieren o permiten otras NIIF.

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)

(...)”

De otra parte, en cuanto dice relación con la posibilidad de garantizarle al titular de una acción preferencial el pago de un dividendo, basta remitirse al concepto que en su oportunidad emitió la Entidad mediante oficio 220-084569 del 31 de julio de 2011, que menciona en su consulta, en el sentido que: “...si bien es viable establecer un dividendo mínimo a favor de las acciones preferenciales, lo que si no resulta posible es garantizar dicho dividendo, pues tal como se manifestó, el

derecho a percibirlo depende de que en el ejercicio contable respectivo se hubiesen generado utilidades”

En consecuencia y para responder puntualmente a los interrogantes formulados, es dable concluir:

1. De conformidad con el marco regulatorio de la SAS, bien pueden crearse acciones preferenciales con un dividendo especial, si así lo disponen los estatutos sociales.
2. Las utilidades en tal caso deberán estar soportadas en balances reales y fidedignos, como lo establece el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008.
3. No es viable hacer una distribución de dividendos con base en utilidades operacionales o con el EBITDA, pues la causación de los dividendos parte de la base de que la compañía obtenga UTILIDADES NETAS (hoy según los nuevos marcos técnicos contables “GANANCIAS”), es decir, después de asumir el costo financiero, pagar impuestos, reconocer depreciaciones y amortizaciones.
4. Como quiera que no procede efectuar la distribución de utilidades en las condiciones propuestas, es decir, sobre un indicador de utilidades distinto a la utilidad neta, no hay lugar a pronunciarse sobre la contabilización del hipotético dividendo especial.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A, advirtiéndole que en la P. WEB puede consultar la normatividad, los conceptos jurídicos y la Circular Básica Jurídica, entre otros.