

OFICIO 220-073471 DEL 11 DE JULIO DE 2019

REF: RESERVA OCASIONAL. - UTILIDADES RETENIDAS.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual formula las siguientes consultas:

- 1) *¿Partiendo de que no existen perdidas que enjugar, la asamblea de la sociedad puede aprobar que las utilidades de un ejercicio sean destinadas a “apropiación de utilidades retenidas”, sin crear una reserva y sin darles una destinación específica?*
- 2) *¿En caso de que la respuesta anterior sea negativa, entonces debería la sociedad llevar a cabo una asamblea para definir una reserva con destinación específica de todas las utilidades retenidas, o en su defecto repartirlas?*
- 3) *Puede la sociedad por acciones simplificada destinar parte de sus reservas a una reserva legal no obstante sus estatutos no contemplan este tipo de reservas?*
- 4) *¿En caso que la respuesta anterior sea negativa, entonces debería la sociedad llevar a cabo una asamblea para cambiar esa reserva legal por una ocasional y darle destinación específica, o en su defecto repartir como utilidades?*

De manera preliminar es necesario precisar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo. Por tal razón, no está dirigido a resolver situaciones concretas, menos aún a asesorar a los peticionarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o decisiones de los órganos sociales en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales, ni en la interpretación de contratos, pues en esta instancia sus respuestas, se repite, son generales y abstractas, motivo por el cual no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Efectuada la precisión que antecede, sea lo primero poner de presente que las sociedades SAS, gozan de total libertad para organizar a su conveniencia las reglas a que se haya de sujetar la empresa, el artículo 17 de la Ley 1258 de 2008,



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

es claro al advertir 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 establece el artículo 45 ibídem, según la cual a ellas les aplica 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 única limitación de las normas imperativas consagradas en la ley. En este orden de ideas, se observa que la ley 1258 de 2008, no establece ninguna obligación sobre constitución de reserva legal, por lo que procede acudir entonces como indica el artículo 45 ibídem, a lo que hubieren estipulado sobre el particular los estatutos.

En este sentido, las Sociedades Por Acciones Simplificadas, no están obligadas a apropiarse sumas de las utilidades para constituir reserva legal, como lo confirma el oficio 220-115333 del 15 de septiembre de 2009, en el que esta Superintendencia desde la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, fija su posición en cuanto a que la existencia de la reserva legal en el tipo societario en cuestión, no es obligatoria, salvo que se encuentre estipulada en los estatutos.

De otra parte, la ley comercial en el artículo 154 del Código de Comercio, define la **Reserva Ocasional**, así: "*Además de las reservas establecidas por la ley o los estatutos, los asociados podrán hacer las que consideren necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley (...)*".

Por su parte, el artículo 453 ibídem, dispone respecto a las Reservas Estatutarias Y Reservas Ocasionales En La Sociedad Anónima, lo siguiente: "*(...) Las reservas estatutarias serán obligatorias mientras no se supriman mediante una reforma del contrato social, o mientras no alcancen el monto previsto para las mismas. Las reservas ocasionales que ordene la asamblea sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias.*"

La Superintendencia también se ha pronunciado sobre la reserva ocasional y sobre las utilidades retenidas, en los siguientes términos:

1. Oficio 220-022286 del 4 de marzo de 2013 El reparto de la reserva ocasional sigue las reglas de la distribución de utilidades:

"(...) La destinación de estas reservas sólo podrá variarse por aprobación de los asociados en la forma prevista para su constitución. Una vez utilizada la reserva en los términos y condiciones establecidas al momento de su



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

destinación, pasa nuevamente a ser utilidad no distribuida y por tal virtud, susceptible de ser entregadas a los accionistas en los términos de ley. Los términos de la ley son los previstos en el artículo 455 del Código de comercio, esto es, se hará en dinero en efectivo en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible el pago. Dentro de las reglas se encuentran las exigidas para ser capitalizadas, por lo cual será necesaria la aprobación del 80% de las acciones representadas. Tal determinación sigue estas reglas, en la medida en que la constitución de una reserva ocasional es posponer la distribución del dividendo pero no transfigurar su naturaleza. El accionista ha accedido a no recibir el pago de su dividendo, con el objeto de que la sociedad use los recursos para un fin específico por los asambleístas determinado, pero tal decisión no lleva implícita la renuncia a obtener el dividendo en efectivo. Cualquier decisión distinta, tal como capitalizar el dividendo sea emitiendo más acciones o aumentando el valor nominal estará sujeta a las exigencias del artículo 455 ya mencionado (...)

2. Oficio 220-034905 del 8 de junio de 2010

“(..) Dentro del reparto de utilidades podemos encontrar otro escenario que dada su cotidianidad dentro de las personas jurídicas se torna de importancia traerlo a colación, cual es que los asociados de una compañía reunidos conforme las normas legales y estatutarias vigentes, deciden que las utilidades de un ejercicio no sean repartidas y por ende, postergan su distribución, quedando al arbitrio de los dueños del capital social su distribución en una fecha futura. En este orden de ideas, siendo consecuentes con lo anotado a lo largo de este escrito y centrados en el amplio escenario que dentro del edificio societario abarca la distribución de utilidades en una sociedad, procedemos a dar contestación puntual a sus inquietudes, así: 1.-“ Si los socios de una sociedad de responsabilidad limitada liquidan utilidades acumuladas de varios períodos, deben las mismas pagarse en dinero efectivo, o puede hacerse el pago a los socios mediante cuotas de interés social de la misma empresa, a través del mecanismo de capitalización?” R/ De pagarse utilidades acumuladas, debe distribuirse las mismas a todos los asociados en proporción a la participación que tenga cada uno dentro del capital de la sociedad. Solo podrá pagarse utilidades, en el caso en estudio, en cuotas sociales, valga decir la capitalización, cuando el máximo órgano social, en este caso la junta de socios, así lo disponga con el voto mínimo del ochenta por ciento de las cuotas representadas en la reunión (Artículo 455 y 372 del Código de Comercio (...))”



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

3. Oficio 227-1227 del 15 de enero de 2003, esta Superintendencia al resolver un asunto en torno al artículo 151 del Código de Comercio invoca un pronunciamiento de esta entidad identificado con el número 2002-01-0900599, en el que se expresa lo siguiente:

(...) Sea lo primero señalar que la reserva representa recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales. (Artículo 87 D. 2649 de 1993).

El saldo de la cuenta puede desaparecer como consecuencia del cambio de su destinación o por su distribución cuando resulten innecesarias de acuerdo con la decisión del máximo órgano social (descripción de la cuenta – Decreto 2650 de 1993).

Ahora bien, cuando la norma se refiere a recursos retenidos hace referencia a sumas que los socios desean mantener en la compañía, para que de ella se haga uso de acuerdo a los propósitos determinados de manera privativa por el máximo órgano social. Sin embargo, de suyo no se trata de dinero en efectivo guardados a título de un fondo con destinación especial, sino que se trata de utilidades no entregadas y que provisionalmente se destinan a cumplir un propósito determinado.

Esto no quiere decir que se trate de recursos que se consumen en la utilización del propósito determinado en la asamblea. Lo que ocurre es que los socios posponen su disfrute en beneficio de los objetivos de la compañía; así que si ellos estiman que el propósito fue cumplido, podrá o cambiarlo, y en ese caso, la reserva se mantiene, o distribuirlo como la utilidad que es.

En consecuencia, a juicio de esta Entidad, es jurídicamente viable que una reserva ocasional constituida sea distribuida entre los socios, una vez cumplida la finalidad para la cual fue creada. "

Y Concluye, lo siguiente: "En el ejemplo por usted propuesto, efectivamente se trata de una compañía con un patrimonio cuyo rubro significativo es la revalorización, pero que no significa que la distribución de utilidades que fueron obtenidas en ejercicios anteriores y mantenidas en el patrimonio, no puedan ser repartidas o que pueda manifestarse que su distribución sale de la cuenta revalorización. Como se observa en el ejemplo propuesto, tanto las utilidades como la reserva ocasional hacen parte del patrimonio, y tienen vocación para ser distribuidas, como quedó expuesto en los pronunciamientos citado"



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

De las previsiones legales y doctrinales mencionadas, se responde el **primer y segundo interrogante**, teniendo en cuenta que no existe obligación legal de constituir reservas ocasionales; sin embargo, el máximo órgano social puede optar por destinar una parte de las utilidades del ejercicio con este propósito, evento en el cual, serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hubieren creado, sin perjuicio de que la misma asamblea decida cambiar su destinación o distribuir las cuando resulten innecesarias. En consecuencia, es viable que la asamblea apruebe que las utilidades del ejercicio sean destinadas como “*apropiación de utilidades retenidas*”, sin crear una reserva ni darle una destinación específica.

En cuanto al **tercer interrogante**, es preciso observar que para que una sociedad por acciones simplificada apropie de las utilidades una suma para constituir una reserva legal, ésta debe estar prevista en los estatutos; por lo tanto, la conclusión que se plantea en el **punto cuarto** es válida en cuanto que procedería incluir esta previsión social, mediante la adopción de una reforma estatutaria; para lo cual deberá convocarse el máximo órgano social, con el fin de que adopte la decisión correspondiente, o en su defecto, destine la partida apropiada a la creación de una reserva ocasional.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.