

OFICIO 220- 167229 16 DE AGOSTO DE 2023

ASUNTO UTILIDADES - JUNTA DIRECTIVA - S.A.S.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual formula una consulta en los siguientes términos:

- “1. ¿Es factible en una sociedad comercial, especialmente en una Sociedad por Acciones Simplificada, se entreguen o distribuyan dividendos durante el ejercicio social, es decir, antes de culminar o cerrar el respectivo año fiscal?
2. ¿Es factible que esa sociedad haga cortes mensuales de ingresos y gastos y con base en ellos decrete el pago de los excedentes que genere ese ejercicio mensual?
3. La misma sociedad ha designado una junta directiva de 3 miembros principales y 3 suplentes. Se entiende que los suplentes tienen una vocación de reemplazo del principal ante sus ausencias temporales o definitivas. Si ese entendimiento es cierto, la participación de los suplentes sólo sería justificada ante la ausencia del principal.
4. ¿Si tanto el miembro principal como su suplente insisten en participar y deliberar conjuntamente en las reuniones, jurídicamente los demás miembros de junta”

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Con el alcance indicado, y para dar respuesta a la inquietud planteada, éste Despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones de índole general:

En primer lugar, se debe partir de la base de que los accionistas de la S.A.S., gozan de libertad para que, en ejercicio de la voluntad privada, procedan a organizar la estructura de la sociedad de forma que la misma se adecue a sus necesidades particulares y que el funcionamiento de ésta posibilite el mejor desarrollo de las actividades sociales.

El artículo 45 de la Ley 1258 de 2008 consagra la regla general de acuerdo con la cual, en lo no previsto en la misma ley, la S.A.S. se regirá, en su orden, por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales previstas para la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen para las demás sociedades contempladas en el Código de Comercio.

Ahora bien, sobre el tema de dividendos, es preciso recordar lo señalado por esta Oficina mediante Oficio 220-041880 del 21 de marzo de 2018:

“(…) 1. Respecto al tema de la distribución de dividendos en las sociedades por acciones simplificadas SAS, se ha manifestado:

“(…) 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 (…)

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...“...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. (Subrayado nuestro).”¹.

Sentado lo anterior, es preciso señalar que gracias a la amplia libertad de configuración presente en las S.A.S., los accionistas pueden establecer en los estatutos más de un corte de cuentas y proceder a determinar la utilidad a disposición de los accionistas en la forma dispuesta por las normas legales.

En cuanto a las dos últimas preguntas sobre la figura del miembro suplente de la Junta Directiva, esta superintendencia en diversas oportunidades se ha pronunciado, como es el caso del Oficio 220-108664 del 11 de julio de 2014, cuyos apartes pertinentes señalan:

“(…)Sobre el particular, me permito manifestarle que sobre la actuación de los miembros suplentes de una junta directiva, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en diversas oportunidades, entre las cuales tenemos el Oficio 220-16472 del 15 de marzo de 2012, en donde se hace referencia al Oficio 220-32875 del 3 de agosto de 2011, en donde en los apartes pertinentes se expresa:

“(…) En principio, la Junta Directiva se integra únicamente con la participación de los miembros principales, pues los suplentes tienen una simple expectativa de intervenir en su composición en los casos de ausencia temporal o definitiva de los principales, de acuerdo al régimen propio de las suplencias.

Y es que no existe propiamente a favor de los suplentes, un derecho de exigir que se les admita en las reuniones de la misma, sino que esta facultad de intervenir en aquéllas surge en forma excepcional cuando acaece la condición de la que pende el nacimiento de su derecho, o sea cuando falte alguno de los miembros principales.

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-041880 (21 de marzo de 2018). Asunto: PAGO ANTICIPADO DE DIVIDENDOS EN LA SAS. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-041880.pdf/bbc36e71-20d1-c9c0-b5f4-59c5b106f9bc?version=1.2&t=1670901938499>

Desde luego, esto no implica para los suplentes una imposibilidad absoluta de asistir a las reuniones de la junta directiva simultáneamente con los miembros principales, pues para determinadas reuniones la junta puede tener interés en permitir que los suplentes participen en las deliberaciones y por consiguiente puede discrecionalmente invitarlos. Sin embargo, en tales casos de excepción, la intervención de los suplentes está condicionada a que medie un pronunciamiento expreso de la junta autorizando su actuación.

Es nítido entonces que cuando concurren los suplentes a las reuniones, estando presentes los miembros principales y aun cuando hayan sido invitados, desde luego están autorizados, mas no obligados a concurrir, pero en tal caso no tienen derecho a voto.

Tampoco pueden devengar honorarios, ni puede otorgársele esta prerrogativa por decisión de la junta.

Todo lo anterior, no se aplica cuando la actuación de los suplentes se cumple en ejercicio de su vocación a reemplazar al principal, pues en ese evento según se anotó, adquieren derecho de asistir a las reuniones con las mismas calidades y atribuciones que corresponden a los miembros principales.

En síntesis, cuando se convoque a una reunión de junta directiva, no es indispensable citar tanto a los miembros principales como a los suplentes, salvo que la junta así lo decida o que ante la ausencia temporal o definitiva de algún o varios miembros principales, se haga necesario convocar a los suplentes respectivos (...): (Destacados nuestros)

En este orden de ideas, conforme lo consagrado en el artículo 437 del Código de Comercio, la validez de las deliberaciones y decisiones de la junta directiva de una sociedad, dependerá de que las mismas se adopten con la presencia y votos de sus miembros principales y/o con la intervención de los suplentes que en ejercicio del cargo adquieren las facultades y atribuciones que les corresponden a los principales, en caso contrario solo le compete a los miembros principales.”. (subrayado nuestro).²

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-108664 (11 de julio de 2014). Asunto: JUNTA DIRECTIVA – ACTUACIÓN DE LOS MIEMBROS SUPLENTEs. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-108664.pdf/725566ad-6114-ef80-9d12-1ba97e0aae5a?version=1.2&t=1670902768292>

Igualmente, es preciso recordar lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1258 de 2008:

“ARTÍCULO 25. JUNTA DIRECTIVA. La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

PARÁGRAFO. En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes.”

Por lo tanto, a menos que en los estatutos de la S.A.S. se disponga algo diferente al respecto de su funcionamiento, el suplente tendrá facultades para actuar solo cuando haya ausencia temporal o definitiva del principal, de ahí que no sea posible que tanto principal como suplentes actúen de manera simultánea en una reunión. Lo anterior, a su vez, sin perjuicio de que como se señaló en el concepto transcrito, el órgano autorice la asistencia del suplente a una reunión, frente a la cual no tendrá obligación de asistir ni tendrá derecho a voto estando el miembro principal también presente.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud. Se pone de presente que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia los cuales también podrá ubicar en la herramienta tecnológica Tesauro.