

OFICIO 220-047475 DEL 19 DE ABRIL DE 2021

ASUNTO: MECANISMOS PARA ENJUGAR PÉRDIDAS EN UNA SOCIEDAD

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad con el número y fecha de la referencia, en la que se solicita que se emita concepto sobre los aspectos que se mencionan a continuación, teniendo en cuenta el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020:

1. *“¿Cuáles son los usos actuales que se le puede dar a la prima en colocación?”*
2. *¿Hoy en día es posible implementar alguna de las medidas antes consagradas en el artículo 459 del Código de Comercio para mejorar la situación patrimonial de una sociedad?*
3. *¿Es posible disponer de la prima en colocación para mejorar la situación patrimonial de una sociedad?*
4. *¿Cuáles son los supuestos que se deben cumplir para que proceda el enjugamiento de pérdidas?*
5. *¿Cómo se podrá disponer de la prima en colocación?”*

Aunque es sabido, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige 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.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Adicionalmente, debe precisarse que la Entidad carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de las dependencias misionales de la misma.

Con el alcance indicado, éste Despacho procede a dar respuesta a las inquietudes planteadas, en los siguientes términos:

1. El artículo 4º de la Ley 2069 de 2020 señala:

“ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto.

PARÁGRAFO PRIMERO. *Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal.*

Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles a las sucursales de sociedad extranjera.

PARÁGRAFO SEGUNDO. *Deróguese el numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008, así como los artículos 342, 351, 370, 458, 459, 490, el numeral 2 del artículo del artículo 457 del Decreto 410 de 1971.”*

2. Al respecto de la prima de emisión de acciones (antes prima en colocación de acciones), se dispuso lo siguiente por parte de éste Despacho:

“(....) A partir del estudio del impacto de la ley tributaria en la ley comercial, la Superintendencia de Sociedades ha revisado la doctrina que consideraba la prima como una utilidad y, en su lugar, con fundamento en los artículos 384 y 386 del estatuto mercantil, ha concluido que la prima en colocación de acciones hace parte del aporte entregado por el socio o accionista a la compañía. Aporte que se obliga a pagar derivado del contrato de suscripción o del acuerdo para aumentar el capital social, y que se ve materializado en dos partidas patrimoniales: de una parte, el capital social, que es la sumatoria de las alícuotas a valor nominal; y de otra, la prima en colocación de acciones que refleja el mayor valor pagado sobre el nominal después de haber sido constituida la sociedad.

Esta prima en colocación de acciones al ser un aporte, debe seguir las reglas del capital social para que los socios o accionistas dispongan de esta partida, en los mismos términos del capital social, incluso para aplicarla a pérdidas.

Una de tales previsiones es la establecida en el artículo 144 del Código de Comercio, según el cual los asociados no podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés, antes de que disuelta la sociedad se haya cancelado su pasivo externo. El reembolso se hará entonces en proporción al valor nominal del interés de cada asociado, si en el contrato no se ha estipulado cosa distinta.

Así mismo, procederá la autorización de disminución de capital social y de la prima en colocación de acciones siempre que se agote el trámite previsto en el artículo 145 del mismo ordenamiento, y medie autorización de la Superintendencia de Sociedades (sea previa o por autorización general) o de la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso.

En los casos de reembolso de los aportes, la distribución de la prima en colocación se hará indistintamente para todos los asociados en proporción al valor nominal de su participación, salvo que se estipule cosa distinta en los estatutos o que de manera unánime acepten que el reembolso beneficie sólo a algunos socios o accionistas.

De otra parte, si bien la prima se considera aporte, para efectos de determinar la causal de disolución por pérdidas, únicamente se tendría en cuenta que el capital suscrito o social sea superior al patrimonio en el porcentaje exigido por la ley. En todo caso, es conveniente tener en cuenta que la prima podrá aplicarse a pérdidas siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución tal como se predica del capital social.

En consecuencia, tenemos:

1. *La prima en colocación es un aporte cuyo reembolso debe seguir las reglas del capital (artículo 145 C. Co.)*
 2. *El reembolso de la prima en colocación afectará a todos los asociados en proporción a la participación en el capital social, salvo pacto estatutario en contrario o decisión unánime que resuelva cosa distinta.*
 3. *El valor de la prima en colocación de acciones no hace parte del rubro de capital al momento de determinar la causal de disolución por pérdidas.*
 4. *Los accionistas podrán disponer de la prima en colocación para enjuagar pérdidas, siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución y como mecanismo para enervarla (...)*¹ (Subraya el Despacho).
3. El Decreto 2101 de 2016, en su marco conceptual señala:

“Definición

5. *La hipótesis de negocio en marcha es un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales. Una consideración especial de la hipótesis de negocio en marcha es que la entidad tiene los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones cuando ellas sean exigibles en el futuro predecible.*
6. *A menos que la entidad esté ante una situación de inminente liquidación, o en proceso de liquidación, esta debe preparar sus estados financieros bajo la presunción de que continuará operando como una entidad que cumple la hipótesis de un negocio en marcha. (...)*

(...)

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-0088338 (21 de agosto de 2019). Asunto: Prima en colocación de acciones – Disminución de capital mediante reembolso de la prima de colocación de acciones. [Consultado el 17 de marzo de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-088338_DE_2019.pdf

8. *Al evaluar si la de hipótesis negocio en marcha resulta apropiada, la gerencia tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del periodo sobre el que se informa, sin limitarse a dicho período. El Grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentable, así como un pronto acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, sin realizar un análisis detallado. En otros casos, puede ser necesario que la gerencia, antes de convencerse a sí misma, de que la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, deba ponderar una amplia gama factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente.*

(...)

26. Mientras la entidad, que no esté en liquidación, conserve alguna posibilidad de entrar en un plan de recuperación o pueda enervar en los términos legales sus causales de disolución se considerará que la liquidación no es inminente. En este caso, la entidad aplicará los principios contables para una entidad que cumple la hipótesis de negocio en marcha, dando particular relevancia a la aplicación de los principios de medición del deterioro, que requieren que el valor en libros no sea superior al importe recuperable, el cual se define como el mayor valor entre el valor en uso y el valor razonable menos los costos de venta. (...).”

Conforme a lo anterior y para responder sus inquietudes 1, 3, 4 y 5 sobre la prima de emisión de acciones, es pertinente indicarle a la consultante que, la prima de emisión fue concebida como parte inescindible del capital, razón por la cual solo procedía su “utilización” de forma excepcional para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encontrara en causal de disolución por pérdidas y como mecanismo para enervarla.

Sin embargo, la causal de disolución por perdidas fue derogada y se estableció la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, en virtud del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020.

En consecuencia, con la derogatoria de la disolución por perdidas no es posible enjugar pérdidas con el capital ni con la prima de emisión, ya que la misma es considerada como un rubro inescindible del capital. Las pérdidas se deberán enjugar con base en lo señalado en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio.

Sobre la posibilidad de enervar la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, es preciso tener en cuenta que el numeral 15 del Anexo del Decreto 2101 de 2016, (por el cual se adiciona un título 5, denominado Normas de

Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en Marcha, a la Parte 1 del Libro 1 del Decreto 2420 de 2015, Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, Información Financiera y de Aseguramiento de la Información, y se dictan otras disposiciones), dispuso lo siguiente:

“Conclusión de la evaluación del cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.

15. De acuerdo con la hipótesis de negocio en marcha y, como resultado de la evaluación antes descrita, puede considerarse que las entidades se encuentran ubicadas en alguno de los siguientes escenarios:

(...)

d) La hipótesis de negocio en marcha no es apropiada debido a que la entidad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones o liquidarse. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma. (Subraya el Despacho).

Por tanto, a juicio de éste Despacho, la causal de disolución objeto de análisis no es susceptible de ser enervada, en la medida que cuando la hipótesis de negocio en marcha no se cumple, esto quiere decir que la sociedad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones y liquidarse.

Al respecto de la segunda inquietud y aunado a lo señalado anteriormente, es de indicarle a la consultante que el artículo 459 del Código de Comercio fue derogado y en esa medida no es posible acudir al mismo. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que la sociedad puede adoptar medidas para conjurar una crisis financiera, tales como vender acciones con prima de emisión, si es del caso, disminuir su capital de acuerdo con las condiciones determinadas en el artículo 145 del Código de Comercio, en concordancia con lo descrito en la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017 y, en general, adoptar las medidas que considere necesarias en el marco de la ley.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 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 y la Circular Básica Jurídica, entre otros.