

Ref.: Radicación 2011- 01- 304609

**Es viable absorber perdidas contra la cuenta prima en colocación - Nueva posición doctrinal sobre el tema**

**Acta 002 de 2010 del Comité de Integración Jurídico Doctrinal**

Aviso recibo del escrito en referencia, a través del cual pregunta *¿Es posible aplicar a las perdidas el valor contabilizado con la prima en colocación de acciones? en otras palabras puedo amortizar perdidas con el producto de la prima en colocación de acciones?. De ser afirmativa o negativa la respuesta, cual es el sustento jurídico?*

Para atender la consulta formulada es necesario referirnos al criterio considerado en reunión del Comité Jurídico de la Entidad en octubre del 2010 -Acta No. 2-, luego de un nuevo análisis de las normas que regulan la materia llevan a concluir que **con la prima por colocación de acciones se pueden absorber perdidas acumuladas aunque la sociedad no se encuentre en causal de disolución**, decisión resultado del siguiente análisis:

1. La *prima por colocación* si bien no tiene una consagración en el ordenamiento mercantil, su existencia se desprende de la posibilidad prevista en el reglamento de colocación de acciones al prever que las participaciones se pueden colocarse a un precio *que no será inferior al nominal* (Art. 386, Núm. 4 del Código de Comercio).

El término de prima por colocación surge en el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, cuando en el artículo 84 se expresa **La prima en la colocación de aportes representa el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio**.

Es de lo expuesto que se colige que la diferencia entre el valor nominal de la acción y el precio de colocación de las mismas es lo que constituye la prima en colocación de acciones.

2. En materia contable, además de la citada referencia, el artículo 86 del Cit. Dec., sobre la intangibilidad de la prima en colocación de aportes y de las valorizaciones dispone **La prima en la colocación de aportes y las valorizaciones no se pueden utilizar para compensar cargos o créditos aplicables a cuentas de resultado ni pueden mezclarse con las ganancias o pérdidas acumuladas**. (Destacado nuestro).

Lo expuesto pone de presente, entre otros aspectos que si bien la prima no puede ser utilizada para compensar cargos o créditos aplicables a la cuenta de resultados y tampoco mezclarse con las ganancias o pérdidas acumuladas, tampoco prohíbe su aplicación a pérdidas. De otra parte, consagra que sus fondos corresponden a recursos retenidos de la sociedad que pueden ser utilizados según lo disponga la ley, los estatutos o sus asociados.

3. A su turno, el Decreto 2650 de 1993 o Plan Único de Cuentas para los Comerciantes, en la descripción de la Prima por Colocación de Acciones dentro del Grupo Superávit de Capital que hace parte del Patrimonio, según su dinámica contable se observa que en la Cuenta Debito se registra *b. Por reparto a título de dividendos, de acuerdo con las normas legales*  
*c. Por reparto a título de participaciones, de acuerdo con las normas legales*.

Aquí se contempla la posibilidad de que el valor registrado en la cuenta prima por colocación se reparta a título de dividendo o de participación, dinámica y descripción que determinan la viabilidad para su distribución.

4. Bajo el principio de la analogía se han aplicado normas que de manera más precisa, sobre el tema, contempla el Estatuto Tributario.

Sobre el particular se llama la atención en la pertinencia de la analogía, materia sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C- 083/95s de 1º de marzo de 1995, M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, oportunidad en la que se declaró la exequibilidad del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al examinar su contenido frente al texto del artículo 230 de la Carta Política que establece: *"Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".* (Subrayas de la Corte).

La Corte en esa ocasión expresó  **La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella**, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. **La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual**. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley..

(.)

Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y **se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada** (Destacados para llamar la atención).

5. Es la anterior remisión lo que en repetidas oportunidades ha expresado esta Superintendencia, sobre el asunto que aquí se analiza el Estatuto Tributario advierte:

- Artículo 36 (Fuente original compilada: L. 9/83 Art. 13).  **La prima por colocación de acciones no constituye renta ni ganancia ocasional si se contabiliza como superávit de capital no susceptible de distribuirse como dividendo.**

**En el año en que se distribuya total o parcialmente este superávit**, los valores distribuidos configuran renta gravable para la sociedad, sin perjuicio de las normas aplicables a los dividendos.

- Artículo 36- 3. (Adicionado por el artículo 6 de la Ley 49 de 1990)  **La distribución de utilidades en acciones o cuotas de interés social, o su traslado a la cuenta de capital, producto de la capitalización de la cuenta de Revalorización del Patrimonio, de la reserva de que trata el artículo 130 y de la prima en colocación de acciones, es un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional** ... (Los destacados no son del texto original).

Es la anterior preceptiva lo que ha permitido a esta Entidad establecer tres posibilidades respecto a la utilización de la prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés, así:

- **Mantenerla como superávit de capital**, es decir, como prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés **registrada en el patrimonio**, caso en el cual no constituye renta ni ganancia ocasional;

- **Capitalizar su valor**, evento en el cual las **acciones entregadas** no se tienen como un ingreso constitutivo de renta ni de ganancia ocasional para los socios; y

- **Distribuirla total o parcialmente** entre los socios, opción que inmediatamente implica que los valores distribuidos configuren renta gravable para la sociedad.

De lo dicho, para los fines que a esta Entidad interesan que no es la materia impositiva, se concluye que la prima por colocación puede mantenerse en el superávit de capital o por el contrario distribuirse entre los socios o accionistas a título de dividendo o participación, según sea el caso.

Hasta el momento, esta Superintendencia ha expresado que aun cuando la normativa Tributaria no lo expresa categóricamente, su texto ha permitido concluir, de una parte, i) la capitalización de la prima en colocación de acciones como así está prevista en la norma positiva, pero si así lo deciden los asociados es viable su posterior disminución del capital de la sociedad; ii) también su distribución directa entre los socios o accionistas, total o parcialmente (Oficio 220- 13223 de 17 de abril de 2001, concepto publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 2000  2004, Pág. 445 y ss.), consideraciones y conclusión que se mantienen.

6. En materia de pérdidas también se examinó, entre otra argumentación, la contenida en el Oficio 100- 06083 del 22 de febrero de 2002, que ratifica el concepto emitido mediante Oficio 100-17590 del 30 de abril de 2011, en el sentido de afirmar que la reducción del capital social como medida para absorber pérdidas procede a la luz de las normas legales, cuando se adopta como medida para restablecer el patrimonio neto por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito.

En esa oportunidad se examinaron los mecanismos para enjugar pérdidas al amparo de la legislación vigente, la Superintendencia expresó entonces: *□□.desentrañando la intención del legislador plasmada en el Código de Comercio vigente, se advierte en primer lugar en el artículo 151, ubicado en el Título I, Cap. IV, del Libro Segundo, contentivo del régimen general aplicable en materia de utilidades sociales, que dentro de las reglas adicionales previstas en el artículo 150, se establece entre otras que **en ningún caso podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores** y, a ese efecto precisa que, □para todos los efectos se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de éstas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital□, con lo cual queda ya sentado expresamente el límite material de afectación del capital que según la ley determina la obligación de abstenerse de disponer de ellas, con el fin obviamente de evitar que su deterioro exceda ese límite en detrimento del patrimonio social, que es el interés jurídico prioritariamente tutelado.*

*Esa medida resulta consecuente con el principio de permanencia del capital que se exige tanto para la constitución, como durante toda la vida activa de la sociedad, en procura de garantizar que se mantenga la debida correspondencia entre el capital y el patrimonio, principio del que igualmente deriva la razón por la cual la ley consagró como causal de disolución de la sociedad, la ocurrencia de pérdidas que afecten en determinado porcentaje el capital social, según parámetros determinados en consideración al tipo adoptado (art. 351, 370 y 457, Ord. 2º C. Co.)*

*Por su parte la sección II del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, del referido Código, contempla una serie de normas sobre reparto de utilidades en las sociedades anónimas, aplicables en lo pertinente a todas las formas societarias; entre éstas, el artículo 456, en concordancia con el precepto antes citado, categóricamente prescribe que **las pérdidas se enjugarán con las reservas que hayan sido destinadas especialmente para ese propósito y, en su defecto con la reserva legal**; las reservas cuya finalidad fuere la de absorber determinadas pérdidas no se podrán emplear para cubrir otras distintas, salvo que la asamblea así lo decida. Adicionalmente advierte que **si la reserva legal fuere insuficiente para enjugar el déficit de capital, se deberán aplicar a este fin los beneficios sociales de los ejercicios siguientes.***

*Conforme a los preceptos invocados, resulta claro que en aras de proteger el patrimonio, por una parte, la ley expresamente prohíbe que se distribuyan utilidades mientras no se hayan absorbido las pérdidas que afectan el capital, e igualmente establece, en su orden, las reglas precisas que proceden para enjugar las mismas, de modo tal que si en un ejercicio resultan pérdidas y no se constituyeron reservas para enjugarlas, se deben apropiarse las utilidades necesarias para absorberlas; de ser insuficientes todos los beneficios, se destinarán para enjugarlas hasta donde se alcance y, para cubrir el faltante se afecta la reserva legal. Si por último, dicha reserva no es suficiente para enjugar el déficit cualquiera sea, se deberán aplicar para ese fin las utilidades de los ejercicios siguientes, **de manera que solo después de cubrir la totalidad de las pérdidas habrá lugar a repartir utilidades**, todo con el propósito de reintegrar el capital inicial a través de las utilidades futuras□.*

De la argumentación expuesta se infiere claramente que lo contemplado en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio responde a la situación de déficit del patrimonio en que se encuentra una sociedad cuando su patrimonio está por debajo del 50% capital social ubicándola en causal de causal de disolución, escenario diferente aunque adicional al de aceptar la aplicación de la prima por colocación como medida para enjugar pérdidas.

La consideración que finalmente lleva a expresar el criterio de la posibilidad de aplicar la prima a las pérdidas, aún sin que esté en la situación prevista en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio, deriva de la simple conclusión de que al ser la prima un reflejo del mayor valor de la empresa y un resultado de la operación, siendo por esta causa distribuable pueden los socios no recibir el beneficio de su distribución y determinar que sea aplicada a las pérdidas del ejercicio.

En resumen de lo expuesto,

- El concepto de prima por colocación corresponde al mayor valor cancelado del nominal del capital o del aporte, lo que permite concluir que por su origen es una parte del capital, recursos a disposición de la compañía mientras se mantengan en el superavit del capital.

- La prima puede ser reembolsada directamente a los socios sin sujeción a las reglas que para la disminución del capital señala el artículo 145 del Código de Comercio, como así lo ha aceptado esta Superintendencia.

En esa misma dirección los asociados pueden disponer que su valor se aplique a pérdidas aunque las mismas no ubiquen a la sociedad en causal de disolución.

- La anterior conclusión no modifica el Decreto 2649 de 1993 ni el Código de Comercio, ordenamientos que no contemplan la distribución de la prima por colocación, tampoco altera el Decreto 2650 de 1993 ni el Estatuto Tributario que permiten su distribución entre los socios o accionistas, por lo que este Despacho es de la opinión que de ese derecho surge la posibilidad de que puedan disponer su utilización para aplicarlas a pérdidas, amén de que la operación no esta expresamente prohibida.

- Consecuentes con lo planteado, no se advierte razón jurídica, económica, contable o financiera que impida a los asociados destinar su monto para enjugar pérdidas.

**En conclusión, este Despacho, después de revisar el tema, considera legalmente viable enjugar las pérdidas sin que la sociedad esté en causal de disolución contra la cuenta prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés.**

Para mayor información e ilustración sobre temas societarios, se sugiere consultar la página de Internet de la Entidad ([www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co)) o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos son contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo