

OFICIO 220-102326 DEL 02 AGOSTO DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con los números y fechas de la referencia, mediante las cuales se solicita que se emita un concepto sobre los siguientes aspectos:

1. ¿El no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha opera de pleno derecho, ¿debe reportarse a la Superintendencia, o de qué forma se da?
2. Si se está en la conclusión de que NO se cumple con la hipótesis de negocio en marcha, ¿puede la sociedad repartir dividendos durante el tiempo en el que, aunque no se haya decretado la disolución y/o liquidación, se haya concluido que no se da cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha?
3. En caso de que la respuesta anterior sea positiva y se establezca que no hay prohibición alguna relacionada con repartir dividendos cuando no se cumpla con la hipótesis de negocio en marcha, ¿Hay regulación legal que disponga qué porcentaje de utilidades se pueden distribuir? ¿Hay un tope máximo que se puede repartir o cómo se define cuánto se puede repartir dentro del patrimonio?
4. ¿Se mantiene el tope de la reserva legal de no distribución de utilidades hasta el 50% del capital suscrito del artículo 452 en el evento NHNM?
5. ¿Qué órgano o de qué manera se aprueba este reparto de dividendos si se está en NHNM?
6. ¿Puede hacerse reparto de dividendos previo al cierre de ejercicio anual? En caso afirmativo ¿qué requisitos deben cumplirse para repartir estas utilidades?
7. Si los estatutos de la Sociedad prevén una fecha específica para el corte de cuentas, pero no los limitan expresamente a dicha fecha, ¿se puede convocar a la Asamblea General y realizar balances intermedios?
8. ¿Es posible repartir las utilidades de la reserva ocasional?

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 y abstracto 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 esta Oficina carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de las dependencias misionales de ésta Superintendencia.

Con el alcance indicado, ésta Oficina procede a responder su consulta en los siguientes términos:

1. Al respecto de la primera inquietud, es preciso reiterar lo indicado por éste Despacho:

“2. Hipótesis de negocio en marcha.

De acuerdo con las NIIF es responsabilidad de la gerencia evaluar la continuidad de la empresa como negocio en marcha, a menos que se tenga la intención de liquidarla o de cesar sus operaciones. Al evaluar este principio fundamental, la gerencia deberá considerar los hechos actuales y proyectarse en el futuro de la empresa al menos 12 meses, pero sin limitarse a este tiempo, a partir del cierre del ejercicio. Ciertos sectores de la economía nacional se han visto seriamente afectados con las condiciones actuales, presentando incertidumbre en relación con su operación, lo cual puede generar dudas sobre la capacidad de la entidad de seguir funcionando normalmente. No obstante, y antes de llegar a cualquier conclusión, la gerencia tiene que evaluar factores financieros, operativos y legales que puedan generar dudas significativas del negocio en marcha, dentro de los cuales se pueden incluir los siguientes, sin que se entienda que esta es una lista taxativa:

- Flujos de efectivo negativos para cumplir compromisos financieros, laborales, operativos, contractuales próximos a vencer;
- Dificultad para acceder a préstamos bancarios en el corto plazo;
- Renegociación o reestructuración de créditos;
- Incumplimiento de pago a los acreedores;
- Imposibilidad de acordar plazos para el pago de acreencias;
- Escasez de suministros esenciales para la operación;

- Pérdida de clientes claves; y
- Desabastecimiento en la cadena de producción, entre otros.

El efecto significativo de estos hechos podría verse mitigado, según el caso concreto de cada empresa, con algunas de las disposiciones emitidas por el gobierno nacional en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, que ofrecen, entre otros: Ampliación en los plazos para la declaración y pago de tributos nacionales, en los gravámenes del sector de turismo y cultura, en el pago de parafiscales, garantías otorgadas por el gobierno nacional para el apoyo en créditos a las pequeñas y medianas empresas, periodos de gracia y aumento de los plazos para los créditos de personas naturales y jurídicas que pertenezcan a los sectores económicos más afectados por el COVID-19.”¹

Lo anterior, para indicar que como bien se mencionó en el concepto anterior, el incumplimiento de hipótesis de negocio en marcha deviene de una serie de situaciones en las cuales se encuentra la sociedad, las cuales deben haber sido evaluadas de manera razonada y concienzuda por los administradores.

Al margen de lo anterior, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

1. El numeral 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020 dispone:

“Artículo 15. Suspensión temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y facilitar el manejo del orden público económico, se suspenden de manera temporal las siguientes normas:

(...)

3. Suspéndase, a partir de la expedición del presente Decreto Legislativo y por un periodo de 24 meses, la configuración de la causal de disolución por pérdidas prevista en el artículo 457 del Código de Comercio y del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008.

(...).”

2. El artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020 establece:

“Artículo 16. Suspensión Temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, facilitar el manejo del orden público económico y extender la suspensión de la causal de disolución por

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-016853 (24 de febrero de 2021). [En Línea]. Asunto: Artículo 4 de la Ley 2069 DE 2020. [Consultado el 13 de julio de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-016853_DE_2021.pdf

pérdidas de las sociedades anónimas y SAS a otros tipos societarios, se suspenden de manera temporal, hasta el 16 de abril 2022, los artículos 342, 351, 370 Y el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio y el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, frente a la causal de disolución por pérdidas; y el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, frente al término para enervarla.”

3. 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 457 del Decreto 410 de 1971.”

Con base en las normas transcritas, es preciso señalar que la configuración de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha se encuentra suspendida temporalmente, en los términos señalados en el numeral 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020 y en el artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020, conforme a lo establecido en el párrafo primero de la Ley 2069 de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, se aclara que los efectos de la suspensión se limitan a la configuración de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha y no se extienden a los principios contenidos en los marcos de información financiera y de aseguramiento vigentes, de tal manera que al elaborar los estados financieros de propósito general debe evaluarse si se cumple o no con el principio fundamental de la hipótesis de negocio en marcha, y si esta no es apropiada, se deberán elaborar los estados financieros atendiendo lo observado en el anexo número 5 del Decreto 2420 de 2015.

Ahora bien, la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha se verificará por parte de los administradores sociales, al momento de elaborar los estados financieros de propósito general al cierre del ejercicio. De esta forma, si éstos se preparan considerando que la hipótesis de negocio en marcha no es apropiada, los mismos deberán ser presentados, con la información completa y documentada que soporta la evaluación de la administración, al máximo órgano social en la reunión ordinaria para que se tomen las decisiones correspondientes por parte de dicho órgano.

Por último, se precisa que no es deber de la sociedad ni del administrador informar dicha situación a la Superintendencia de Sociedades, a menos que la sociedad se encuentre en alguna situación especial por la cual deba entregar ésta información, como por ejemplo que haya sido conminada por la entidad a allegarla en virtud de sus funciones administrativas señaladas en los artículos 82, 83, 84, 85, 86 y 87 de la Ley 222 de 1995.

2. En lo que tiene que ver con su segunda inquietud, si no se cumple con la hipótesis de negocio en marcha, el Decreto 2101 de 2016 ha determinado:

“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.” (Subraya el Despacho).

Por tanto, en el evento en que una sociedad se encuentre en el supuesto de incumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, y teniendo presente que tal situación

acarrea una inminente liquidación, resulta claro que la sociedad no puede repartir dividendos, porque la misma debe inexorablemente proceder a liquidarse, evento en el cual, su patrimonio como prenda general de los acreedores debe garantizar el pago de las obligaciones con terceros de acuerdo con la prelación legal establecida en el Código Civil.

De suerte que de existir dividendos decretados que no hubieren sido pagados, por virtud de la liquidación del ente social, éstos entrarían a formar parte del pasivo externo de la sociedad y su pago quedaría sujeto a la prelación legalmente establecida, sin perjuicio de que, en su condición de socios, éstos sean acreedores internos de la sociedad por el aporte efectuado.

3. En cuanto a la tercera inquietud, habida cuenta que la anterior respuesta fue negativa, no procede su respuesta.

4. Sobre la cuarta inquietud, es necesario informar a la consultante que, ante un escenario de liquidación inminente, el patrimonio de la sociedad del que es parte la reserva legal, forma parte de la prenda general de los acreedores y no será necesaria su constitución nuevamente, ya que el incumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha bajo los parámetros normativos existentes es un evento de irreversible liquidación.

5. Al respecto de la quinta inquietud, es de indicarle a la consultante que, si el administrador considera que la sociedad se encuentra en el evento de incumplimiento de hipótesis de negocio en marcha, el mismo debe preparar los estados financieros e informes pertinentes, de acuerdo con la liquidación inminente en la cual se encuentra la sociedad.

El mismo Decreto 2101 de 2016, señaló en el numeral 66: “En la contabilidad la entidad que cambie su base contable de negocio en marcha por la base contable del valor neto de liquidación, ajustará contra su patrimonio (utilidades o pérdidas acumuladas) el efecto inicial resultante de este cambio de base”.

6. Frente a la sexta inquietud y bajo el supuesto de que la sociedad se encuentra cumpliendo con la hipótesis de negocio en marcha, es preciso reiterar lo indicado por éste Despacho:

“Sobre el tema de la distribución anticipada de utilidades, la Superintendencia ha precisado:

“(…) Con relación al punto anticipo de utilidades debo precisarle que tampoco es viable en ninguno de los tipos societarios, lo que incluye a las sociedades por acciones simplificadas, toda vez que ellas deben estar justificadas en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente (Artículo 28, inciso 2do. de la Ley 1258 de 2008).

Sobre este asunto se precisa traer a colación el contenido del artículo 17 de la Ley 1258 Cit., que si bien dispone que la estructura orgánica de la SAS y normas sobre su funcionamiento pueden determinarse libremente en los estatutos, también determina que a falta de estipulación se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio que corresponden a la asamblea general de accionistas, entre las cuales se destaca "Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará", serán ejercidas por el accionista único, si fuere el caso.

(...) En resumen de lo expuesto, en orden a precisar la respuesta a la inquietud planteada, frente a la falta de regulación estatutaria y teniendo en cuenta que no es un tema previsto en la Ley que crea la SAS, en aplicación a la preceptiva contenida en el Código de Comercio, las sociedades por lo menos una vez al año, a 31 de diciembre, deben cortar las cuentas y elaborar estados ...información que debe ser aprobada por el accionista único y el acta en la que conste tal aprobación debe asentarse en el libro respectivo, en esa mi misma oportunidad se dejara constancia del reparto de las utilidades, monto, forma y plazos para su cancelación..."

Por su parte, el artículo 151 del Código de Comercio dispone que: "...no podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma. Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.

Parágrafo. Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital."

En conclusión, estima esta Entidad que mientras que no se hayan determinado las utilidades sobre un balance cierto y aprobado por el máximo órgano social, no se puede distribuir ningún valor bajo el concepto de utilidades, toda vez que antes de que finalice el ejercicio no existe certeza si habrá utilidades y cuál será su monto, por lo que, si no son justificadas, mal podrían distribuirse de manera anticipada.

Adicionalmente, tampoco procede dicho reparto si no se han enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores y menos aún, si no se hacen previamente las apropiaciones respectivas para las reservas, como lo establece el Código de Comercio."

Sin perjuicio de lo anterior es relevante la precisión efectuada mediante Oficio No. 115 – 204407 del 21 de septiembre de 2017, en el sentido de advertir "Por lo tanto, en virtud del principio del buen juicio empresarial ("Business Judgement Rule"), la

administración deberá velar por que la propuesta de distribución de utilidades no ponga en riesgo el capital financiero, ni la prenda general de los acreedores, con la consecuente descapitalización de la empresa, lo cual obliga a los administradores a estar debidamente informados financiera, jurídica y económicamente, así como del entorno en que se desenvuelve la sociedad en aras de su estabilidad.”.

Por consiguiente, la distribución de utilidades se habrá de supeditar en todo caso a las reglas para ese fin estipuladas en los estatutos de la sociedad respectiva, amén de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1258 de 2008, los cuales deberán estar en concordancia con las disposiciones legales tantas veces señaladas.”²

7. Respecto de la séptima inquietud, es necesario recordar las siguientes normas del Código de Comercio:

“Artículo 150. La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.

Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

Parágrafo. A falta de estipulación expresa del contrato, el sólo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.

Artículo 151. No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma.

Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.

Parágrafo. Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital.”

“Artículo 451. Distribución de utilidades en la Sociedad Anónima. Con sujeción a las normas generales sobre distribución de utilidades consagradas en este Libro,

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-041880 (21 de marzo de 2018). [En Línea]. Asunto: Pago anticipado de dividendos en las SAS. [Consultado el 13 de julio de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-041880.pdf

se repartirán entre los accionistas las utilidades aprobadas por la asamblea, justificadas por balances fidedignos y después de hechas las reservas legal, estatutaria y ocasionales, así como las apropiaciones para el pago de impuestos.”

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 222 de 1995, establece:

“Artículo 34. Obligación de preparar y difundir estados financieros. A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiera.

El Gobierno Nacional podrá establecer casos en los cuales, en atención al volumen de los activos o de ingresos sea admisible la preparación y difusión de estados financieros de propósito general abreviados.

Las entidades gubernamentales que ejerzan inspección, vigilancia o control, podrán exigir la preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios. Estos estados serán idóneos para todos los efectos, salvo para la distribución de utilidades.”

Siendo así, se reitera que mientras no se hayan establecido las utilidades sobre un balance cierto y aprobado por el máximo órgano social, no se podrá distribuir ningún valor bajo el concepto de utilidades, toda vez que antes de que finalice el ejercicio no existe certeza si habrán utilidades y cuál será su monto, por lo que si no son justificadas, mal podrían distribuirse de manera anticipada, por lo que tampoco procede dicho reparto si no se han enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores y menos aún, si no se hacen previamente las apropiaciones respectivas para las reservas y los impuestos, como lo establece el Código de Comercio.

8. Para responder la octava pregunta, aunque no se entiende el sentido de la misma, se observa que el artículo 154 del Código de Comercio señala:

“Artículo 154. 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 y que hayan sido justificadas ante la Superintendencia de Sociedades.

La destinación de estas reservas sólo podrá variarse por aprobación de los asociados en la forma prevista en el inciso anterior.”

Por lo que, en esencia, cada uno de los componentes relacionados, es decir las “utilidades” y “reserva ocasional” son distintos y en esa medida los parámetros de cada uno se definen

por las normas ya relacionadas. Por tanto, la distribución de utilidades no deviene de la reserva ocasional, pero ésta si es tomada en cuenta para el reparto de utilidades mínimo determinado en el artículo 454 del Código de Comercio.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental lo determinado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, no sin antes reiterar 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.