

OFICIO 220-059657 DEL 04 DE JUNIO DE 2019

REF: REEMBOLSO PARCIAL DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES.

Me refiero a su comunicación radicada con el número arriba anotado, mediante la cual, previa exposición de algunos fundamentos normativos relacionados con la disminución del capital social que se exponen a continuación, formula algunas consultas:

1. El artículo 145 del Código de Comercio dispone que: *"La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales.*

Cuando el pasivo externo proviniere de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo."

2. Mediante Circular Externa No. 220-000008 del 1 de agosto de 2014, la Superintendencia de Sociedades reconsideró su posición doctrinal y concluyó que *"la prima en colocación de acciones hace parte del aporte entregado por el socio o accionista a la compañía"* con fundamento en los artículos 384 y 386 del *Estatuto Mercantil* y en, consecuencia, *"debe seguir las reglas del capital social para que los socios o accionistas dispongan de esta partida, en los mismos términos del capital social"*.

3. La sociedad no está dentro de las circunstancias previstas en las circunstancias previstas en el capítulo 1, numeral 1, literal A de la Circular Básica Jurídica

Me permito elevar la siguiente consulta:

¿Se requiere autorización de la Superintendencia de Sociedades para el reembolso parcial de la prima en colocación de acciones en una sociedad por acciones simplificada (S.A.S), y la misma no está dentro de las circunstancias previstas en las circunstancias previstas en el capítulo 1, numeral 1, literal A de la Circular Básica Jurídica?



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

¿El reembolso parcial de la prima en colocación de acciones afecta el capital pagado y registrado en la Cámara de Comercio de una sociedad por acciones simplificada (S.A.S)?

¿Se requiere inscribir el acta en la Cámara de comercio pese a que con dicha operación no se modifica la partida patrimonial de capital social si bien el valor nominal de las acciones permanece?

De forma preliminar es necesario advertir que si bien 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, este Despacho emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos expresan una opinión general puesto que sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, lo que explica, a su vez, que estas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Para el efecto y previo a resolver las inquietudes propuestas, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones jurídicas en torno a las características del capital social en una sociedad comercial:

1.El capital, de acuerdo con el artículo 122 del Código de Comercio, debe estar fijado de manera precisa, esta norma recoge **el principio de la permanencia**, en el sentido de que *“(...) no solo debe existir entre éste y el patrimonio de la compañía el debido equilibrio, sino que debe mantenerse ajeno a circunstancias que conlleven a su disminución o reducción,”* i salvo en los precisos términos de los artículos 143 y 144 del Código de Comercio y en particular en este último, donde *“(...) los asociados podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés, antes de que disuelta la sociedad se ha cancelado el pasivo externo”*

2. El legislador de manera expresa implementó las condiciones que garantizan la preservación del patrimonio social, cuando exige dentro de los requisitos del artículo 145 del Código de Comercio, una serie de presupuestos legales para salvaguardar el interés de los terceros acreedores. Por lo tanto, siempre que ese interés no se menoscabe con la disminución, la misma puede tener ocurrencia, pues, al fin y al cabo, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, los socios pueden disponer de su propia compañía, pero cuando el señalado interés se afecta, la autonomía de los socios, indudablemente debe ceder en pos de ese interés.

3. En cuanto hace al capital social, el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993 lo define como aquel que: *“(...) representa los aportes efectuados al ante económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirven de garantía de los acreedores”* *“(...) Al*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

respecto, es conveniente tener en cuenta que el capital se encuentra conformado no solo por los aportes de los asociados realizados al momento de la constitución del ente social o en posteriores aumentos del mismo, sino por aquellos otros recursos generados por el ente económico como las utilidades y reservas, **así como por la prima en colocación de acciones y la revalorización del patrimonio; partidas que son capitalizables de conformidad con las normas legales y la técnica contable (...)**ⁱⁱ (la negrilla no es del texto).

4. 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”**. (Negrilla fuera del texto). 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.

5. En torno a la prima en colocación de acciones como factor de reembolso en la reducción del capital social y respecto del valor al cual debe aplicarse el reembolso que se origina en la reducción de capital, el doctor Francisco Reyes Villamizar, afirma lo siguiente: “(...) debe advertirse que no existe ninguna regla legal que lo defina en forma imperativa. A pesar de ello, podría ser razonable considerar que hay un límite máximo, de orden cuantitativo, para la fijación del valor del reembolso. Tal restricción consistiría precisamente en la imposibilidad de efectuarlo por un valor que resulta superior al intrínseco de la acción. Tal conclusión podría sustentarse en el efecto de depreciación del capital remanente que tendría un reembolso de esa naturaleza, por cuyo efecto las acciones restantes experimentarían una desvalorización correlativa.

Con todo, podría argumentarse, en contra de esta postura, que, cumplidos los exigentes requisitos legales, los terceros quedan suficientemente protegidos. Empero creemos que si una operación de reducción de capital se hiciera en tales condiciones, tendría que recaer sobre la totalidad de las acciones e implicar un reembolso proporcional sobre cada uno de los asociados. De lo contrario, quienes no recibieran el reembolso verían menoscabada su situación patrimonial por obra de la determinación asamblearia. Esta sería por tanto, impugnabile por carecer de un alcance general, según lo ya explicado (C.de Co., Art 190)ⁱⁱⁱ



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Efectuadas las precisiones anteriores y con el fin de resolver los puntos materia de su consulta, se considera necesario observar que el tratamiento que corresponde a la prima, ha venido evolucionando en el tiempo, amén de los cambios de que ha sido objeto en el régimen tributario, por lo que viene al caso remitirse al Oficio 220-007226 del 29 de enero de 2015, que ilustra sobre la regulación vigente:

“(…) efectivamente con ocasión de la expedición de la Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012, contentiva del actual Estatuto Tributario, la Superintendencia de Sociedades se vio en la necesidad de examinar nuevamente el criterio doctrinal y consecuente con ello, profirió la Circular Externa 200-000008 del 1 de agosto de 2012, donde fijó la posición vigente frente a la prima en colocación de acciones. (...) El artículo 91 reza:

“Para todos los efectos tributarios, el superávit de capital correspondiente a la prima en colocación de acciones o cuotas sociales, según el caso, hace parte del aporte y, por tanto, estará sometido a las mismas reglas tributarias aplicables al capital, entre otras, integrará el costo fiscal respecto de las acciones o cuotas suscritas exclusivamente para quien la aporte y será reembolsable en los términos de la ley mercantil. Por lo tanto, la capitalización de la prima en colocación de acciones o cuotas no generará ingreso tributario ni dará lugar a costo fiscal de las acciones o cuotas emitidas”

*“(…) 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.** (La negrilla no es del texto)*

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.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 podrá disponer de la prima en colocación para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución y como mecanismo para enervarla (...)*

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se responden las preguntas propuestas en su orden así:

1 De acuerdo con el numeral 7° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 151 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012, le corresponde a esta Superintendencia “autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes”, agrega la misma disposición que la autorización podrá conferirse en forma general.

Para cuyo propósito, en la Circular Básica Jurídica Capítulo I, numeral 1, literal A, indica en seis numerales, los supuestos en los que se hace necesaria una autorización particular. Por su parte el literal B “Autorización particular”, dispone



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

entre otras que si la sociedad no está sujeta al régimen de autorización general mencionado en el literal A por encontrarse en cualquiera de los supuestos previstos en los numerales i, ii, iii, iv, v y vi, iv y tratarse de una sociedad que se encuentre sometida a la vigilancia de otra superintendencia, o a vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, o se trate de una sociedad inspeccionada que no esté sujeta al régimen de autorización general mencionado en el literal A, deberá solicitar de manera previa al perfeccionamiento de tal reforma, autorización particular de la Superintendencia de Sociedades mediante comunicación escrita que deberá estar firmada por su representante legal o apoderado debidamente constituido.

En consecuencia, comoquiera que conforme al escrito de la consulta, la sociedad no está dentro de las circunstancias previstas en el Capítulo 1, numeral 1, Literal A, de la Circular Básica Jurídica, que corresponden a los supuestos de Autorización General, estaría inmersa en los requisitos de autorización particular y en tal virtud, para proceder a efectuar la disminución de la prima en Colocación de acciones, deberá proceder a solicitar la respectiva autorización de esta Superintendencia, mediante solicitud dirigida al Grupo de Trámites societarios, en los términos del artículo 145 del Código de Comercio.

2. Cuando el reembolso corresponda únicamente al monto de las sumas aportadas como prima en colocación de acciones, esta disminución no afecta el capital social, por lo que para su modificación basta con el registro contable de la disminución de esta cuenta del patrimonio, sin que con ello se afecte la cuenta de capital.

i Memorando 220-270 del 23 de noviembre de 1999, reitera la posición contenida en el oficio 220-13021 del 30 de marzo de 1998.

ii Memorando 300-004 del 13 de enero de 2000, retoma nuevamente el criterio expuesto por la Superintendencia de sociedades a través del oficio 220-36566 del 1° de julio de 1997.

iii Francisco Reyes Villamizar. Derecho Societario. Tercera Edición Editorial Temis página 452 tomo 1.

iv i Cuando a pesar de haberse verificado el cumplimiento de cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 145 del Código de Comercio, la situación financiera de respectivo ente registre una o más obligaciones vencidas, cuyo incumplimiento supere los 90 días y, que en el agregado represente el 10% o más de pasivo externo.

ii. Cuando el valor total de los aportes a reembolsar, representen el 50% o más del total de los activos.

iii. Cuando se trate de personas jurídicas respecto de las cuales exista una situación de control, bien sea como controlante o como subordinada, en relación con otra u otras personas jurídicas sometidas al control o vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, o de otra Superintendencia.

iv. Cuando se trate de sociedades con obligaciones a su cargo, originadas en emisión de bonos.

v. Cuando se trate de sociedades, sucursales de sociedades extranjeras o empresas unipersonales con pasivo pensional a su cargo.

vi. Cuando se trate de sociedades, sucursales de sociedades extranjeras o empresas unipersonales que se encuentren en ejecución de un acuerdo concordatario, de reestructuración o de reorganización.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

3. Conforme a lo expuesto, la disminución de la prima en colocación de acciones, aunque constituya aporte, no implica una reforma de los estatutos sociales y en consecuencia, la operación contable que se registre, no requiere de registro en la Cámara de Comercio en los términos del artículo 158 del Código de Comercio.

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.