

OFICIO 220-066611 DEL 18 DE JUNIO DE 2019

REF: LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES PODRÁ APLICARSE PARA ENJUGAR PÉRDIDAS SIEMPRE QUE LA SOCIEDAD SE ENCUENTRE EN CAUSAL DE DISOLUCIÓN.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta consulta relativa la posibilidad de enjugar pérdidas con la cuenta de prima de colocación de acciones como de la posible alternativa para enjugar pérdidas, inquietudes que se absolverán en el orden propuesto.

Debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver lo correspondiente así:

i) “(...) ¿Es posible enjugar las pérdidas acumuladas en una Sociedad por Acciones, con la cuenta de prima en colocación de acciones o inclusive la de capital social, considerando que correspondería a un asiento contable y que la sociedad cuenta con activos que superar el doble del pasivo externo? En caso de ser negativa la respuesta anterior se le solicita a las SIS exponer las alternativas con las que cuenta una sociedad para enjugar perdidas aparte de emplear las utilidades del ejercicio.”

En primer lugar, el Código de Comercio, en su artículo 151, dispuso que no se puedan distribuir utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital, en los siguientes términos:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“(…) 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.”*

Aunada a la advertencia anterior, para poder distribuir utilidades en una sociedad, se seguirá el procedimiento previsto por los artículos 451, 452, 453, 454, 455 y 456 del Código de comercio.

Ahora bien, en el numeral 3° del Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica, No. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, dispuso lo siguiente en torno de la distribución de la prima en colocación de acciones, así:

“(…) Los accionistas podrán disponer de la prima en colocación para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución y como mecanismo para enervarla.”

A este propósito, baste para ello traer apartes de los argumentos expresados en varios oficios con los cuales esta Oficina, en cumplimiento de tal previsión legal se ocupó sobre el tema así:

Oficio 220-007226 del 29 de enero de 2015:

“(…) 4. Los accionistas podrán disponer de la prima en colocación para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución y como mecanismo para enervarla” En el mismo sentido el Oficio 220-226926 del pasado 16 de diciembre se refirió a los alcances de la Circular mencionada, razón por la cual los oficios a los que su consulta alude, se encuentran derogados. En este orden de ideas, se tiene que a la luz de las disposiciones vigentes es viable enjugar pérdidas con la prima en colocación de acciones, siempre y cuando la sociedad se encuentre incurso en causal de disolución.”

Oficio 220-061029 del 22 de marzo de 2017:

“(…) 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.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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”

Oficio 115-209693 del 30 de noviembre de 2016

“(…) La sociedad una vez disuelta, debe adelantar el proceso liquidatorio con el fin de lograr la realización de los bienes sociales, en orden a cancelar en primer lugar las obligaciones que pesan sobre la compañía, de forma que al final del proceso se materialice jurídicamente su extinción. Los accionistas pueden disponer de la prima en colación de acciones para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución y como mecanismo para enervarla.” (Subrayado fuera de texto).

Luego entonces, no se podrán enjugar las pérdidas del ejercicio con la prima en colación de acciones, si la sociedad no se encuentra en causal de disolución por pérdidas, por lo que frente a tal restricción se tendrá que acudir al procedimiento perentorio dispuesto por los artículos inicialmente indicados en este punto.

ii) “(…) En caso de ser negativa la respuesta anterior se le solicita a las SIS exponer las alternativas con las que cuenta una sociedad para enjugar perdidas aparte de emplear las utilidades del ejercicio.”

Para la absorción de pérdidas, el ordenamiento legal mercantil permite varias alternativas, para tal propósito, o conjurar tal circunstancia patrimonial conforme lo previsto por los artículos 4561, del Código de Comercio.

1 **Artículo 456.** 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 así lo decida la asamblea.

Si la reserva legal fuere insuficiente para enjugar el déficit de capital, se aplicarán a este fin los beneficios sociales de los ejercicios siguientes.

2 **Artículo 459.** La asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cien por ciento del capital suscrito, como la venta de bienes sociales valorizados, la reducción del capital suscrito conforme a lo previsto en este Código, la emisión de nuevas acciones, etc. Si tales medidas no se adoptan, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad para que se proceda a su liquidación.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Para este propósito la prescripción legal anterior indica que las pérdidas se enjugaran con:

1-Las reservas cuya finalidad fueron creadas especialmente para absorber perdidas.

2-La reserva legal.

3-Si la reserva legal fuere insuficiente, se aplicará para este fin los beneficios u utilidades sociales de los ejercicios siguientes hasta cubrir la totalidad de las pérdidas.

A este propósito, el Oficio 100-06083 del 22 de febrero de 2002, permite visualizar un esquema o derrotero de cómo puede la administración o el máximo órgano de la forma estructurar el proceso para absorber las pérdidas y superar ese momento de crisis financiera del ente societario, así:

“(...) 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 afecten 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 apropiar 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 perdidas habrá lugar a repartir utilidades, todo con el propósito de reintegrar el capital inicial a través de las utilidades futuras.”

Aunado a lo anterior, también son propios y pertinentes los mecanismos o medidas para restablecer el patrimonio prescritos por el artículo 458, y 459² del Código de Comercio, pero siempre y cuando se dirija restablecer el patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito:

Estas medidas deberán tomarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que queden consumadas las pérdidas indicadas.

3 REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. II editorial Temis, 2002, pág. 292 y 2936.

a- La venta de bienes sociales valorizados.

b- La reducción de capital suscrito, conforme a lo previsto por el artículo 145 del Código de Comercio, pero dirigida única y exclusivamente para enervar la causal por pérdidas, como causal de disolución de la sociedad.

c- La emisión de nuevas acciones, o aumento del capital social³.

d- Las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Sobre este trascendental aspecto se sugiere la consulta de los siguientes Oficios 220-027356 del 5 de junio de 2002 y 220-34938 del 25 de mayo de 2012.

iii “(...) **Sería viable una readquisición de acciones con las utilidades liquidas del ejercicio sin necesidad de previamente enjugar las pérdidas al tenor de los establecido en el artículo 396 del Código de Comercio.**

Por mandato del artículo 151 del Código de Comercio, no podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital, lo que impide un proceso de readquisición de acciones en los términos del artículo 396 ibídem.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la P.Web de la Entidad, la normatividad, los concepto jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.