

OFICIO 220-004618 DEL 19 DE ENERO DE 2018

REF.: DISMINUCIÓN DE CAPITAL PARA ENERVAR CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS

Aviso recibo del escrito radicado bajo el número 2017-01-627447, a través del cual expone algunos antecedentes que remiten al precepto contenido en artículo 458 del Código de Comercio, respecto de una sociedad anónima que registra una causal de disolución por pérdidas y a los conceptos de este Despacho que al efecto cita, para luego formular una serie de interrogantes sobre el tema, que se resumen así:

- Solicita aclarar si la sociedad que desea reducir su capital debe estar en causal de disolución al momento de adoptar la decisión respectiva.

- Si en el evento de no estar en causal de disolución por pérdidas pero saber que al finalizar el año 2017 lo estará, se podría reducir el capital para absorber pérdidas de ejercicios anteriores a tal ejercicio, con base en estados financieros intermedios.

- Si los estados financieros intermedios con base en los cuales una sociedad puede reducir su capital para absorber pérdidas de ejercicios anteriores, deben ser o no auditados y cuál es la fecha que deben tener.

- Por último requiere claridad acerca del proceso y las condiciones que debe tener una sociedad para poder reducir su capital con base en estados financieros intermedios.

- Atendiendo en su contexto la solicitud y en particular el primer interrogante, es dable precisar que en términos generales, para reducir el capital de una sociedad, cuando la medida implique un efectivo reembolso de aportes, deben cumplirse los requisitos para ese fin previstos en el artículo 145 del Código de Comercio, entre ellos la autorización de esta Entidad. En ese evento valga aclarar, no es necesario que la compañía se encuentre en causal de disolución por pérdidas.

Contrario sensu, si el propósito de la operación es enervar la causal de disolución por pérdidas que han reducido el patrimonio por debajo del 50% del capital suscrito de que trata el numeral segundo del artículo 457 del Estatuto Mercantil, es posible disminuir el capital, sin necesidad de cumplir los requisitos anotados, puesto que la reducción no implica en ese caso un reembolso de aportes, condición que determina el cumplimiento de las condiciones a que alude la norma citada en el párrafo anterior.

En tal virtud es dable afirmar en forma categórica, que la reducción del capital social en el supuesto anterior, será procedente, en la medida en la sociedad efectivamente se halle incurso en causal de disolución por pérdidas en los términos y condiciones legales determinadas.

- Sobre el particular esta Superintendencia en diversas oportunidades se ha pronunciado, entre otras mediante Oficio 220-100867 del 9 de noviembre de 1999, donde manifestó: ‘...La disminución de capital para enjugar pérdidas es una medida excepcional para restablecer el patrimonio de la empresa y principalmente contable, que de no permitirse obligaría a la compañía a declararse disuelta y en estado de liquidación. Ese es el sentido del artículo 459 del ordenamiento mercantil, que explica su inclusión en el Capítulo V – Disolución y liquidación de la sociedad anónima.’

En efecto, la norma dispone que si no se adoptan tales medidas, dentro de las cuales está la de disminuir el capital suscrito, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad para que se proceda a su liquidación. Pero en el evento de no encontrarse en la causal de disolución referida, no será posible disminuir el capital en las condiciones permitidas por el citado artículo. Por tal motivo, hasta tanto no se consolide la causal de disolución por pérdidas, en los estados financieros de fin de ejercicio, no será posible acudir a tal herramienta.

En este sentido el Oficio 220-30791 del 18 de mayo de 1995, expresa ‘...Si bien mediante un balance de prueba se puede evidenciar la presencia de una situación económica anómala en un determinado momento, y servir de base o alerta a los administradores sobre la posible ocurrencia de la causal de pérdidas prevista por el numeral 2º del artículo 457 del Código de Comercio, es lo cierto que el estado financiero idóneo para la verificación correspondiente en estos casos, en principio, es el estado financiero básico, clasificado dentro de los de propósito general, y en segunda instancia, el de propósito intermedio en razón de su naturaleza.’

Por consiguiente, es criterio de esta Entidad que en todo caso será viable adoptar tal decisión con base en estados financieros intermedios, pero el estado financiero idóneo para establecer las pérdidas a ser enervadas, son los estados financieros de fin de ejercicio.

No está demás traer apartes del Oficio 100-06083 del 22 de febrero de 2002, el cual explica porque la reducción del capital social, sólo procede para enervar la causal de disolución por pérdidas. Así se explica que con el fin de proteger el patrimonio, la ley prohíbe expresamente que se distribuyan utilidades mientras no se hayan absorbido las pérdidas que afecten el capital y que si no hubieren reservas creadas para absorber las pérdidas, deberán emplearse las utilidades

generadas en el ejercicio y de no ser suficientes, deberá acudir para tal efecto a la reserva legal y que de no ser tampoco suficiente la referida reserva, deberán emplearse las utilidades de los ejercicios siguientes, ‘...de manera que sólo después de cubrir la totalidad de las pérdidas habrá lugar a repartir utilidades...’.

‘...La única excepción que contempla el Código de Comercio frente a la citada regla, se encuentra en el artículo 459, pero, como forma de restablecer el patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, esto es para enjugar las pérdidas que ubican a la sociedad en la causal de disolución prevista en el artículo 457, numeral 2. Es por eso que la disposición prevista en el artículo 459 no forma parte del capítulo IV del título VI del libro segundo, denominado “balances y dividendos”, sino del capítulo V, denominado “disolución y liquidación de la sociedad anónima”.’

‘De ahí que no pueda ser vista la reducción del capital como una alternativa discrecional de los socios para absorber pérdidas en condiciones distintas, pues de los preceptos analizados se infiere que se trata de una medida limitada a la posibilidad de subsanar una situación de hecho específica que, imperativamente aboca la sociedad a la disolución y consiguiente liquidación.’ (...) ‘De permitirse que la sociedad enjague pérdidas contra capital, sin estar en causal de disolución, se estaría abriendo la posibilidad para que las utilidades futuras, en lugar de destinarse prioritariamente para la restauración de reservas y enjugar pérdidas, se distribuyan como dividendos, práctica que sería a todas luces inconveniente y que sin duda ocasionaría un perjuicio para los acreedores sociales.’

En los anteriores términos ha sido atendida su solicitud, con la advertencia que la respuesta recibida tiene el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.