

OFICIO 220-089664 DEL 27 DE AGOSTO DE 2019

REF: NO ES VIABLE ENJUGAR PÉRDIDAS CON LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES, SALVO QUE LA SOCIEDAD SE ENCUENTRE EN CASUAL DE DISOLUCIÓN.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual plantea la siguiente situación:

“(…) Una sociedad por acciones simplificada (SAS), con un único accionista, tiene en su balance unas pérdidas acumuladas muy altas, una prima en colocación de acciones cuyo monto es mucho mayor a las pérdidas y no se encuentra en causal de disolución. La sociedad requiere enjugar esas pérdidas con el fin de tener una situación financiera positiva para ser presentada a entidades financieras y a sus contratantes.”

Plantea el consultante que ante la posibilidad de enjugar perdidas revisó conceptos de la Entidad dentro de los que se destacan el Oficio N° 220-003212 del 10 de enero de 2012, y el Oficio 220- 076476 del 21 de junio de 2013, entre otros, donde la posición de la entidad, basada en el criterio del Comité Jurídico de la Entidad en octubre del 2010 -Acta No. 2-, era la siguiente:

“(…) 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. (Subrayado y negrillas nuestras)”

Igualmente, menciona que posteriormente la Entidad cambió su posición doctrinal tal y como consta en el Oficio 220-061029 del 22 de marzo de 2017 y oficio 220-066611 del 18 de junio de 2019, entre otros, y en la Circular Básica Jurídica, así:

“(…) 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



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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.”

Bajo la nueva posición que ahora tiene la entidad, el consultante presentó las consideraciones que se resumen así:

- A) La prima en colocación de acciones como un mayor de la acción hace parte del aporte entregado por el socio o accionista a la compañía.
- B) La prima en colocación de acciones a pesar de hacer parte del aporte entregado por el socio a la compañía se ha registrado en cuentas diferentes del patrimonio: capital social y superávit de capital.
- C) En el momento de enjugar pérdidas la sociedad debe hacer uso de las utilidades, afectando los dividendos de cada socio según su partición social.
- D) Según la doctrina de la Superintendencia de Sociedades: *“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” y “la prima en colocación es un aporte cuyo reembolso debe seguir las reglas de la disminución del capital”.*

Conforme a lo anterior el consultante realiza cinco (5) preguntas y solicita un nuevo análisis respecto a la doctrina de la entidad para que se le permita a una sociedad hacer uso de la prima en colocación de acciones para enjugar pérdidas sin que la sociedad se encuentre en causal de disolución. Las preguntas que plantea son:

“(…) 1. No es clara la razón por la cual, la Superintendencia de Sociedades cambio la posición sobre la posibilidad de disminuir la prima para enjugar pérdidas sin que exista causal de disolución. ¿Podrían indicarnos las razones por las cuales la entidad cambió su posición?

2. ¿La sociedad solamente tendrían tres herramientas para enjugar pérdidas?, ¿el uso de la reserva destinada para tal fin, la reserva legal o el uso de las utilidades?

3. ¿Qué otras alternativas tendría entonces una sociedad que no está en causal de disolución para enjugar esas pérdidas, teniendo en cuenta que la sociedad no tiene una reserva destinada para tal fin, no tiene reserva legal, ni tiene unas utilidades para disponer de las mismas, o, en caso de existir, no son suficientes para enjugar todas las pérdidas acumuladas?

4. Como en el caso planteado hablamos de un único accionista, no existirá menoscabo patrimonial o alguna situación de inferioridad entre los accionistas en el momento en que se haga uso de la prima en colocación de acciones para



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

enjugar las pérdidas de la sociedad. En ese caso, si la prima es tratada como capital, al hacer parte del aporte del accionista ¿el único accionista no está en la facultad de disponer de ella en favor de la sociedad?

5. O en el caso de existir varios accionistas, ¿los accionistas no pueden decidir en favor de la estabilidad financiera de la compañía y aprobar con la mayoría o por unanimidad el uso de prima en colocación de acciones para enjugar las pérdidas de la sociedad, antes de entrar en la difícil posición de tener una sociedad en causal de disolución?

Para resolver las inquietudes planteadas es preciso tener en cuenta de forma preliminar 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.

Con las precisiones anteriores y en el entendido que la consulta formulada corresponde a la regulación legal establecida para absorber las pérdidas en una sociedad SAS, regulada por la ley 1258 de 2008, el artículo 45 de la referida ley, dispone que en lo no previsto en ella, se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio, previsión legal de la que resulta claro que el modo de absorber las pérdidas en el caso objeto análisis, fue el previsto en el precepto contenido en el artículo 456 del Código de Comercio, que al respecto dispone lo siguiente:

“(…) 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”

Acorde con la referida disposición en concordancia con la el artículo 36 del Estatuto Tributario, en cuanto disponía que la prima en colocación de acciones, era susceptible de ser distribuida a título de utilidad, este despacho dio vía libre a la posibilidad legal de aplicar la prima para enjugar las pérdidas, aún sin atender los preceptos contenidos en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio, por cuanto al ser la prima un reflejo del mayor valor de la empresa y un resultado de la operación, en el entendido que los socios estaban en capacidad de renunciar al beneficio de su distribución y determinar que ésta fuera aplicada a las pérdidas del ejercicio.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Sin perjuicio de lo anterior, es del caso puntualizar que desde el punto de vista del derecho mercantil societario, de tiempo atrás, vale decir, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012, este Despacho sobre la naturaleza jurídica **de la prima en colocación de acciones**, en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos año de 1995, páginas 59 a 64, Oficio 42700 del 16 de agosto de 1995, en torno al precio de la acción, afirmó lo siguiente:

“(...) El Legislador Mercantil, atendiendo los distintos elementos y circunstancias que pueden llegar a integrar e incluso a determinar el precio y su valor, prefirió no regular su conformación, únicamente previo que éste no podrá ser inferior al valor nominal de la acción, dejando a la voluntad de las partes establecer si a bien lo tienen, un valor superior al nominal, lo cual no significa que el mayor valor previsto para los futuros contratantes se desmembre del precio de que habla el Código de Comercio en los artículos ya mencionados (...)”

A su vez, en el referido oficio, señala que el doctor José Ignacio Narváez, citando a los tratadistas españoles Joaquín Garríguez y Rodrigo Uría, lo siguiente:

“(...) En efecto, cuando la marcha de una empresa es floreciente y tiene un patrimonio superior al capital social, cualquier ampliación del capital hecha a la par reduciría proporcionalmente la diferencia entre capital y patrimonio, produciendo una desvalorización de las acciones antiguas, que puede contrarrestarse exigiendo a los suscriptores de las acciones nuevas una prima o sobreprecio por cada título, proporcional a esa diferencia inicial entre capital y patrimonio, es decir, proporcional a las reservas efectivas acumuladas por la sociedad con anterioridad a la emisión de los títulos nuevos, la prima de emisión producirá así el efecto equitativo de nivelar la situación patrimonial de los accionistas nuevos con la de los viejos, que han ido constituyendo reservas en la empresa a costa de reducir los beneficios repartibles en ejercicios anteriores y han corrido, además, los riesgos inherentes a toda la empresa antes de su estabilización tras de un proceso de funcionamiento normal y provechoso”

En este orden de ideas podemos sintetizar lo expuesto, en aquél principio general que señala “donde no distingue el legislador no le es dable distinguir al intérprete”

Luego de esta breve exposición, es conclusión obligada que **la prima en colocación es un elemento jurídicamente inescindible del valor del precio** al que se ofrecen las acciones y por ende, sujeta a las restricciones predicables de este último. (La negrilla no es del texto).

En ese punto no hay que llamarse a confusiones, pues si bien las disposiciones contables establecen una separación para la afectación de los rubros, ordenando que el valor nominal se contabilice afectando la cuenta el capital suscrito y la prima en colocación de acciones con cargo a la cuenta del mismo nombre (artículo 84 del Decreto 2649 de 1993), esto no significa que jurídicamente se bifurque el precio dando la opción de establecer formas de pago diferentes para cada rubro, toda vez que como ya se dijo, el precio es único e íntegro porque así lo quiso el legislador del setenta y uno(71)”

Aunado a lo expuesto, también de tiempo atrás la Superintendencia de Sociedades ha sostenido **en relación con el capital**, lo siguiente:

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, e integridad, 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,*” 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*” (Memorando 220-270 del 23 de noviembre de 1999, reitera la posición contenida en el oficio 220-13021 del 30 de marzo de 1998).
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. El artículo 83 del Decreto 2649 de 1993 lo define como aquel que: “(...) *representa los aportes efectuados al ente 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 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 (...)” (la negrilla no es del texto). (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).

De lo dicho se desprende que la posición conceptual adoptada por la Superintendencia de Sociedades, relacionada con la permanencia del capital y su carácter inescindible de la prima en colocación de acciones, fue reiterada en el artículo 91, de la ley 1607 de 2012, cuyo texto se transcribe:

“ARTÍCULO 91. Modifíquese el artículo 36 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

“Prima en colocación de acciones o de cuotas sociales. Para todos los efectos tributarios, el superávit de capital correspondiente a la prima en colocación de acciones o de 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”.

Con fundamento en el precepto anterior, se adoptó la postura hoy vigente prevista en la Circular básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, cuyo texto se transcribe:

“(…) Como resultado de la modificación del artículo 36 del Estatuto Tributario en virtud de lo dispuesto de la Ley 1607 de 2012, la prima en colocación de acciones o de cuotas sociales, según sea el caso, estará sometida a las mismas reglas tributarias aplicables al capital.

En consecuencia, con fundamento en los artículos 384 y 386 del Código de Comercio, para efectos societarios, la prima en colocación de acciones hace parte del aporte entregado por el socio o accionista a la compañía. Dicho aporte, se compone de dos partidas patrimoniales: (A) el capital social, que es la sumatoria de las alícuotas a valor nominal y (B) la prima en colocación de acciones que refleja el mayor valor sobre el nominal después de haber sido constituida la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, la prima en colocación es un aporte cuyo reembolso debe seguir las reglas de la disminución del capital (artículo 145 del Código de Comercio).

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 (artículo 144 del Código de Comercio).

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.

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.” (Subrayado nuestro).

De los referidos presupuestos, se procede a responder los interrogantes planteados, así:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

El **primer interrogante** debe resolverse teniendo en cuenta que cuando la Superintendencia adoptó la posición hoy vigente con fundamento en el artículo 91 de la Ley tributaria 1607 de 2012, que impide disminuir la prima en colocación de acciones, para amortizar pérdidas, se limitó a ajustar la realidad jurídica a la naturaleza del capital social, dentro de los parámetros de la doctrina societaria existente con anterioridad a la referida ley, relacionada con la naturaleza del capital, en cuanto señala que *“la prima en colocación es un elemento jurídicamente inescindible del valor del precio al que se ofrecen las acciones y por ende, sujeta a las restricciones predicables al capital, en cuanto se refieren a su permanencia”* pues *“(…) 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* (artículo 122 del Código de Comercio).

En lo que corresponde al **segundo y tercer interrogantes**, es del caso afirmar que en efecto, los únicos mecanismos para absorber las pérdidas en una sociedad, son los previstos en el artículo 456 del Código de Comercio, aplicable a las SAS, por disposición del artículo 45 de la ley 1258 de 2008, si los estatutos no consagran nada al respecto.

Acorde con lo expresado, para resolver el **cuarto interrogante**, debe señalarse que aun cuando se trate de un accionista sea único y a juicio del consultante no exista menoscabo patrimonial o alguna situación de inferioridad, pues no existen otros socios, no es viable hacer uso de la prima en colocación de acciones para enjugar las pérdidas de la sociedad, sino en el evento en que la sociedad se encuentre en causal de disolución; tampoco en el caso previsto en el **quinto interrogante**, pues la decisión de los accionistas no modifica el presupuesto legal aplicable para enjugar pérdidas previsto por el artículo 456 del Código de Comercio.

Lo anterior no obsta para revisar la posibilidad legal de modificar los estatutos sociales, creando la estatutariamente una reserva legal o una reserva especial para absorber unas determinadas pérdidas, en los términos del artículo 456 del Código de Comercio; o estipular en el contrato la figura de la reposición del aporte, de acuerdo con el artículo 123 del Código de Comercio, figura en torno de la cual, este Despacho en el oficio 220- 177553 del 5 de diciembre de 2012, cuyo texto completo lo invito a consultar, a través de la cual se podrían enjugar las pérdidas, sin aumentar ni disminuir el capital. Para el efecto, se transcriben apartes del referido oficio.

*“(…) REPOSICIÓN DE APORTES. (Oficio 115-041287 del 8 de julio de 2010)
“Una sociedad tiene aportes de capital por \$100 MM y durante el año de funcionamiento perdió \$10 MM. Agrega que los socios quieren que la empresa no pierda el capital, por lo que están de acuerdo en reponer el capital (de su propio patrimonio) en los 10 MM que se perdieron, para así asumir (los socios) la pérdida de la compañía, de manera que el patrimonio de la compañía se mantenga en*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

\$100 MM. El dinero entraría efectivamente y sería aportado en proporción a la participación de cada uno de los socios.

Con base en lo expuesto consulta ¿Cuál es el procedimiento contable y las consecuencias tributarias para realizar una reposición de capital? ¿Es posible hacerlo de esta manera (¿pérdidas del ejercicio contra caja directamente? (...)) El tema que ahora se somete a consideración de esta Superintendencia ha resultado de interés institucional tanto por sus implicaciones jurídicas como por sus efectos contables, lo que ha suscitado que la “reposición de aporte” haya sido considerada en el Comité de Integración Jurídico Doctrinal.

En efecto, en sesiones realizadas el 24 de febrero y 2 de marzo, ambas del presente año, el Comité se ocupó en extenso de la interpretación y alcance del artículo 123 del Código de Comercio, que para los fines del presente estudio vale la pena citar así: “ ART. 123. Ningún asociado podrá ser obligado a aumentar o reponer su aporte si dicha obligación no se estipula en el contrato.”

Este artículo contiene un panorama amplio que llevó al Comité a precisar su alcance, requisitos, medición, reconocimiento y revelación contable, atribución para determinarla, entre otros, con las siguientes conclusiones:

1. Se trata de una figura autónoma, distinta del aumento de capital. La reposición de aporte pretende que el desembolso realizado por los asociados, al inicio o con posterioridad a la vigencia de la sociedad, conserve el contenido económico; se habla por ello de reposición y no de aumento del capital, por cuanto no pretende ser un mecanismo para emitir participaciones sino de conservar el valor de las alícuotas en cabeza de los asociados.

En relación con la reposición de aportes, esta entidad se pronunció mediante Oficio 220-29870 del 21 de junio de 2002, en los términos que se indican a continuación:

“2. ABSORCION DE PÉRDIDAS DIRECTAMENTE POR LOS SOCIOS Sobre este particular me permito enviar copia del oficio EX-16461, del 29 de octubre de 1982, en el cual claramente se consagra la posibilidad de enjugar directamente las pérdidas mediante una aportación real y efectiva destinada a reponer el aporte perdido como consecuencia de las pérdidas, que llevan a que el patrimonio quede por debajo del capital social. Obviamente, como se trata de reponer el aporte, el mismo debe seguir las reglas previstas en el Capítulo III del Código de Comercio, cuyo punto de diferencia sería que no se reflejaría en la cuenta capital sino en la de utilidad. Este aspecto del equilibrio entre capital y patrimonio sociales reviste tal importancia para los acreedores y los terceros, que algunas legislaciones han tomado medidas para tratar de restablecerlo cuando las pérdidas hayan afectado determinado porcentaje de los bienes aportados por los socios.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Para efectos del tema que se comenta, es oportuno subrayar que entre esas medidas, las legislaciones: de España, Italia, Panamá, Portugal, Suecia y Venezuela, consagran la reposición, reintegración o reconstitución del capital como se denomina en algunas de ellas, del aporte y la reducción del capital. Dentro de la doctrina española, la finalidad de estas medidas tendientes a restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, es comentada por el profesor RODRIGO URÍA así: “De ordinario, la relación entre la cifra-capital y el valor del patrimonio acusará la situación económica de las sociedades. A medida que el valor del patrimonio rebase la cifra-capital la situación será más sólida, mientras el caso contrario significa que las pérdidas han ido absorbiendo los fondos aportados por los socios en concepto de capital. Poniendo un tope a la eventual situación “deficitaria” de las sociedades anónimas, la ley ordena que si las pérdidas dejan reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital, la sociedad se disolverá a no ser que se reintegre el capital o se reduzca (artículo 159,3)”

El reintegro correrá normalmente a cargo de los accionistas y no es necesario que cubra todo el capital perdido; bastará con reintegrar en medida necesaria para que el patrimonio exceda de la tercera parte del capital social, aunque no se restablezca el equilibrio entre el patrimonio y capital? De su parte, el profesor ANTONIO BRUNETTI señala que la legislación italiana “no tolera que la relación entre el capital social y el patrimonio quede alterada hasta el punto de que el primero quede reducido a una mera expresión numérica y permanezca inalterable en los balances, en perjuicio de los acreedores, para los que se ha esfumado o reducido la garantía. La diferencia entre el valor inicial atribuido al activo y el inferior considerado verdadero en un determinado momento posterior, constituye para la sociedad una auténtica pérdida”. Y más adelante sostiene que las medidas que se comentan están dispuestas “en provecho de los terceros que han de contar con la verdadera entidad del capital y no sobre su ilusoria apariencia”.

Con fundamento en los argumentos expuestos, se concluye que la posición contenida en la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, se mantiene vigente y en tal virtud, no es viable que la prima en colocación de acciones se aplique a enjugar pérdidas, salvo cuando la sociedad se encuentre en causal de disolución.

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.