

OFICIO 220-243263 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2021

ASUNTO: ACTUALMENTE LA PRIMA DE EMISIÓN NO SE PUEDE DESTINAR PARA ENJUGAR PERDIDAS.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia por medio del cual, previas las consideraciones expuestas, formula unos interrogantes respecto de la prima de emisión y la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, los cuales serán resueltos en el mismo orden en que fueron planteados.

Antes de resolver lo propio, 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 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a resolver sus inquietudes:

1. “¿Se configura la CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA, cuando se cumple alguno de los factores operacionales y/o legales (como: la posición patrimonial negativa, las perdidas consecutivas de cierre o varios periodos mensuales según el modelo de negocio, capital trabajo neto sobre deudas a corto plazo y UAI derivados estos del detrimento patrimonial y el riesgo de insolvencia) para evaluar el cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha o deben concurrir todos los factores?”

Para dar respuesta a esta inquietud, previamente se realizarán las siguientes consideraciones de índole jurídico:

A. LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA SE ENCUENTRA SUSPENDIDA.

Sobre el particular, esta Oficina Asesora Jurídica se permite citar algunos apartes del Oficio 220-033122 del 25 de marzo de 2021, por medio de la cual se refirió a la suspensión de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, en los siguientes términos:

“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 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 parágrafo 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. (Subraya fuera de texto)

Posteriormente, la Ley 2159 del 12 de noviembre de 2021, (POR LA CUAL SE DECRETA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y RECURSOS DE CAPITAL Y LEY DE APROPIACIONES PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 1° DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022), prorroga los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020 y sus decretos reglamentarios hasta 31 de diciembre de 2022; sin embargo, la prórroga de la vigencia de los decretos en mención no amplía el término de suspensión de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, tal suspensión opera únicamente por el término inicialmente establecido por tales decretos, en el numeral 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020 y en el artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020.

Lo anterior, en la medida que el término en que operaría la suspensión de la causal de disolución fue determinado expresamente en las referidas normas de los decretos, sin atarlo al término de vigencia de los mismos. Por tanto, la prórroga de la vigencia de los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020, no amplía la vigencia de la suspensión, ya que su término de suspensión está expresamente establecido en el numeral 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020 (24 meses) y en el artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020 (16 de abril de 2022).

B. CRITERIOS A SEGUIR PARA EVALUAR LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA.

Precisado lo anterior, se debe recordar que esta Oficina mediante Oficio 220-033122 del 25 de marzo de 2021, se refirió a los criterios financieros, operacionales, legales, entre otros, que individual o colectivamente pueden ser tenidos en cuenta tanto por la administración como por el máximo órgano social, para evaluar la hipótesis de negocio en marcha.

“4. ¿Cuáles son los criterios objetivos para determinar que no se cumple con la hipótesis de negocio en marcha?”

El anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, dispone lo siguiente:

“(…)

Criterios a seguir para evaluar la hipótesis de negocio en marcha.

7. Las Normas de Información Financiera en Colombia (NIF), en su versión para Grupo 1, o en su versión para Grupo 2 o Grupo 31, establecen que una entidad elaborará sus estados financieros de propósito general bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que la administración pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la administración de la entidad, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas

significativas sobre la posibilidad de que la entidad siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en los estados financieros. Adicionalmente, cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, revelará ese hecho, junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados y las razones por las que la entidad no se considera como un negocio en marcha.

8. Al evaluar si la de hipótesis negocio en marcha resulta apropiada, la gerencia tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del periodo sobre el que se informa, sin limitarse a dicho período. El Grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentable, así como un pronto acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, sin realizar un análisis detallado. En otros casos, puede ser necesario que la gerencia, antes de convencerse a sí misma, de que la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, deba ponderar una amplia gama factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente.

9. La Norma Internacional de Auditoría 570 Empresa en Funcionamiento (NIA 570), que está incorporada en el marco técnico de normas de aseguramiento, suministra guías que sirven de base para que un auditor (auditor externo y/o revisor fiscal), concluya que el uso de la presunción de negocio en marcha es apropiado, pero existe una incertidumbre importante. El párrafo 18 de esta norma establece:

“Si el auditor concluye que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias, pese a la existencia de una incertidumbre material, determinará si los estados financieros:

a) Describen adecuadamente los principales hechos o condiciones que pueden generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como negocio en marcha y los planes de la dirección para afrontar dichos hechos o dichas condiciones;

y

b) Revelan claramente que existe una incertidumbre material relacionada con hechos o condiciones que pueden generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como negocio en marcha, y que, por tanto, aquella puede no ser capaz de realizar los activos y liquidar los pasivos en el curso normal de los negocios.”

10. El párrafo 19 de la NIA 570 también establece:

“Si se revela la información adecuada en los estados financieros, el auditor expresará una opinión no modificada e incluirá un párrafo de énfasis en el informe de auditoría para:

a) Destacar la existencia de una incertidumbre material en relación con el hecho o la condición que puede generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como negocio en marcha;

y

b) Llamar la atención sobre la nota explicativa de los estados financieros que revela lo señalado en el párrafo 18.”.

11. La NIA 570 también requiere que el auditor establezca que los estados financieros revelan claramente que las incertidumbres importantes pueden generar dudas significativas sobre la habilidad y la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha. Esta norma requiere revelaciones amplias y más específicas en los estados financieros de propósito general de la entidad que informa, y exige que el auditor determine si los requerimientos de revelación de los marcos técnicos aplicables se han cumplido adecuadamente. Sin embargo, como las normas de auditoría, a diferencia de las normas de información financiera, requieren las revelaciones antes indicadas, puede ser necesario ampliar las responsabilidades de la administración en materia de revelaciones y las del auditor, para asegurar que se han suministrado esas revelaciones.”

Precisado lo anterior, es pertinente señalar que el numeral 14 del referido Anexo, le permite a la administración de la sociedad, al momento de la evaluación del negocio en marcha, distinguir algunos factores específicos, no taxativos, que individual o colectivamente pueden generar dudas significativas sobre la presunción de negocio en marcha, como se expone a continuación:

Financieros

- Posición patrimonial neta negativa o capital de trabajo negativo.
- Préstamos a plazo fijo próximos a su vencimiento sin perspectivas realistas de reembolso o renovación; o dependencia excesiva de préstamos a corto plazo para financiar activos a largo plazo.
- Indicios de retirada de apoyo financiero por los acreedores.
- Flujos de efectivo de explotación negativos en estados financieros históricos o prospectivos.
- Razones financieras claves desfavorables.

- Pérdidas de explotación sustanciales o deterioro significativo del valor de los activos utilizados para generar flujos de efectivo.
- Atrasos en los pagos de dividendos o suspensión de estos.
- Incapacidad de pagar al vencimiento a los acreedores.
- Incapacidad de cumplir con los términos de los contratos de préstamo.
- Cambio en la forma de pago de las transacciones con proveedores, pasando del pago a crédito al pago al contado.
- Incapacidad de obtener financiación para el desarrollo imprescindible de nuevos productos u otras inversiones esenciales.

Operacionales

- Intención de la dirección de liquidar la entidad o de cesar en sus actividades.
- Salida de miembros claves de la dirección, sin sustitución.
- Pérdida de un mercado importante, de uno o varios clientes claves, de una franquicia, de una -licencia o de uno o varios proveedores principales.
- Dificultades laborales.
- Escases de suministros importantes.
- Aparición de un competidor de gran éxito.

Legales y otros.

- Incumplimiento de requerimientos de capital o de otros requerimientos legales.
- Procedimientos legales o administrativos pendientes contra la entidad que, si prosperasen, podrían dar lugar a reclamaciones que es improbable que la entidad pueda satisfacer.
- Cambios en las disposiciones legales o reglamentarias o en políticas públicas que previsiblemente afectarán negativamente a la entidad.
- Catástrofes sin asegurar o aseguradas insuficientemente cuando se producen.
- Cuando exista un cese de actividades y no se tenga certidumbre sobre la fecha en la que se reiniciará la operación.
- Cuando existan incertidumbres importantes sobre la fecha de vigencia o término de duración de una entidad.

La significatividad de dichos hechos o condiciones, a menudo, puede verse mitigada por otros factores. Por ejemplo, el efecto de la incapacidad de una entidad para reembolsar su deuda puede verse contrarrestado por los planes de la dirección para mantener flujos de efectivo adecuados por medios alternativos, como, por ejemplo, mediante la enajenación de activos, la renegociación de la devolución de los préstamos o la obtención de capital adicional. De forma similar, la pérdida de un proveedor principal puede mitigarse por la disponibilidad de una fuente alternativa de suministro adecuada.

(...)" (Subraya fuera del texto)

C. CONCLUSIÓN

Los anteriores criterios¹, sin ser taxativos, pueden ser tenidos en cuenta individual o conjuntamente, tanto por la administración como por el máximo órgano social, para evaluar la hipótesis de negocio en marcha y determinar el cumplimiento o no de la misma, según el escenario en que se encuentre la compañía.

2. **“¿Cuándo se presentan factores financieros, operacionales y/o legales que generan incertidumbre sobre el cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, y por tanto la continuidad del negocio se ve amenazada sin que necesariamente se haya considerado una liquidación inminente de la sociedad, es posible enjugar las pérdidas acumuladas mediante la utilización de la prima en emisión de acciones como medida preventiva para evitar que la sociedad quede inmersa en la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, dado que la Superintendencia ha considerado que una vez acaecida esta causal esta no puede ser subsanada?”**

El numeral 15 del Anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, en torno de la evaluación del cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, conforme a los factores anotados en acápite anterior, establece lo siguiente:

“Conclusión de la evaluación del cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.

15. De acuerdo con la hipótesis de negocio en marcha y, como resultado de la evaluación antes descrita, puede considerarse que las entidades se encuentran ubicadas en alguno de los siguientes escenarios:

- a. No existen incertidumbres importantes relacionadas con eventos o condiciones que puedan generar dudas significativas acerca de la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha.
- b. No existen incertidumbres importantes relacionadas con eventos o condiciones que puedan generar dudas significativas acerca de la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha, pero la administración ha tomado la decisión de liquidar la entidad y el valor de sus activos o pasivos se ha afectado significativamente. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma.

¹ En concordancia con lo dispuesto en los numerales: 12 (Definición de incertidumbre importante), 13 y 14 (Proceso de evaluación de la hipótesis de negocio en marcha), 15 y 16 (Conclusión de la evaluación del cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha) y del Anexo 5 del Decreto 2420 de 2015.

- c. Existen incertidumbres importantes relacionadas con eventos y condiciones que pueden generar dudas significativas acerca de la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha, pero la hipótesis de negocio en marcha continúa siendo apropiada.
- d. La hipótesis de negocio en marcha no es apropiada debido a que la entidad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones o liquidarse. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma. (Subraya fuera de texto)

De tal manera que la administración como el máximo órgano social al realizar la evaluación sobre el cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, deberán determinar en cual escenario se encuentra la compañía para así poder establecer la adopción de las medidas pertinentes, las cuales varían dependiendo de la situación particular de cada empresa, o proceder a la liquidación de la sociedad en caso de que se verifique el acaecimiento de la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.

Aunado a lo anterior, mediante Oficio 220-047475 del 19 de abril de 2021, este Despacho tuvo la oportunidad de referirse y precisar claramente que, con ocasión de la derogatoria de la causal de disolución por pérdidas, no es posible enjugar pérdidas con el capital ni con la prima de emisión, ya que la misma es considerada como un rubro inescindible del capital, así:

“Conforme a lo anterior y para responder sus inquietudes 1, 3, 4 y 5 sobre la prima de emisión de acciones, es pertinente indicarle a la consultante que, la prima de emisión fue concebida como parte inescindible del capital, razón por la cual solo procedía su “utilización” de forma excepcional para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encontrara en causal de disolución por pérdidas y como mecanismo para enervarla.

Sin embargo, la causal de disolución por pérdidas fue derogada y se estableció la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, en virtud del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020.

En consecuencia, con la derogatoria de la disolución por pérdidas no es posible enjugar pérdidas con el capital ni con la prima de emisión, ya que la misma es considerada como un rubro inescindible del capital. Las pérdidas se deberán enjugar con base en lo señalado en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio.

Sobre la posibilidad de enervar la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, es preciso tener en cuenta que el numeral 15 del Anexo del Decreto 2101 de 2016, (por el cual se adiciona un título 5, denominado Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen

la Hipótesis de Negocio en Marcha, a la Parte 1 del Libro 1 del Decreto 2420 de 2015, Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, Información Financiera y de Aseguramiento de la Información, y se dictan otras disposiciones), dispuso lo siguiente:

“Conclusión de la evaluación del cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.

15. De acuerdo con la hipótesis de negocio en marcha y, como resultado de la evaluación antes descrita, puede considerarse que las entidades se encuentran ubicadas en alguno de los siguientes escenarios:

(...)

d) La hipótesis de negocio en marcha no es apropiada debido a que la entidad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones o liquidarse. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma.” (Subraya el Despacho).

Por tanto, a juicio de éste Despacho, la causal de disolución objeto de análisis no es susceptible de ser enervada, en la medida que cuando la hipótesis de negocio en marcha no se cumple, esto quiere decir que la sociedad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones y liquidarse.

Al respecto de la segunda inquietud y aunado a lo señalado anteriormente, es de indicarle a la consultante que el artículo 459 del Código de Comercio fue derogado y en esa medida no es posible acudir al mismo. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que la sociedad puede adoptar medidas para conjurar una crisis financiera, tales como vender acciones con prima de emisión, si es del caso, disminuir su capital de acuerdo con las condiciones determinadas en el artículo 145 del Código de Comercio, en concordancia con lo descrito en la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017 y, en general, adoptar las medidas que considere necesarias en el marco de la ley.”

Conclusión:

Con base en lo expuesto, es evidente que, con ocasión de la derogatoria de la causal de disolución por pérdidas, no es posible enjugar las pérdidas acumuladas con el capital ni con la prima de emisión, ya que la misma tal y como quedo expresado, es considerada como un rubro inescindible del capital. Para enjugar las pérdidas, podrá acudirse al procedimiento prescrito en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio.

3. **“En caso de que la respuesta anterior sea negativa, ¿qué medidas puede usar una sociedad para restituir su patrimonio cuando ha tenido pérdidas acumuladas en los últimos años y no cuenta con reservas y/o utilidades acumuladas que le permita enjugar dichas pérdidas?”**

En el mismo sentido de lo manifestado anteriormente, el máximo órgano social, en aras de superar o de enjugar las pérdidas, tiene a su disposición varias medidas o alternativas, como es el caso de las previstas en el artículo 456 del Código de Comercio, el cual señala lo siguiente:

“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.”

Por su parte, esta Oficina se permite reiterar los argumentos expuestos en el Oficio 220-089664 del 27 de agosto de 2019, en el que se trató de manera clara el mecanismo de recuperación del capital denominado REPOSICIÓN DE APORTES, del que también puede hacer uso el máximo órgano social como medida procedente para restituir el patrimonio del ente societario cuando se ha tenido pérdidas:

“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 \$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. ABSORCIÓN 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 (...)”.

4. **“¿De qué forma se podría usar la prima en emisión de acciones con el objetivo de enjugar pérdidas acumuladas de años anteriores cuando no se cuenta con reservas y/o utilidades acumuladas para poder enjugarlas?”**

Con base en lo expuesto, es preciso reiterar que hoy en día no es procedente emplear la prima de emisión como mecanismo para enjugar pérdidas acumuladas de años anteriores, a tono con las precisiones realizadas en los acápites anteriores.

5. **“¿Qué medidas puede adoptar una sociedad para evitar caer en la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha?”**

Se reitera que las medidas deberán ser definidas por cada sociedad, dependiendo de sus circunstancias particulares. Sin perjuicio de lo anterior, el numeral 5 del Anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, define la hipótesis de negocio en marcha, así:

“Definición

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.” (Subraya fuera de texto)

Conforme al Anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, al evaluar la hipótesis de negocio en marcha, tanto la administración de la sociedad como el máximo órgano social deben tener en cuenta los distintos factores de riesgo (numeral 14 del anexo 5 del Decreto 2420 de 2015), para poder adoptar las medidas necesarias y pertinentes en aras de conjurar y anticiparse a la casual de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, así:

“8. Al evaluar si la de hipótesis negocio en marcha resulta apropiada, la gerencia tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del periodo sobre el que se informa, sin limitarse a dicho período. El Grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentable, así como un pronto acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, sin realizar un análisis detallado. En otros casos, puede ser necesario que la gerencia, antes de convencerse a sí misma, de que la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, deba ponderar una amplia gama factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente.”

6. **“¿Como medida para restituir el patrimonio, se podría disminuir el valor de la prima en emisión de acciones a través del procedimiento de disminución de capital, en donde la disminución absorba las pérdidas acumuladas?”**

Con base en lo expuesto, es preciso reiterar que actualmente no es procedente emplear la prima de emisión como mecanismo para enjugar pérdidas, a tono con las precisiones mencionadas en los acápites anteriores.

7. **“¿Se podría constituir una reserva estatutaria con cargo a la prima en emisión de acciones para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores en una sociedad?”**

Mediante oficio 220-002068 del 13 enero 2014, este Despacho realizó las siguientes precisiones frente a la naturaleza de la prima en colocación de acciones hoy prima de emisión:

“(…) en el Oficio 220-003212 del 10 de enero de 2012, después de realizar un somero recuento de lo atinente con la denominada prima en colocación de acciones, fijo su posición sobre la misma y concluyó:

“(…)

El concepto de prima por colocación corresponde al mayor valor cancelado del nominal del capital o del aporte, lo que permite concluir que por su origen es una parte del capital, recursos a disposición de la compañía mientras se mantengan en el superávit del capital.

(…) En este orden de ideas, revisando la normatividad legal y la doctrina de esta entidad en relación con la denominada prima en colocación de acciones, es claro que frente a lo dispuesto por la Ley 1607 citada, debemos concluir que la prima objeto de este escrito, al entrar a formar parte del aporte de la sociedad, indudablemente no puede ser considerada como una utilidad (Resaltamos).” (Subraya fuera de texto)

Por consiguiente, el máximo órgano social **no puede constituir una reserva estatutaria** con la **prima de emisión**, para efectos de enjugar perdidas de ejercicios anteriores, pues las mismas se constituyen únicamente con las utilidades de los ejercicios correspondientes y este rubro del capital no hace parte de las utilidades de la sociedad.

Se recuerda que las reservas se constituyen únicamente con las utilidades de los ejercicios correspondientes, a tono con lo prescrito en los artículos 451, 452 y 456, entre otros, del Código de Comercio.

8. **“¿Cuáles son las alternativas para que una compañía pueda utilizar la prima en colocación de acciones?”**

Tanto el procedimiento denominado distribución a título de reembolso de la prima de emisión como la capitalización de la misma, son actualmente las alternativas de destinación de la prima de emisión.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.