

## OFICIO 220-205396 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2016

### ASUNTO: IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR LA RESERVA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Me refiero al escrito radicado con el número 2016-01-495954, el que fue trasladado por la Superintendencia de Salud, mediante el cual previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta sobre el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

¿Cuál es el procedimiento a seguir en una liquidación voluntaria de una sociedad ante la imposibilidad de constituir las reservas contempladas en el artículo 245 del Código de Comercio por el agotamiento total de los activos de la sociedad?

Al respecto, este Despacho se permite efectuar las siguientes precisiones jurídicas de carácter general:

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 ibídem, *“El inventario incluirá, además de la relación pormenorizada de los distintos activos sociales, la de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, inclusive de las que sólo puedan afectar eventualmente su patrimonio, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc.”.*

Del análisis de la norma antes transcrita, se desprende que en el inventario del patrimonio social se deben incluir todas las obligaciones a cargo de la sociedad en liquidación, causadas con anterioridad al inicio del proceso liquidatorio, inclusive las condicionales y litigiosas, indicando el nombre de los acreedores titulares, la cuantía del capital e intereses correspondientes.

En consecuencia, los acreedores deben estarse en un todo al inventario elaborado por el liquidador, salvo que determinada obligación no aparezca relacionada en el mismo, en cuyo caso el titular puede optar por solicitarle al liquidador que su acreencia sea incluida, aportando los documentos soportes correspondientes, o en su defecto, iniciar un proceso litigioso tendiente a probar la existencia y cuantía de su crédito.

b) Ahora bien, respecto de las obligaciones condicionales y litigiosas el artículo 245 op. cit., preceptúa que *“Cuando haya obligaciones condicionales se hará una reserva adecuada en poder de los liquidadores para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, la que se distribuirá entre los asociados en caso contrario. La misma regla se aplicará en caso de obligaciones litigiosas, mientras termina el juicio respectivo.”*

*En estos casos no se suspenderá la liquidación, sino que continuará en cuanto a los demás activos y pasivos. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se depositará en un establecimiento bancario".*

En tal virtud, es claro que cuando existan obligaciones condicionales o litigiosas que puedan afectar eventualmente el patrimonio social, los liquidadores deben constituir una reserva para atender estas obligaciones en caso de que llegaren a hacerse exigibles. En caso contrario, es decir, que no se dé la condición o no haya una sentencia o laudo desfavorable a la sociedad en liquidación, la reserva se distribuirá entre los asociados.

En el mismo sentido, la circunstancia de que el liquidador no proceda conforme indica la norma, a pesar de contar con los recursos necesarios para ello, hará que el administrador responda solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa se ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, de acuerdo con el artículo 220 ejusdem, modificado por el artículo 24 de la Ley 1116 de 2006.

No obstante, puede ocurrir que se torne imposible atender la obligación referida, como lo indica esta Entidad, particularmente los Oficios No. 220- 164864 del 31 de agosto y 220-204100 del 03 de Nov ambos de 2016, a los que resulta oportuno remitirse:

“(…)

iv) Ahora, aunque la disposición legal exige que la reserva se debe constituir en dinero o en títulos rentables que se han de depositar en un establecimiento bancario, si la sociedad no dispone de los recursos necesarios, en concepto de este Despacho sería viable considerando la insolvencia de la sociedad y en aras de facilitar la terminación del proceso liquidatorio, que el liquidador transfiera a una fiduciaria bienes que no haya podido enajenarse por valor equivalente a la reserva y a los gastos que demanda dicha operación, para que ésta los administre y los entregue a los titulares de las obligaciones condicionales o litigiosas, una vez se hagan exigibles, o en su defecto, procurar la venta de tales bienes, cuyos recursos serían destinados para pagar las mismas.”

v) De otra parte, hay que tener en cuenta que no obstante lo dispuesto en el Artículo 245 del Código de Comercio (...) si el liquidador detecta que los recursos disponibles no alcanzan para cancelar la totalidad de los créditos de la primera clase, la cual, como es sabido, se compone de varias categorías (artículo 2495 del Código Civil), dichos créditos deben concurrir a prorrata, incluida la reserva para atender los créditos litigiosos y condicionales que sean de carácter laboral, una

vez se hagan exigibles, es decir, que éstos últimos se pagarán en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación.

En efecto, el artículo 2496 de la legislación civil, dispone que los créditos de la primera clase afectan todos los bienes del deudor, y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata.

Sin perjuicio de lo anterior, si a la sociedad en un momento dado le resulta imposible cumplir con el requisito legal aludido y obviamente, se encuentra jurídica y contablemente probada la imposibilidad de sufragarla, no podrá ser obligada a constituir la reserva dentro de procesos de liquidación voluntaria, por el agotamiento total de sus activos, pues es principio general del derecho que nadie está obligado a lo imposible, lo que a juicio de este Despacho supone que no habrá lugar a sancionar a quien incumpliere el pago de una obligación por hechos totalmente ajenos a su voluntad (Oficio 220-204100 Nov 03 de 2016)

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, como la Circular Básica Jurídica.