

OFICIO 220-087730 DEL 16 DE MAYO DE 2016

ASUNTO: ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – CONSTITUCIÓN DE LA RESERVA

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2016-01-137300 Y 137360, mediante la cual realiza la siguiente consulta:

“Es ajustado a derecho que un liquidador constituya una fiducuenta con los dineros constituidos como reserva para atender las eventuales contingencias de un proceso judicial.

Una fiducuenta es un fondo bancario donde se mantienen los recursos visibles que tienen liquidez inmediata. No es un patrimonio, independiente regido por las normas comerciales de la fiducia.

La liquidación voluntaria y corresponde a una sociedad regida por el derecho privado que tiene dos socios.

La fiducuenta se constituye a nombre los representantes o mandatarios que designen cada uno de los socios.

Los dineros de la fiducuenta se entregan cuando el juzgador dicte sentencia definitiva ejecutoriada a quien resulte favorecido”

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o una operación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Anotado lo anterior, se debe precisar que de acuerdo con las disposiciones que regulan el proceso de la liquidación voluntaria o privada, “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” (Artículo 245 del Código de Comercio)

A ese propósito, la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-012456 del 10 de febrero de 2015, efectuó una serie de consideraciones, cuyos apartes viene al caso transcribir:

“{.....}”

“Del análisis de la disposición antes citada, se colige, de una parte, que cuando existan obligaciones litigiosas en contra de una compañía en liquidación privada, se debe constituir la correspondiente reserva, y de otra, que ese hecho no es óbice para dar por terminada la liquidación, siempre y cuando se hayan agotado todos los activos y atendido los demás pasivos a cargo de aquella, en cuyo caso la reserva destinada para atender las obligaciones litigiosas se debe depositar en una entidad financiera debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde luego, en la que ofrezca mayor rentabilidad.

Es particularmente relevante precisar que las normas sobre el tema que nos ocupa, preceptúan de manera explícita que la reserva tendrá como propósito específico: atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, de lo cual se infiere que su fundamento no es otro que el de ser una medida preventiva de separación de cierta parte del patrimonio social sujeta a la eventual contingencia o aleatoria posibilidad de menoscabo del mismo y que, en últimas, sirve como recurso destinado, en forma concreta, a satisfacer las prestaciones que se puedan originar a cargo del ente en liquidación y a favor de otro, como consecuencia de la adquisición o extinción de un derecho que pendía de una condición o del reconocimiento judicial de la efectividad de uno litigioso.

No sobra anotar que, tratándose de reservas para amparar obligaciones litigiosas se dispone su permanencia “mientras termina el juicio respectivo”, sin señalar un término fijo y perentorio durante el cual haya de conservarse incólume tal medida y, que transcurrido conduzca al levantamiento de aquellas, sino que se deja supeditada al cumplimiento o falla de la condición o a las resultas de un proceso, según sea el caso.

En el evento que se esté en presencia de una obligación litigiosa, valga decir, de aquella controversia jurídica de inciertas consecuencias y que es calificada como tal, en virtud de la notificación judicial de la demanda, no es dable afirmar que, por el hecho de estar sometida a conocimiento judicial, la obligación deba darse per se existente, pues precisamente, será el juez quien decida si es el caso, sobre la existencia o no de la obligación, y sus efectos, esto, es su efectiva exigibilidad; adicionalmente puede determinar la existencia de otra obligación distinta al objeto de la fuente, v. gr., indemnización compensatoria”.

“[.....]”.

Así las cosas, aunque es claro el propósito de la reserva aludida, el artículo 245 ibídem, no indica exactamente dónde puede depositarse o dónde deben conservarse los dineros, lo que en opinión de este Despacho permite inferir que en tal caso es viable que el liquidador en ejercicio de sus funciones, constituya una fiducuenta, partiendo de la base que ésta es una posibilidad de inversión que produce un rendimiento, con un riesgo mínimo de pérdida, siempre y cuando se garantice que habrá disponibilidad del dinero una vez sea necesario cubrir las obligaciones a que se ha hecho referencia y desde luego, no exista determinación en sentido diferente por parte del máximo órgano social.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.