

**Asunto: Provisión y pago del pasivo en una sociedad en liquidación voluntaria; alcance del artículo 245 del Código de Comercio y Prelación al pago.**

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad el día 18 de julio del presente año con el No. 457.810, en el cual consulta, de una parte, si resulta procedente que en una liquidación privada en la que se están pagando a prorrata y sobre capitales los créditos quirografarios, el pago de intereses sobre saldos de capital, únicamente a los acreedores "financieros", cuando los activos existentes son insuficientes para cancelar los demás créditos quirografarios, con base en lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Comercio, y de otra, si la reserva de que trata el artículo 245 ídem debe calcularse sobre el valor de las pretensiones de las correspondientes demandas ejecutivas o sobre la prorrata que les corresponda a tales ejecutantes en relación con la masa liquidable. Así mismo, si las ejecuciones que en contra del deudor en liquidación se adelantan son procedentes y legales, teniendo en cuenta que las liquidaciones de los créditos en tales procesos son mayores a sus respectivas prorratas en el trámite liquidatorio.

Como quiera que el asunto consultado se circunscribe a establecer el orden de prelación al pago de obligaciones a cargo de una sociedad en trámite de una liquidación voluntaria, su análisis se abordará desde la perspectiva de la legislación pertinente del Código Civil y del Código de Comercio, de acuerdo a las precisiones y consideraciones que a continuación se exponen.

**1. La prelación de créditos a la luz de la legislación nacional.**

Sea lo primero advertir que, en nuestro ordenamiento jurídico, en caso de concurrencia de dos o más acreedores, la regla general de prelación al pago está referida a todos los bienes del deudor como la prenda común de garantía de las obligaciones a su cargo, salvo los no embargables. En efecto, el artículo 2492 del Código Civil la enuncia de la siguiente manera: "Los acreedores, con las excepciones indicadas, en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso de los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue". Y agrega el artículo 2493: "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera".

Así, el orden de prelación al pago determina que alguno o algunos créditos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente, dependiendo de la suficiencia de activos para el efecto.

**2. Factores para determinar la preferencia.**

Conforme a lo establecido en el artículo 2493 citado, la prelación al pago la determina la preferencia y ésta a su vez ha de establecerse en algunos casos por la persona del acreedor y en otros por el origen de los créditos o por la existencia de las denominadas garantías específicas. Doctrinalmente, la preferencia se clasifica en dos grupos: las generales y las especiales.

"*Preferencias generales* son aquellas que dan derecho al acreedor para perseguir la satisfacción preferencial de su crédito, utilizando para ello, la totalidad de los bienes del deudor.

"*Preferencias especiales* son aquellas destinadas a ser satisfechas mediante la afectación o utilización de determinados bienes del deudor".

Ahora bien, frente a la concurrencia de créditos que deban ser pagados, ya sea en el escenario de una liquidación voluntaria o en un proceso concursal, la legislación civil se ocupa de establecer las llamadas clases o categorías de créditos en los artículos 2495 y siguientes ídem, dentro de las cuales los *quirografarios* o de quinta categoría son aquellos que no gozan de preferencia alguna para su pago y sólo pueden hacerse efectivos cuando queden remanentes luego de cancelar totalmente los créditos de primera, segunda, tercera y cuarta clases.

Al respecto, afirma el profesor Guillermo Ospina Fernández: "Como los créditos de quinta clase tienen que ceder el paso a los créditos de las cuatro clases anteriores, aquellos se hacen efectivos sobre el remanente de los bienes del deudor, ya sea para ser satisfechos totalmente si este sobrante alcanza para ello, o de no alcanzar, a prorrata de sus valores. Así, existiendo dos créditos de esta clase, uno por \$ 100.000 y otro por \$ 50.000, si el sobrante es de \$ 90.000, el primero recibirá \$ 60.000 y el segundo \$ 30.000. Tal es lo

preceptuado por el artículo 2509, que es de este tenor: "La quinta y última clase comprende los bienes (léase créditos) que no gozan de preferencia. Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha".

### 3. El caso concreto.

En ese orden de ideas, una primera conclusión a la que se impone llegar es que el pago de los créditos quirografarios deberá realizarse **a prorrata sobre el sobrante de la masa liquidable** sin consideración a sus causas, ni de sus fechas, ni de sus pruebas. Es decir, se procederá a repartir una cantidad entre varios, según la parte que proporcionalmente le corresponda a cada uno.

Por su parte, el artículo 2511 del Código Civil dispone: "**Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales**". Lo anterior significa que para los efectos del prorrato a que hace referencia el artículo 2509 ídem, deberá consolidarse un en solo valor el capital y los intereses de cada crédito, de suerte que el pago parcial  en el entendido que no alcance a cubrirse en su totalidad- cobije proporcionalmente o en partes iguales a cada uno de los titulares de derechos de crédito a cargo del deudor, sin consideración, insistimos, a sus causas o fechas de causación y exigibilidad.

En ese sentido, el liquidador que con base en lo establecido en el artículo 244 del Código de Comercio otorgue a un determinado acreedor un privilegio respecto de otros de la misma categoría o clase, consistente en el reconocimiento de intereses sobre saldos de capital insoluto, a juicio de este despacho, incurre en un doble yerro de interpretación y, por ende, práctico en el ejercicio de sus funciones, como quiera que, por una parte, escinde dos conceptos  valores- inescindibles para el efecto y, por otra, discrimina a los otros acreedores que encontrándose en la misma prelación al pago no obtienen el reconocimiento de los intereses, así sea de manera proporcional.

En efecto, al disponer el artículo mencionado que "por el hecho de la disolución se podrán pagar, sin intereses distintos de los que se hayan pactado expresamente y para los solos efectos de la liquidación, todas las obligaciones a término contra la sociedad, inclusive aquellas cuyo plazo se haya pactado a favor de los acreedores", **de lo que se ocupa es de establecer la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la sociedad disuelta, junto con los intereses pactados expresamente y liquidados hasta la fecha en que efectivamente se pague la obligación, sin que haya lugar a la imposición de multas ni al pago de indemnización alguna**, pues, no tendría sentido prolongar el proceso liquidatorio en el tiempo con el objeto de esperar el vencimiento del plazo, lo que sólo acarrearía perjuicios a todos los involucrados en el mismo.

### 4. Demandas ejecutivas en contra de la sociedad disuelta.

En lo que hace al segundo punto objeto de consulta, bien puede suceder que quienes sean titulares de derechos de crédito ciertos, claros, expresos y exigibles, a cargo de la sociedad disuelta y en estado de liquidación, se encuentren legitimados para perseguir su pago por la vía ejecutiva ante los jueces civiles, pretendiendo, además, el cobro de los respectivos intereses, costas, agencias en derecho, así como para solicitar y practicar medidas cautelares sobre los bienes de la sociedad, conforme a lo establecido en los artículos 666 del Código Civil en concordancia con el 488 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, para el caso particular y concreto que nos ocupa, el *derecho de acción* es consustancial y surge como consecuencia del *derecho personal* que se detente, ya que por definición "derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".

Por consiguiente, la procedibilidad del derecho de acción, "público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso", no podrá restringirse ni limitarse por el hecho de encontrarse el deudor demandado tramitando una liquidación privada o voluntaria, como en efecto sucede cuando se trata de un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria) o de una toma de posesión para liquidar, o un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 222 de 1995, Decreto 663 de 1993 y Ley 550 de 1999, respectivamente, pues por tratarse todos ellos de trámites universales, preferentes y colectivos con fuero de atracción, no resulta procedente iniciar ejecuciones particulares en contra del sujeto concursado, intervenido o en reestructuración, ni continuar las ya iniciadas. Dicho de otra forma, sólo por ministerio de la ley podrá limitarse el ejercicio del derecho de acción en cabeza de los titulares de derechos personales o de crédito.

No obstante lo anterior, el hecho de que el pago de las obligaciones a cargo de una sociedad en trámite de una liquidación voluntaria se persiga por la vía ejecutiva, no otorga a los acreedores demandantes un mejor derecho respecto de otros de la misma clase o rango, en el sentido de obtener un valor superior al que les corresponde a prorrata o proporcionalmente con los otros, cuando quiera que los activos sociales existentes sean insuficientes para cancelarlos en su totalidad, pues, en tal evento, por encima del interés particular que le asiste al demandante estará el general del resto de acreedores que verían cercenado total o parcialmente su derecho si ello se permitiere.

## 5. Alcance del artículo 245 del Código de Comercio.

Dispone el citado artículo: "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. (□)".

Para abordar el análisis de la norma mencionada, habrán de hacerse las siguientes precisiones conceptuales:

- Obligación condicional: Es aquella cuyo nacimiento pende del cumplimiento de una condición, entendida esta última como un hecho futuro e incierto. La condición, a su vez, puede ser suspensiva si mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho, o resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (Art. 1536, Código Civil).
- Obligación litigiosa: Es aquella cuya existencia, exigibilidad o cuantía se encuentra en entredicho por la confrontación, casi siempre de características procesales, y donde sólo la decisión de la autoridad competente (judicial o administrativa), con carácter vinculante para las partes en litigio, hace cesar la incertidumbre tornando la obligación en cierta e indiscutible o, por el contrario, se declara que nunca existió o habiendo existido operó la prescripción o la caducidad de la misma.
- Reserva: Concepto netamente contable que puede definirse como aquella porción del patrimonio de la sociedad cuyos administradores han resuelto destinar expresamente para cumplir un propósito previamente determinado. En las compañías en liquidación, la reserva afecta la masa de bienes liquidables.
- Provisión: Ha dicho esta entidad que "la provisión está destinada a enjugar la pérdida ocurrida por la disminución del valor de los activos de la sociedad, caso en el cual actúa como una protección. También opera como el reconocimiento de una deuda o de un riesgo que pesa sobre el patrimonio, pero cuya ocurrencia y cuantía no puede determinarse con exactitud en el momento de su establecimiento. Puesto que su existencia se justifica para proteger el patrimonio social, esta cuenta debe originarse en pérdidas y ganancias, a fin de que ésta garantice los resultados de cada ejercicio económico".

Visto lo anterior, en el contexto del artículo analizado el término cuyo alcance habrá de establecerse es el de *provisión adecuada*.

Ahora bien, la responsabilidad de fijar el monto de las provisiones a que haya lugar radica en cabeza del liquidador, quien aplicando criterios objetivos, tales como el conocimiento de los hechos jurídicos, contables e históricos que motivan la reclamación y la contundencia probatoria para oponerse a las pretensiones, deberá tomar la decisión.

Sobre este punto ha dicho esta Superintendencia: "La provisión adecuada a que se refiere la norma, es aquella que resulte del cálculo aproximado que efectúe el liquidador para cuantificar las pretensiones del demandante a fin de que el derecho no se haga nugatorio si llegare a ser reconocido", de manera que la citada cuantificación, a juicio de este despacho, no puede limitarse a totalizar numéricamente el valor de las pretensiones, sino que deberá incluir, además, el análisis y la evaluación integral de todas las circunstancias que dieron lugar al litigio. De no ser así, existiría la posibilidad de que demandantes ambiciosos e irresponsables, calculando de manera arbitraria el valor de sus presuntos derechos, iniciaran juicios ordinarios con pretensiones excesivas, obligando al liquidador a efectuar la provisión equivalente a lo pedido, con lo cual se pondrían en grave riesgo los intereses económicos de acreedores con derechos ciertos e indiscutibles y de los propios socios, quienes tendrían que esperar meses y aun años hasta cuando se decidiera la controversia jurídica.

En ese orden de ideas y para puntualizar la respuesta, habrá de concluirse que las obligaciones cuya provisión se impone por mandato del artículo 245 del Código de Comercio, son las **condicionales y/o litigiosas**, que, como quedó expuesto, son aquellas cuyo nacimiento, certeza, existencia, exigibilidad o cuantía dependen de la ocurrencia de una condición o de la decisión de una autoridad competente. De ahí que las "obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor (□) y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso-administrativo o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia", aun cuando su pago se persiga por la vía ejecutiva, no serán litigiosas para los efectos de lo establecido en el artículo mencionado y, por lo tanto, no serán provisionables en los términos allí expuestos, salvo que contra las

pretensiones aducidas en la demanda respectiva se proponga en tiempo cualquiera de las excepciones previstas en la ley, en cuyo caso la obligación se torna litigiosa hasta tanto se resuelvan aquellas.

Es decir, cuando la obligación es expresa clara y exigible, y, por lo tanto, el acreedor ejerce el derecho de acción ejecutiva para su pago, no puede ésta válidamente llamarse litigiosa, de manera que lo procedente en este caso es que el liquidador proyecte su pago de acuerdo a la prelación que le corresponda, por el valor total estimado en la pretensión y los intereses, sin necesidad de realizar provisión alguna, salvo respecto de la condena en costas cuyo monto no será fijado por el juez sino hasta la liquidación final del crédito, sin perjuicio de que, se insiste, cuando los activos sociales existentes sean insuficientes para cancelar la totalidad de las obligaciones a cargo del ente en liquidación, deba proyectarse su pago y/o realizarse la citada provisión conforme a la prorrata o proporción que corresponda.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que el alcance del presente pronunciamiento es el contemplado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.