

OFICIO 220-025369 DEL 27 DE MARZO DE 2019

REF: LOS ENCARGOS FIDUCIARIOS EN LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Acuso recibo de su escrito en el cual formula consulta, relativa a los efectos que se producen por la apertura del trámite de liquidación judicial con relación a los encargos fiduciarios constituidos por la sociedad concursada como las facultades del liquidador frente a tales contratos; inquietudes que se abordaran en el orden propuesto en el escrito en mención.

Antes de resolver la consulta, es necesario indicar, que el marco legal de las atribuciones que desarrolla esta Entidad, están dadas conforme al contexto Constitucional en virtud del numeral 24 del artículo 189, artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

Ciertamente al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Resulta entonces propio advertir que esta Superintendencia en el ejercicio de sus facultades y funciones administrativas, está supeditado al marco constitucional y legal debidamente reglado, y por lo cual, no puede interferir con pronunciamientos o inmiscuirse en asuntos o **decisiones que adopte** o pueda adoptar esta



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Superintendencia en desarrollo de las facultades jurisdiccionales a las que se ha hecho referencia.

Bajo las premisas regulatorias anteriores, esta oficina se permite abordar la consulta, de manera general y abstracta, en el siguiente sentido, así:

i) “La competencia del liquidador de una empresa de construcción de vivienda en liquidación que ha constituido un encargo fiduciario para desarrollar el proyecto respectivo también se extiende hasta el encargo fiduciario cuando este es excluido de la masa liquidatoria o por el contrario al estar excluido el encargo fiduciario a su vez queda también restringida la competencia del liquidador solo a los bienes objeto de liquidación?”

a) Los encargos fiduciarios frente al proceso de liquidación judicial.

Sea lo primero precisar que, con la apertura del trámite de liquidación judicial de una sociedad, se producen unas consecuencias jurídicas de pleno derecho, de conformidad con lo previsto por los numerales 1°, 2°, y 3° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, entre las cuales se pueden señalar:

1.- Los órganos sociales no continúan su normal ejercicio, pues no se le permite continuar con sus competencias, pues cesan en el ejercicio de sus funciones.

2.- Ocurre la separación de los órganos de administración.

3.- Se produce la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios entre otros¹; todos estos efectos jurídicos, ocurren de pleno derecho, salvo por aquellos contratos respecto de los cuales obtengan autorización para continuar su ejecución. (Núm. 4°² y 7°³ del Art. 50 ejusdem).

1 Numerales 1°, 2°, 3° y 7°, del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

2 4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.

3 Numeral 7° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, prescribió:

“7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios, y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula correspondiente. El acto



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo se considerará sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso.

b). Efectos de la apertura del trámite de liquidación Judicial y competencia del liquidador frente a los encargos fiduciarios.

Precisados los aspectos procesales anteriores respecto a la terminación de los encargos fiduciarios por la apertura del trámite de liquidación judicial de una sociedad, como la no exclusión de los bienes afectos a estos contratos de la masa a liquidar, es preciso determinar las facultades que tiene el liquidador frente a tales contratos.

En efecto, por la apertura del trámite liquidación judicial de una sociedad, ocurre de pleno derecho la terminación de los encargos fiduciarios, y como consecuencia de ello, los recursos o bienes afectos a tales contratos, forman parte de la masa de la sociedad en trámite de liquidación, implicando también con ello que la sociedad concursada asumirá las obligaciones a cargo del encargo fiduciario, en el orden de prelación legal, que corresponde.

Ahora bien, en la medida en que los órganos de administración y de representación legal de la sociedad en trámite de liquidación quedan separados de sus funciones, tal y como quedó precisado en literal anterior, quien asume tales facultades, es el liquidador designado por el juez del concurso.

Por tanto, el liquidador de la sociedad concursada cuenta con todas las facultades para accionar, gestionar, recuperar, custodiar, administrar y disponer de los activos que han sido restituidos del negocio fiduciario a la masa de la liquidación, dentro de los límites de la Ley 1116 de 2006, como para solicitar del juez del concurso los pronunciamientos relacionados sobre este particular, en los términos de la disposición en comento.

c) Facultades del liquidador frente a los contratos que han obtenido autorización para continuar.

Aunado a los efectos que ocurren por la admisión, al trámite de liquidación judicial de una sociedad, el numeral 4° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, prescribe:

“4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

obtenida autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.”

Reiterando lo precisado en relación con las facultades del liquidador como auxiliar de la justicia y representante legal de la sociedad en trámite de liquidación, deberá junto con el vocero o representante de la entidad fiduciaria, analizar todos los pormenores del encargo fiduciario, como administrativos, financieros, económicos, las obligaciones causadas con anterioridad a la apertura del trámite de liquidación, los gastos de administración, la liquidación del contrato, el margen de rentabilidad, costo beneficio, entre otros, con los que podrá fundamentar la petición que ha de presentar al juez del concurso, en aras de obtener autorización para continuar su ejecución, quien deberá fijar las condiciones en que dichos contratos podrían continuar, supeditándose a la finalidad del proceso de liquidación judicial, cual es la protección de la prenda general de los acreedores.

La fiduciaria entregará los bienes al liquidador dentro del plazo que el juez del proceso de liquidación judicial señale y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.”

Lo que significa, que frente a los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, que hayan obtenido autorización para continuar su ejecución impartida por el juez del concurso, el liquidador no puede ser ajeno, o pasar por alto, lo que lo obliga a realizar todas las gestiones necesarias del seguimiento dentro de sus facultades y directrices impartidas al respecto por el operador judicial, máxime su condición de auxiliar de la justicia y representante legal de la sociedad en liquidación judicial.

ii) Por virtud del artículo 50 numeral 4 de la Ley 1116 de 2006, uno de los efectos del acto de apertura de la liquidación es la terminación del encargo fiduciario, ¿sírvese conceptuar si esa circunstancia excluye también a la gerente liquidadora de la administración o intervención en el encargo fiduciario en desarrollo? ¿En caso afirmativo a quien corresponde las gestiones y ejecuciones del objeto del fideicomiso constituido? ¿En estos casos se requiere para cumplir el Fideicomiso pedir concepto, autorización o visto bueno del gerente liquidador o de la autoridad que adelanta la liquidación?

Conforme lo acotado en el punto anterior, queda claro, que, por la apertura del trámite de liquidación judicial de una sociedad, se produce, la terminación de los encargos fiduciarios, como la separación de los administradores y terminación de sus funciones, y como consecuencia de ello, las facultades de los administradores, como la representación legal las asume el liquidador de la sociedad concursada en torno a los bienes afectos a dichos contratos, también surge la posibilidad de solicitarle al juez del concurso autorización para poder continuar las gestiones y ejecución del objeto de los mismos, en cuyo caso será obligación de la entidad



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

fiduciaria de cumplir con el objeto de los mismos, conforme a lo ordenado por el juez del concurso.

Por lo que, dados los anteriores parámetros y presupuestos, ha de entenderse resuelta la tercera inquietud de la consulta, en la medida en que en esencia es la misma que en los anteriores acápite se resuelve.

ii) “1.4. ¿cuál es la vía procesal e institucional establecida en Colombia para hacer que se cumpla lo estipulado en un fideicomiso cuando el Fideicomitente ha dejado de existir por vía de liquidación?”

Como ya quedó precisado, los negocios fiduciarios, por efectos propios del inicio del proceso de liquidación judicial, se dan por terminados, lo que de suyo obliga a la restitución de los bienes a la masa a liquidar, como la gestión de la fiduciaria encaminada a ese propósito dada su culminación, salvo que se permita su continuación por parte del juez del concurso, conforme lo anteriormente a lo acotado sobre el tema, a tono con lo dispuesto por los numerales 4° y 7° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

v) 1.5. ¿Cuándo una persona tiene interés en el encargo fiduciario excluido de la masa liquidataria en sede de liquidación está obligada a participar en el proceso liquidatorio? En caso negativo ¿es deber de la entidad que adelante la liquidación dar las razones por las cuales no se tiene el deber de participar en el proceso de liquidación?”.

En virtud del principio de “Universalidad” todos los activos y acreedores quedan afectos al trámite de insolvencia, lo que implica que los acreedores de la sociedad en liquidación judicial deben hacerse parte dentro del proceso en mención, en la oportunidad procesal pertinente, para que tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos, a tono con lo previsto por el artículo 48 de la Ley 1116 de 2006. De lo anterior se desprende, que no es el juez del concurso quien tenga el deber o carga procesal de esgrimir o exponer a priori las razones por las que un acreedor no deba hacerse parte dentro del trámite de liquidación judicial.

De suyo también implica, que los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados con conforme a créditos de segunda (prenda/garantía mobiliaria) o tercera clase (hipotecarios) según la naturaleza de los bienes fideicomitados. (Numeral 7° del artículo 50 ibídem y Art 2497, 2499 Código Civil)

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la P. Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro cualquiera de su interés.