

Oficio 220-149554 Del 8 de Diciembre de 2010

ASUNTO: Funciones de liquidador. Sociedad con sentencia de extinción de dominio.

Me refiero a la comunicación radicada bajo el número 2010-03- 029711, mediante la cual la Intendencia Regional de esta Superintendencia en Cali, remite la consulta por usted formulada en los siguientes términos:

HERBERT GIOVANNI ALVAREZ CRUZ, actuando en mi condición de Depositario Provisional con funciones de Liquidador de la sociedad MIRALUNA LIMITADA & CIA S EN C conforme a la resolución N° 1167 del 8 de septiembre de 2009 proferida por la Dirección Nacional de Estupefacientes, respetuosamente me dirijo ante su Despacho con el fin de manifestarle:

1. La sociedad MIRALUNA LIMITADA & CIA S EN C S EN LIQUIDACIÓN, fue objeto de extinción de dominio 100% de su capital a favor del ESTADO (FRISCO).

El Juzgado primero penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Descongestión de Bogotá, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2004, declaro la extinción del derecho de dominio sobre unos bienes, entre los cuales figura MIRALUNALIMITADA Y CIA S EN C S.

La referida decisión fue confirmada por sentencia de segunda instancia del 31 de marzo de 2005, proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. La Dirección Nacional de Estupefacientes, mediante Resolución 1167 del 8 de septiembre de 2009 me designó Depositario Provisional con funciones de Liquidador.

3. En la resolución 1167 del 8 de septiembre de 2009, en el artículo sexto se establece como obligaciones del liquidador las establecidas en el artículo 238 del Código de Comercio, entre las cuales se indica:

Artículo 238 del Código de Comercio establece.

5) A vender los bienes sociales, cuales quiera que sean éstos, con excepción de aquellos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuidos en

.7) A liquidar y cancelar las cuentas de terceros y de los socios, como se dispone en los artículos siguientes, y

4. En acta número 13 de reunión equivalente a junta extraordinaria de socios de MIRALUNA LIMITADA & CIA S. EN C.S EN LIQUIDACIÓN, desarrollada el 26 de julio de 2010, en el numeral 6 se procedió a la aprobación del inventario de Liquidación.
5. con el fin de iniciar con la venta de los activos sociales (de acuerdo al inventario de liquidación), se publicó la venta de una finca en el diario el tiempo y el país el día 5 de septiembre, para el pago de los pasivos sociales.
6. Mediante oficio S-2010-70709 de la dirección Nacional de Estupefacientes de fecha 17 de septiembre de 2010, se manifiesta que no se autoriza la venta de inmuebles rurales, hasta tanto nos imparta directriz en contrario.

PETICIÓN.

Respetuosamente solicito a su despacho, me resuelva las siguientes inquietudes:

1. Teniendo en cuenta que los bienes del deudor son la prenda o garantía del acreedor surgen las siguientes inquietudes:

- 1.1. Al darle cumplimiento al oficio enviado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, el cual indica que no se pueden vender bienes rurales, ¿por medio de esta figura se podría estar dejando sin garantías a los acreedores reconocidos conforme a la prelación de créditos del inventario de liquidación?
- 1.2. Esta actuación daría al liquidador alguna responsabilidad a título de dolo o culpa?
- 1.3. Existiría solidaridad por la posible responsabilidad que se desprenda entre la DNE y el liquidador? O la responsabilidad sería enteramente de la DN Exonerando al liquidador?
- 1.4. La DNE sería solidaria de las obligaciones pendientes de pago en su condición de único socio de la sociedad en comandita simple cuya responsabilidad se asimila a la de la sociedad limitada?

2. ¿La Dirección Nacional de Estupefacientes tiene capacidad jurídica para solicitarle al liquidador el no cumplimiento de sus funciones, como lo es la venta de los activos sociales para el pago de pasivos?

Para efectos de atender sus interrogantes es pertinente citar el Oficio 220-183883 Del 14 de Diciembre de 2009, algunos de cuyos apartes me permito transcribir para los fines pertinentes:

Al respecto, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas:

a.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 785 de 2002, La Dirección Nacional de Estupefacientes ejercerá los derechos sociales que correspondan a las acciones, cuotas o partes de interés social que hayan sido objeto de medida cautelar dentro de los procesos a que se refieren las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996 hasta que se produzca la decisión judicial definitiva y mientras tanto quienes aparezcan inscritos como socios, miembros de los órganos sociales y demás órganos de administración, representante legal o revisor fiscal, no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con aquellas, a menos que sean autorizados expresamente y por escrito por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

A partir de la medida cautelar, las facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad o de las unidades de explotación económica, incluyendo la disposición definitiva de las mismas en la forma y términos establecidos en el Código de Comercio y demás normas concordantes, serán ejercidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende, de una parte, que le corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes ocupar el lugar de los titulares del derecho de dominio sobre las acciones, cuotas o partes de interés social respectivas, que hayan sido objeto de medida cautelar dentro de un proceso de extinción de dominio, en lo concerniente a los derechos que a los socios corresponden, por lo que éstos no podrán ejercer mientras penda la cautela ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con tales acciones, cuotas o partes de interés social, salvo que fueren expresamente autorizados por escrito por la Dirección Nacional de Estupefacientes, y de otra, que desde el momento en que se decreta la susodicha medida cautelar, la DNE asume las facultades que le han sido asignadas por la ley o por los estatutos a los órganos de administración y dirección de la sociedad, llámese junta de socios o asamblea general de accionistas; representante legal o junta directiva.

No obstante lo anterior, es de advertir que tales atribuciones se predicán de la Dirección Nacional sólo respecto de la participación que hubiere sido objeto de la medida, es decir, si la acción de extinción ha recaído, por ejemplo, sobre las cuotas sociales de uno de los socios que representa el 10% del capital social, será ese el límite de la participación de la DNE en las deliberaciones y decisiones del máximo órgano social.

Cosa distinta, se presenta cuando la medida cautelar ha sido decretada sobre todas las cuotas sociales que representan el total del capital social, y por consiguiente, la DNE, como organismo creado para tales efectos, asume las atribuciones que, en condiciones normales, serían del resorte exclusivo y privativo de los socios reunidos en asamblea o junta, por encontrarse el 100% de las acciones o cuotas de la sociedad en las condiciones mencionadas, los derechos patrimoniales y políticos que las cuotas o acciones confieren a sus titulares, obviamente pasaron a ser ejercidas por aquella.

Sin embargo, frente a la decisión de la autoridad judicial competente, en la que se declare la extinción del derecho de dominio sobre los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o uso de bienes muebles como inmuebles propiedad de los investigados, la medida que en principio fue decretada de manera provisional indudablemente deja de serlo para ser definitiva, y en tal virtud se ordena la tradición de la totalidad de esos bienes a favor del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen organizado, a través de la Dirección Nacional de Estupefacientes que lo administra.

Es evidente entonces que a partir de la fecha de la sentencia, la propiedad de los bienes sobre los cuales se decretó la extinción del dominio radica en cabeza del mencionado Fondo.

b.- Ahora bien, y como quiera que el legislador no se pronuncie acerca de la disolución de la persona jurídica que nace del contrato de sociedad, una vez legalmente constituida (artículo 98 del Código de Comercio), como tampoco si la situación descrita se contempla en la ley como causal de disolución de la misma (artículo 218 *ibídem*), ora como un modo de extinguir las obligaciones a cargo de la compañía (artículo 625 del Código Civil), es menester establecer el procedimiento que se debe seguir para ello.

En primer término, y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 5º de la Ley 785 de 2002, respecto a los efectos de las medidas preventivas, se concluye que las facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad, son ejercidas en su totalidad por la DNE, en razón a los bienes objeto de tal medida, se sujetan a la forma y términos establecidos en el Código de Comercio y demás normas concordantes. Ya en la etapa en que la disposición de esos bienes radica de manera definitiva a nombre del Estado, no puede ser diferente, si se tiene en cuenta que la DNE es la responsable, ya no de la debida administración, custodia y manejo de unos bienes cuya titularidad se investigaba, sino de la administración de los recursos (bienes) que le fueron transferidos al Fondo.

En estas condiciones, la Dirección Nacional de Estupefacientes, en representación y vocera de la totalidad de los derechos sociales, a la vez administradora del Fondo de Rehabilitación, titular tanto de los derechos sociales como de los bienes que integran los activos de la compañía, es quien debe adoptar la decisión

de extinguir la personalidad jurídica objeto de un proceso de extinción de dominio, observando para el efecto el procedimiento que para tales fines contempla el Código de Comercio para las sociedades comerciales, pues, a diferencia de los procesos concursales □Ley 222/95- o de reestructuración de obligaciones -Ley 550/99-, el legislador no contempla la terminación de una liquidación por insuficiencia o carencia de activos para atender el pasivo social.

De otro lado, se observa que sí como consecuencia del fallo condenatorio los socios de la sociedad fueron despojados de sus participaciones y de los rendimientos que éstos hubieren generado, y la sociedad de los activos adquiridos durante su existencia y funcionamiento, subsistiendo solo su personalidad jurídica, con mayor razón el Estado, a través de la DNE, debe velar porque la misma deje de producir efectos, agotando el procedimiento que para el fin prevé el ordenamiento mercantil y normas concordantes.

En otros términos, si a la Dirección Nacional le fueron conferidas las facultades que ordinariamente corresponden al máximo órgano social, en la forma y términos del Código de Comercio, luego asume los derechos que otorga la calidad de asociado, señalados en los artículos 187 y 420 íbidem, no puede hacer menos cuando las medidas dejan de ser provisionales, es decir, como representante de las cuotas sujetas a la medida cautelar, ahora transferidas al Fondo, le corresponde decidir sobre la disolución y consiguiente liquidación del ente social.

De lo anteriormente expuesto, se deduce que la DNE se encuentra investida de plenas facultades para que en representación del total de las cuotas en que se encuentra dividido el capital, adopte la decisión de disolver y liquidar la compañía, designando al responsable del proceso; decisiones que deberán constar en un acta para que ésta sea elevada a escritura pública y luego registrada en la Cámara de Comercio tanto del domicilio social principal como en lugares donde de la compañía hubiere establecido sucursales, a fin dar a conocer a los terceros la nueva situación jurídica de la sociedad (Artículos 158, 160, 162 y 228 del estatuto Mercantil)

Consecuente con lo anterior, si en desarrollo de la disolución y consiguiente liquidación, la DNE decide designar como liquidador a quien hasta el momento se ha desempeñado como depositario de tales bienes con representación legal, éste en ejercicio de funciones que como administrador realizó (artículo 22 Ley 222 de 1995), habrá de presentar a su consideración un informe de gestión en los términos del artículo 230 íbidem.

De las referidas consideraciones, se puede anticipar que el liquidador no está en la posibilidad de disponer de los bienes respecto de los cuales por decisión de autoridad judicial competente, se declaró la extinción del derecho de dominio; por las siguientes razones:

1. Corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes dictar las directrices para el proceso de liquidación siguiendo los parámetros fijados por la ley en el ordenamiento mercantil. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la entidad mencionada es una autoridad administrativa cuyas decisiones corresponden a verdaderos actos administrativos, cobijados por la presunción de legalidad y de obligatorio cumplimiento por parte de sus destinatarios, cuando quiera que dichos actos hayan adquirido ejecutoriedad.

2. A partir de la fecha de la sentencia, la propiedad de los bienes sobre los cuales la sentencia decretó la extinción del dominio, se radica en cabeza del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el crimen organizado, que administra la Dirección Nacional de Estupefacientes.

3. De acuerdo con el inciso tercero del artículo 18 de la ley 793 de 2002, es la Dirección Nacional de Estupefacientes, la encargada de vender los bienes en pública subasta, con el fin de reconocer los derechos de los acreedores prendarios, hipotecarios de buena fe, premisa que necesariamente debe hacerse extensiva a los acreedores quirografarios. El procedimiento de venta, está establecido en el Decreto 1461 del 28 de julio de 2000.

4. El liquidador, en su condición de administrador, debe informar a la Dirección Nacional de Estupefacientes acerca de su gestión, así como de la existencia de acreedores a los que aún no se les ha efectuado el pago, para que este organismo en ejercicio de las funciones de administración y dirección de la sociedad, adopte las medidas a que haya lugar para efectuar el pago del pasivo externo de la sociedad, sin perjuicio de las acciones legales que por la vía ordinaria puedan ejercer los interesados.

El liquidador puede dirigirse a la Dirección Nacional de Estupefacientes para exponer el tema de acreedores insolutos, con el objeto de que sea la entidad la que revise sus propias decisiones y establezca si mantiene la decisión de no vender el predio al que se refiere o si continúa con la realización del activo.

En todo caso, la decisión de la D.N.E. es susceptible de ser revisada sea de oficio o a solicitud de los interesados, por tanto, la Superintendencia de Sociedades a título de consulta, no puede calificar la actuación de la D.N.E., desautorizarla o cuestionar su validez.

5. El tema propuesto en los puntos 1.2. y 1.4. relacionado con la responsabilidad del liquidador, no pueden ser objeto de una manifestación a título de consulta pues sólo puede resolverse dentro del ámbito de un proceso de indemnización de perjuicios, en el que se establezcan con precisión las pretensiones del demandante, que deberán estudiarse a la luz de los hechos, de las pruebas, así como de los elementos de juicio, que tiendan a determinar las razones por las cuales a juicio del demandante la conducta del demandado, adolece de dolo o culpa.

6. La Dirección Nacional de Estupefacientes dirige los procesos de liquidación y disposición de los bienes dejados a su disposición con posterioridad a un proceso de extinción de dominio, si dictó mediante un acto administrativo alguna decisión, la misma es obligatoria para su destinatario, quien tiene la opción en todo caso de renunciar al cargo, cuando estime que existe una decisión que puede ser discutible judicialmente.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.