

**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Extralimitación en el ejercicio de sus funciones / LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Contrato de auxiliares / LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Concepto previo de la junta asesora / JUNTA ASESORA - Liquidador. Concepto previo**

El inciso 1 que se demanda exige que el liquidador obtenga la autorización de la mayoría absoluta de la junta asesora para contratar auxiliares que le ayuden a desarrollar su gestión y en las condiciones que ésta apruebe, autorización y aprobación que no están expresamente consignadas en los numerales arriba transcritos (..), de donde se deduce que el Superintendente de Sociedades se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, en cuanto el artículo 178 de la Ley 222 expresamente señaló los eventos en que quiso condicionar la actuación del liquidador al concepto previo de la junta asesora, lo que hace procedente la declaración de nulidad del citado inciso 1. Lo anteriormente expuesto no obsta para que en ejercicio de su labor fiscalizadora la junta asesora revise la contratación que haga el liquidador y pueda, si no está de acuerdo con los criterios de la gestión encomendada, removerlo del cargo.

**LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Prohibición / LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Conflicto de intereses. Reglamentación / CONFLICTO DE INTERESES - Reglamentación. Competencia**

El inciso 3 prohíbe al liquidador contratar, directa o indirectamente, como auxiliares o asesores, con parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o con su cónyuge, como también con sociedades de las cuales sean socios él o su cónyuge o los parientes anteriormente indicados. A juicio de la Sala, como fundamento legal de la disposición analizada no puede tenerse la norma anteriormente transcrita, pues ésta ordena a los administradores abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, sin que sea de recibo lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en la contestación de la demanda respecto de que "...en tal virtud, la disposición sólo precisa categóricamente qué actos constituyen de parte del administrador un conflicto de interés y en los cuales debe abstenerse de participar", pues la determinación de lo que constituye conflicto de interés es del resorte de la ley o del Gobierno, por autorización expresa del legislador, circunstancia que no se demostró que se presentó en este caso, razón por la cual la demandada usurpó una función que le compete al Congreso.

**LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Código único disciplinario / CODIGO UNICO DISCIPLINARIO - Liquidadores / LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Contrato. Naturaleza / CONTRATACION ESTATAL - Régimen de inhabilidades. Liquidador de sociedades. Improcedencia / LIQUIDADOR DE SOCIEDAD - Régimen de inhabilidades en contratación estatal. Improcedente**

Si bien le asiste razón a la Superintendencia de Sociedades cuando sostiene que a los liquidadores se les aplica el Código Único Disciplinario en cuanto ejercen temporalmente funciones públicas, también lo es que tal circunstancia no muta la naturaleza de los contratos que suscriben en su condición de liquidadores de sociedades de carácter privado con sus asesores o auxiliares, es decir, que tales contratos no pasan a ser estatales, razón por la cual no puede aplicarse a éstos el régimen de inhabilidades previsto en el estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993). Por último, esta Corporación considera que también se extralimitó la Superintendencia de Sociedades al disponer que cuando el liquidador contrate sin la previa autorización de su junta asesora las obligaciones generadas por dichas contrataciones serán con cargo a sus honorarios, pues ello constituye una sanción

que no se encuentra prevista ni en la Ley 222 de 1995 ni en el Decreto Ley 1080 de 1996, sin que pueda, por tanto, el funcionario crearla mediante un acto administrativo, pues ello es competencia del legislador.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia del 6 de febrero de 1995, exp. núm. 5277, actor, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Consejero Ponente, Dr. Delio Gómez Leyva.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero del dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00365-01**

**Actor: DARIO CARO MELENDEZ**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Decide la Sala, en única instancia, la demanda incoada por DARIO CARO MELENDEZ en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 27, incisos 1 y 3 y párrafo de la Resolución 100-000285 del 2 de marzo del 2004, proferida por la Superintendencia de Sociedades *“Por la cual el Superintendente de Sociedades señala el procedimiento para seleccionar a los aspirantes a ser inscritos en la lista de liquidadores, elaborar dicha lista, designar liquidadores y reconocer y pagar sus honorarios en el proceso de liquidación obligatoria”*.

## **I. ANTECEDENTES**

### **a. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.**

La parte actora considera que las normas acusadas violan los artículos 113, 114, 116, inciso 3, 121 y 150, numerales 1, 2 y 23 de la Constitución Política; 166 y 178 de la Ley 222 de 1995; y 1º y 2º del Decreto Ley 1080 de 1996 y sustentó así los cargos de violación:

**Primer cargo.**- Las disposiciones acusadas violan los artículos 113, 114 y 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, pues, como es sabido, el ordenamiento jurídico colombiano descansa fundamentalmente sobre el principio de la división del poder público en ramas, las cuales funcionan en forma separada pero colaboran de manera armónica en la realización de los fines del Estado. Lo anterior significa que cada uno de los órganos integrantes del poder público tiene unas competencias asignadas por la Constitución o por la ley en sus respectivos campos.

Se refiere a que, por su parte, el canon constitucional 114 le asigna al Congreso la función de hacer las leyes, norma que está en concordancia con el artículo 150 ibídem, numerales 1 y 2, que establecen que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejerce las funciones de interpretarlas, reformarlas y derogarlas y expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. Esto significa que tales atribuciones legislativas sólo pueden ser ejercidas por el Congreso de la República, a menos que este organismo, excepcionalmente, en ejercicio de las facultades establecidas en el mismo artículo 150, numeral 10, revista al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir normas sobre determinadas materias, las cuales, en ese caso, tendrán fuerza de ley.

**Segundo cargo.**- El Superintendente de Sociedades al expedir la disposición acusada violó el artículo 121 de la Constitución Política, ya que entró a ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, pese a que el principio de legalidad es presupuesto básico del Estado de Derecho que busca evitar la arbitrariedad de los gobernantes.

Anota que conforme a dicho principio, todos los actos de la Administración deben respetar las normas jurídicas, por cuanto están sometidos a la Constitución y a la ley, no obstante lo cual el Superintendente de Sociedades mediante la norma acusada ejerció funciones diferentes a las propias de su cargo, lo que la vicia de nulidad.

**Tercer cargo.**- El artículo 150, numeral 23 de la Constitución Política dispone que corresponde al Congreso expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, norma que desconoció el Superintendente al imponer prohibiciones al ejercicio de las funciones del liquidador, señalar incompatibilidades para el nombramiento de auxiliares y asesores y exigirle requisitos y autorizaciones previas de la junta asesora, no prescritos en la ley.

**Cuarto cargo.**- El artículo 166 de la Ley 222 de 1995 atribuye al liquidador la representación legal de la empresa fallida, con lo cual le da amplias facultades de administrador, en concordancia con lo que establece en los artículos 22 y siguientes, eso sí, con el propósito específico de concluir las operaciones sociales y liquidar el patrimonio. Concretamente lo faculta, además de las funciones inherentes al cargo de auxiliar de la justicia, para ejecutar todos los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva; ejecutar los actos necesarios para la conservación de los activos; celebrar todos los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la liquidación, con las limitaciones allí establecidas, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten la cancelación del pasivo; y atender con los recursos de la liquidación todos los gastos que ella demande, pagando en primer término el pasivo externo, observando el orden de prelación establecido en la providencia de graduación y calificación.

Anota que son amplias las facultades de administración y disposición otorgadas al liquidador, además de las inherentes a la naturaleza y responsabilidades del cargo que implican necesariamente la posibilidad de nombrar asesores y auxiliares en campos y profesiones que no son del manejo inmediato del auxiliar de la justicia y liquidador. Que, en efecto, el artículo 163 de la Ley 222 de 1995 exige que el liquidador tenga título universitario, pero no especifica en qué profesión, por lo cual puede serlo cualquier persona que haya cursado una carrera universitaria, sin perjuicio de la experiencia que debe tener en el manejo de empresas.

Considera que esperar que el liquidador se encargue personalmente de administrar una empresa en crisis tan grave que la ha llevado a la liquidación obligatoria, que asuma los más diversos oficios y gestione asuntos que la misma ley en algunos casos exige que se haga con el concurso de personas habilitadas legalmente para ejercer sus distintas profesiones como abogados, contadores, ingenieros, arquitectos, etc. implica una carga no impuesta por la ley a aquél, ya que el ejercicio de su función implica necesariamente tener al servicio de la liquidación personal de toda su confianza para depositar en él responsabilidades como la contabilidad, los inventarios, los recursos líquidos de la masa, la asesoría legal, etc., no siempre disponibles entre el personal que venía laborando regularmente en la empresa y que el hecho de tener que contar con la previa autorización de la junta asesora para realizar esas contrataciones coarta sus facultades de administración y no se concilia con la fluidez y celeridad que la misma ley exige emplear y que, por el contrario,

contradice los postulados del proceso liquidatorio, haciendo complicada y pesada su labor.

Sostiene que tales previsiones también contradicen el artículo 178 de la Ley 222, que señala taxativamente las funciones de la junta asesora, indicando los actos y gestiones del liquidador que requieren visto bueno o concepto previo de tal organismo, sin que dentro de aquellas se encuentre la de autorizar la contratación de asesores y auxiliares por parte del liquidador. Tampoco trae el citado artículo 178 la función de aprobar las condiciones bajo las cuales puede el liquidador contratar asesores o auxiliares para el desarrollo de su gestión, de modo que la última frase del inciso primero del artículo 27 que se acusa también está por fuera de la ley.

**Quinto cargo.-** El artículo 27 acusado prohíbe al liquidador contratar como auxiliares o asesores a sus parientes y cónyuge, lo mismo que a sociedades en donde éstos o aquél sean socios, prohibición que, a su juicio, no encuentra sustento legal, por más que se trate de aplicar el régimen de contratación aplicable a los funcionarios públicos o el estatuto de contratación administrativa de la Ley 80 de 1993.

Señala que si bien el liquidador cumple una función pública, ello no lo convierte en empleado público para endilgarle el régimen de inhabilidades previsto en el estatuto de administración de personal o en la ley de contratación estatal. Además, el mentado inciso coarta y restringe la libertad de los ciudadanos que podrían prestar sus servicios al liquidador en condiciones de igualdad, al imponer una limitación (ser pariente o cónyuge) que no ha establecido la ley.

Considera que el párrafo acusado también debe ser declarado nulo, pues es consecuencia de los dos incisos también acusados, además de que impone una responsabilidad y unas sanciones al liquidador no previstas en la ley (obligaciones generadas por las contrataciones hechas en contravía de lo establecido en la primera parte del artículo).

**Sexto.-** Anota que del artículo 1º del Decreto Ley 1080 de 1996 se deduce claramente que para respetar el orden jurídico las facultades de la Superintendencia de Sociedades en relación con otras personas jurídicas o naturales deben estar concretamente precisadas en la ley, pese a lo cual el Superintendente ejerció funciones distintas a las señaladas como parte del poder administrativo, al entrar a

regular conductas, establecer prohibiciones y crear requisitos y funciones no autorizadas por el legislador, que es a quien corresponde.

#### **b. Las razones de la defensa**

La NACIÓN, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, al contestar la demanda señala que de conformidad con el régimen vigente (artículo 90 de la Ley 222 de 1995) tiene a su cargo la función exclusiva de tramitar los procesos concursales adelantados contra personas jurídicas, con excepción de las entidades sujetas a regímenes especiales de intervención o liquidación, que se encuentren o teman estar en serias dificultades para cumplir con sus obligaciones. Dicha competencia es de naturaleza jurisdiccional, razón por la cual las decisiones adoptadas en su ejercicio constituyen verdaderas providencias con efecto de cosa juzgada.

Anota que sin perjuicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley como autoridad administrativa, la Superintendencia en materia de procesos concursales, como lo es la liquidación obligatoria, cumple excepcionalmente funciones jurisdiccionales que se orientan por los principios de oficiosidad, universalidad, colectividad e igualdad.

Refiere que en cuanto concierne a la competencia que le asiste particularmente frente a los liquidadores en su condición de *'auxiliares de la justicia'*, debe resaltarse que sin perjuicio de las funciones establecidas en la Ley 222 de 1995, a la Superintendencia como juez del concurso y nominador del liquidador le corresponde velar por el cumplimiento de las obligaciones que para aquellos se derivan de los artículos 8º y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a las funciones del liquidador señaladas expresamente en los artículos 166 y 187 de la Ley 222 de 1995, características, formas de nombramiento, garantías y responsabilidades de los liquidadores al interior de los mencionados procesos, sostiene que si bien por determinación de la ley el liquidador es un auxiliar de la justicia designado y no vinculado por la Superintendencia de Sociedades en la providencia que ordena la apertura del trámite liquidatorio, igualmente asume como tal la representación legal del concursado en virtud del efecto *'ipso iure'* de la separación de los administradores prevista en el artículo 151 ibídem, lo que comporta de por sí una responsabilidad excepcional de parte del nominador por el desempeño de su gestión, máxime considerando que como

consecuencia de la liquidación los órganos sociales a los que de ordinario están supeditados los administradores en las sociedades mercantiles cesan en sus funciones frente al mismo, quedando exclusivamente a cargo de la junta asesora del liquidador la vigilancia sobre su actividad.

Considera que de lo expuesto se colige que si se trata de personas calificadas que por sus cualidades personales se suponen lo suficientemente idóneas para desempeñar el cargo con sujeción a los deberes que le son impuestos y para cumplir, por ende, el cometido del trámite, encaminado exclusivamente a realizar en forma ordenada el patrimonio de la empresa, no se justifica la contratación de auxiliares o asesores para el desarrollo de su gestión, considerando que la ley no requiere para ello el concurso de profesionales especializados y, asimismo, los sobrecostos que esto conlleva; que, en consecuencia, la autorización de la junta asesora para la citada contratación es procedente, prueba de lo cual es que tratándose de los secuestres, el artículo 9º, numeral 5 del C. de P.C. no sólo exige la autorización del juez, sino que le defiere directamente a éste la decisión.

Por consiguiente, lo menos que puede la entidad en cumplimiento de su deber es reglamentar unas mínimas condiciones, en el sentido de no prohibir ese tipo de contratos pero sí requerir para el efecto la autorización de la junta asesora, lo cual minimiza los gastos de la administración y ayuda a pagar a un mayor número de acreedores del concurso, en el entendido de que la atribución general de la junta asesora es, precisamente, la de asesorar y fiscalizar la gestión del liquidador, labor que está llamada a cumplir no sólo en cumplimiento de las funciones a ella asignadas expresamente en el artículo 178 de la Ley 222 de 1995, sino en el de *“todas las demás previstas en ésta u otras leyes, tratados o convenios internacionales”* (numeral 17), como sería el caso de la que se deriva de la disposición acusada.

Anota que en ejercicio de la función de elaborar la lista de liquidadores la Superintendencia debe establecer parámetros claros, generales y objetivos, para lo cual expide los actos administrativos que reglamentan las condiciones para el efecto, y asimismo fija el procedimiento para el reconocimiento y pago de los honorarios correspondientes, de acuerdo con el artículo 170 íbidem.

Pone de presente que mediante oficio 1335 del 27 de octubre del 2003 la Procuraduría General de la Nación se pronunció sobre el tema de la competencia

disciplinaria frente a los liquidadores y concluyó que los liquidadores designados por la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de las funciones contempladas por la Ley 222 de 1995 y por la Ley 446 de 1998, en concordancia con los artículos 8º y 9º del Código de Procedimiento Civil son auxiliares de la justicia que cumplen funciones públicas de carácter judicial y que, por tanto, quedan sometidos al régimen disciplinario establecido para tal categoría de sujetos al tenor del artículo 52 y siguientes del Código Único Disciplinario (Ley 734 del 2002).

A su juicio, el artículo 23, numeral 7 de la Ley 222 puede considerarse el fundamento de la disposición atacada, cuando condiciona, por una parte, la contratación de auxiliares o asesores a la autorización previa de la junta asesora y, por la otra, establece que el liquidador no podrá contratar como auxiliares o asesores, ni directa ni indirectamente, a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o a su cónyuge, como tampoco a sociedades de las cuales sean socios él o su cónyuge o los parientes anteriormente indicados.

Argumenta que la anterior disposición, más que prohibir, lo que hace es reconocer expresamente la existencia del conflicto de interés que efectivamente se presenta cuando el liquidador contrata como auxiliares o asesores a personas de las que se prediquen las condiciones señaladas, lo que ya de por sí está legalmente prohibido por las reglas generales a las que se ha hecho referencia y que en tal virtud la norma acusada sólo precisa categóricamente qué actos constituyen de parte del administrador un conflicto de interés y en los cuales debe abstenerse de participar.

Menciona que a ese respecto se tiene que con base en el concepto definido en la Circular Externa 20 de 1997 y que recoge la opinión unánime de la doctrina nacional, la Superintendencia de Sociedades precisó que *“... existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero. El liquidador deberá abstenerse de ejecutar los actos de competencia a aquellos generadores de la situación de conflicto. En caso de desacato, podrá ser removido de su cargo y estará sujeto al juicio de responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal a que hubiere lugar. La duda respecto*

*a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas debiendo informar al máximo órgano social su caso”.*

### **c.- La actuación surtida**

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 9 de diciembre del 2004 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente.

Dentro del término para alegar de conclusión hicieron uso de tal derecho el apoderado de las partes y el representante del Ministerio Público.

## **II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, respecto del aparte demandado del inciso 1 del artículo 27 de la Resolución 285 de 2005, que dice sustentarse en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 222 de 1995 y en el numeral 9 del artículo 178 ibídem, considera que aun cuando de estos textos legales no se evidencia en forma expresa un condicionamiento para la celebración de contratos por parte del liquidador previa autorización de la junta asesora, tal previsión se explica dependiente de la atribución general que el artículo 178 citado le confiere a dicha junta para “fiscalizar” la gestión del liquidador, facultad de la cual se desprende el ejercicio de un justificado control sobre las actuaciones del liquidador que, por lo demás, debe entenderse que no está habilitado para ejercer sus funciones en forma absolutamente discrecional, mucho menos aquellas que comprometen el patrimonio de la liquidación, motivo por el cual solicita que dicho inciso se conserve.

En cuanto al inciso 3 del artículo 27 que se acusa, mediante el cual se establece un régimen de incompatibilidades para el liquidador en materia de contratación, estima que carece de todo sustento legal, en cuanto ninguna de las disposiciones de la Ley 222 de 1995 ni del Decreto Ley 1080 de 1996 aparece consideración

expresa e inequívoca sobre dicho régimen, ni mucho menos se le confiere atribución alguna a la Superintendencia para establecer impedimentos de esa naturaleza. Agrega que no podía ser de esa manera, por cuanto al constituir tales prohibiciones una restricción al ejercicio de la libertad contractual únicamente pueden ser establecidas por la ley, lo que excluye la posibilidad de consagración mediante acto administrativo.

Por último, señala que también el aparte acusado del párrafo del artículo 27 debe anularse, dado que dicha disposición establece una sanción a cargo del liquidador para el evento en que contrate sin la autorización previa de la junta asesora, sin que se pueda dejar de tener en cuenta que la posibilidad de establecer infracciones y sanciones forma parte de uno de los supuestos determinantes del derecho fundamental al debido proceso, cuyo desarrollo sólo le es permitido a la ley en sentido material y, excepcionalmente, a los reglamentos cuando constitucionalmente se disponga expresamente de esa manera. En ese orden, concluye que ninguna de las disposiciones citadas como fundamento contempla la infracción y la sanción referenciada, como que tampoco existe precepto que faculte para ello a la Superintendencia.

### III CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las disposiciones demandadas del artículo 27 de la Resolución 100-000285 del 2 de marzo del 2004, *“Por la cual el Superintendente de Sociedades señala el procedimiento para seleccionar a los aspirantes a ser inscritos en la lista de liquidadores, elaborar dicha lista, designar liquidadores y reconocer y pagar sus honorarios en el proceso de liquidación obligatoria”*, son del siguiente tenor:

**“Artículo 27.-** *Auxiliares del Liquidador. En virtud de las funciones consagradas en los artículos 166, numeral 4º y 178, numeral 9º de la Ley 222 de 1995, el liquidador solamente podrá contratar auxiliares para el desarrollo de su gestión con la autorización previa de la mayoría absoluta de la Junta Asesora del liquidador, y en las condiciones aprobadas por ésta.*

“...

*“No podrá el liquidador contratar ni directa ni indirectamente como auxiliares o asesores, a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni con su cónyuge, como tampoco con sociedades de las cuales sean socios él o su cónyuge o los parientes indicados anteriormente.*

**“Parágrafo.** *En el evento que el liquidador contrate sin la previa autorización de su junta asesora, las obligaciones generadas por dichas contrataciones serán con cargo a sus honorarios, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad de que trata el artículo 167 de la Ley 222 de 1995”.*

Los artículos 166, numeral 4 y 178, numeral 9, apoyo legal del inciso primero del artículo 27 que se acusa, preceptúan:

**“Artículo 166. Funciones del liquidador.** *El liquidador tendrá la representación legal de la entidad deudora y como tal desempeñará las funciones que adelante se le asignan, y en ejercicio de ellas deberá concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la apertura del trámite y en especial las siguientes:*

*“1. ...*

*“4. Ejecutar los actos necesarios para la conservación de los activos y celebrar todos los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la liquidación, con las limitaciones aquí establecidas, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten la cancelación del pasivo”.*

**“Artículo 178. Funciones.** *La junta tendrá como atribución general la de asesorar y fiscalizar la gestión del liquidador, y en consecuencia se le atribuyen las siguientes funciones:*

*“1. ...*

*“9. Asesorar al liquidador, cuando éste se lo solicite, en cuestiones relacionadas con su gestión”.*

El inciso 1 que se demanda exige que el liquidador obtenga la autorización de la mayoría absoluta de la junta asesora para contratar auxiliares que le ayuden a desarrollar su gestión y en las condiciones que ésta apruebe, autorización y aprobación que no están expresamente consignadas en los numerales arriba transcritos, de donde se deduce que el Superintendente de Sociedades se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, en cuanto el artículo 178 de la Ley 222 expresamente señaló los eventos en que quiso condicionar la actuación del liquidador al concepto previo de la junta asesora, lo que hace procedente la declaración de nulidad del citado inciso 1.

Lo anteriormente expuesto no obsta para que en ejercicio de su labor fiscalizadora la junta asesora revise la contratación que haga el liquidador y pueda, si no está de acuerdo con los criterios de la gestión encomendada, removerlo del cargo.

Por su parte, el inciso 3 prohíbe al liquidador contratar, directa o indirectamente, como auxiliares o asesores, con parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o con su cónyuge, como también con sociedades de las cuales sean socios él o su cónyuge o los parientes anteriormente indicados.

En la contestación de la demanda la Superintendencia de Sociedades señala que el fundamento de la norma que se analiza es el artículo 23, numeral 7 de la Ley 222 de 1995, que establece:

*“Artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

*“En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

*“1.*

*“Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

*“En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuera socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.*

A juicio de la Sala, como fundamento legal de la disposición analizada no puede tenerse la norma anteriormente transcrita, pues ésta ordena a los administradores abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en actos respecto de los cuales exista **conflicto de intereses**, sin que sea de recibo lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en la contestación de la demanda respecto de que **“...en tal virtud, la disposición sólo precisa categóricamente qué actos constituyen de parte del administrador un conflicto de interés y en los cuales debe abstenerse de participar”**, pues la determinación de lo que constituye conflicto de interés es del resorte de la ley o del Gobierno, por autorización expresa del legislador, circunstancia que no se demostró que se presentó en este caso, razón por la cual la demandada usurpó una función que le compete al Congreso.

De otra parte, si bien le asiste razón a la Superintendencia de Sociedades cuando sostiene que a los liquidadores se les aplica el Código Único Disciplinario en cuanto ejercen temporalmente funciones públicas, también lo es que tal circunstancia no muta la naturaleza de los contratos que suscriben en su condición de liquidadores de sociedades de carácter privado con sus asesores o auxiliares, es decir, que tales contratos no pasan a ser estatales, razón por la cual no puede aplicarse a éstos el régimen de inhabilidades previsto en el estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993).

Por ser pertinente, la Sala transcribe apartes de una sentencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual se declaró la nulidad de una resolución proferida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual calificó como generadoras de conflicto de interés algunas operaciones:

*“Observa la Sala, en primer lugar, que las normas imponen a sus destinatarios el deber de abstenerse de realizar operaciones que puedan dar lugar a conflictos de interés, y en el segundo, que la abstención no está referida a operación específica, sino a cualquiera que pueda generar conflicto de interés.*

“...

*“A juicio de la Sala, el conflicto de interés se presenta cuando hay disparidad en los motivos que persiguen quienes intervienen en una relación jurídica, de ahí, que el estatuto financiero imponga un deber de abstención, y cuando éste se incumple, el organismo de control califica el conflicto, surge, pues, de actuaciones individuales, sometidas al escrutinio de quien tiene competencia para su calificación.*

*“Considera la Sala que la preceptiva legal en que sustentó la Superintendencia Bancaria la formulación del acto administrativo demandado, es clara y precisa en el señalamiento de los parámetros a seguir por parte del organismo de control: **proceder en forma contraria, para tornar per se operaciones como generadoras de conflictos de interés, conlleva el desbordamiento de sus atribuciones,** pues estas emergen del contenido mismo de las normas, para facilitar su cumplimiento por parte de los entes sometidos a su inspección y vigilancia; por tanto, impiden crear procedimientos o formular aspectos nuevos no contemplados en las disposiciones a cuyo ejercicio se pretende dar curso, ya que la inspección y vigilancia por mandato constitucional, se ejerce de acuerdo con la ley.*

*“Afirmar, -como lo hace el apoderado de la demandada- que ‘el Superintendente Bancario, a través de la Resolución 3465 de 1992, ejerció a cabalidad las funciones que lo facultan para restringir operaciones generadoras de conflictos de interés, y expidió un acto de carácter general basado en una interpretación extensiva, armónica y funcional del sentido o propósito de los artículos 119-3-c, 151-6 y 158-1 del Decreto 663 de 1993’ no es de recibo, porque ninguna de ellas lo facultan para tal fin, la tiene para calificar el conflicto de interés, producto de un acto individual y concreto, **lo cual es distinto a calificar de manera general***

**determinadas operaciones como generadoras de conflictos de interés; no se trata, a juicio de la Sala, de una interpretación extensiva del sentido y propósito de las precitadas normas, porque no están referidas a instrucciones respecto a la manera como deben ser cumplidas las disposiciones legales que imponen el deber de abstención, pues ya no será el destinatario quien califica los intereses o compromisos que afectan la imparcialidad en la operación a realizar, sino que de antemano está calificada como parcial, por la prevalencia que el interés particular impone a determinadas operaciones, **conductas que, ciertamente, ha debido en atención a tal prevalencia prever el legislador, lo cual parece, dada su naturaleza, corresponder a un vacío legal que, desde luego, no puede de manos de una interpretación extensiva ser subsanado por el Superintendente Bancario.****

*“Para la Sala el mandato constitucional es claro y preciso al disponer que la inspección, vigilancia y control se ejerce de acuerdo con la Ley, y en ésta, para el caso, se ha delimitado la facultad de la Superintendencia Bancaria al señalar que ‘podrá calificar de oficio o a petición de parte, la existencia de tales conflictos para lo cual oírá previamente al Consejo Asesor de dicha Entidad’. Luego, su actividad debe concretarse al análisis de la operación realizada para establecer si en ella están presentes los intereses contrapuestos que dan lugar al conflicto de interés, y si de ese examen llega a conclusión positiva, deberá calificar la existencia del conflicto.*

*“Por el contrario, se aparta el proceder de la Superintendencia Bancaria del ordenamiento legal al consagrar en el acto administrativo demandado, la existencia de conflictos de interés en la ejecución de determinadas operaciones, en atención a la especial posición de quienes la realizan, pues su calificación no surge del examen efectuado por el organismo de control, sino de la precalificación que las normas acusadas imponen.*

***“En consecuencia, la Sala considera que las operaciones que pueden generar conflictos de interés, se han tornado en prohibiciones, lo que no podía realizar la Superintendencia a través del acto demandado, por lo que se impone retirarlo del ordenamiento jurídico”*** (las negrillas son de la Sala)<sup>1</sup>.

Por último, esta Corporación considera que también se extralimitó la Superintendencia de Sociedades al disponer que cuando el liquidador contrate sin la previa autorización de su junta asesora las obligaciones generadas por dichas contrataciones serán con cargo a sus honorarios, pues ello constituye una sanción que no se encuentra prevista ni en la Ley 222 de 1995 ni en el Decreto Ley 1080 de 1996, sin que pueda, por tanto, el funcionario crearla mediante un acto administrativo, pues ello es competencia del legislador.

Concluye esta Corporación que la legalidad de las disposiciones acusadas logró ser desvirtuada, lo que hace procedente su declaración de nulidad.

---

<sup>1</sup> Sentencia del 6 de febrero de 1995, exp. núm. 5277, actor, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Consejero Ponente, Dr. Delio Gómez Leyva.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**DECLÁRASE** la nulidad de los incisos 1 y 3 y del párrafo del artículo 27 de la Resolución 100-000285 del 2 de marzo del 2004, proferida por la Superintendencia de Sociedades *“Por la cual el Superintendente de Sociedades señala el procedimiento para seleccionar a los aspirantes a ser inscritos en la lista de liquidadores, elaborar dicha lista, designar liquidadores y reconocer y pagar sus honorarios en el proceso de liquidación obligatoria”*.

En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**MARCO ANTONIO VELILLA M.**

**Presidente**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN**