

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

**REF: Expediente núm. 2004-00266.**

**Acción: Nulidad.**

**Actor: ANDRÉS FERNANDEZ DE SOTO LONDOÑO.**

El ciudadano **ANDRÉS FERNANDEZ DE SOTO LONDOÑO**, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Circular Externa núm. 008 de 2004, expedida por la Superintendencia de Sociedades, dirigida a los Liquidadores y Miembros de Junta Asesora-Sociedades en Liquidación Obligatoria-, en relación con los contratos celebrados antes y después de la apertura del proceso de liquidación obligatoria.

## I-.FUNDAMENTOS DE DERECHO

El actor invoca como violados los artículos 29, 116, inciso 3o de la Constitución Política; 90, 166, inciso 4º y 214 de la Ley 222 de 1995; 67 y 68 de la Ley 550 de 1999.

Precisa, en síntesis, así, el alcance del concepto de la violación:

1.-Que se violan las normas citadas, pues la Superintendencia de Sociedades como juez concursal no tiene competencia legal para impartir instrucciones a liquidadores y miembros de junta asesora de liquidación obligatoria, ya que esta función le está reservada como inspección y vigilancia, exclusivamente.

Que otra interpretación conduciría al absurdo de aceptar que dicha entidad imparte instrucciones y después se inviste de su facultad jurisdiccional para resolver sobre su cumplimiento, lo cual viola el debido proceso y la necesaria división que debe existir entre la función

jurisdiccional y la de inspección y vigilancia, que asegura la imparcialidad en el trámite del proceso.

Estima que en los procesos concursales y, específicamente, en la liquidación obligatoria, es la ley la que consagra las instrucciones a las partes de cómo deben obrar y la Superintendencia de Sociedades vigilará y sancionará el incumplimiento de las obligaciones que la misma ley exige, especialmente al Liquidador y a la Junta Asesora.

Trae a colación apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-1641 de 2000, Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero, en la que se estudió a fondo la constitucionalidad de las normas que le otorgan funciones judiciales a las Superintendencias.

2.-Que la única limitación que tienen los liquidadores frente a la celebración de contratos durante la etapa de la liquidación, según el artículo 166 de la Ley 222 de 1995, es que su celebración se requiera verdaderamente para el desarrollo de la liquidación.

Resalta que en la Circular acusada la Superintendencia de Sociedades impone limitaciones de plazo durante la etapa de la liquidación e introduce la obligación al liquidador de incluir cláusulas especiales en los contratos, limitación que no trae la ley y que por lo mismo excede las facultades de aquélla.

Añade que la fiscalización sobre el tipo de contratos que a juicio del legislador son necesarios para la liquidación y sus eventuales cláusulas, no puede realizarla la Superintendencia a priori por Circular, pues la Ley se la concede expresamente a la Junta Asesora en el artículo 178 de la Ley 222 de 1995, incisos 9 y 10.

Sostiene que se quebranta el artículo 166, inciso 4º, de la Ley 222, cuando la Circular acusada determina que para los contratos celebrados con anterioridad a la liquidación, en lo que la otra parte no está de acuerdo con la modificación del plazo final del contrato, como lo ordena la Superintendencia de Sociedades, o si de conformidad con el estudio adelantado por el liquidador no son rentables para la conservación de los activos de la

concurada, el liquidador deberá "darlo por terminado en lo posible por mutuo acuerdo con fundamento en los preceptos legales aquí señalados", pues se está imponiendo la obligación de darlo por terminado unilateralmente.

Hace énfasis en que la ley no le otorga al liquidador, por ninguna causa, la facultad de terminar unilateralmente contratos celebrados por la sociedad con terceros, antes del ingreso a la liquidación obligatoria, atribución que el liquidador no puede asumir por mandato de la Circular 008 de 2004, pues éste puede adelantar acciones revocatorias, a que alude el artículo 183 de la Ley 222 de 1995 o, inclusive, la de simulación del artículo 184 ibídem.

3.- Considera que se violan los artículos 67 y 68 de la Ley 550 de 1999, pues la Superintendencia de Sociedades previó en el literal b) que en caso de ser necesario deberá modificarse el término de duración del respectivo contrato, el que no podrá exceder la fecha en que quede aprobado el avalúo de los activos de la sociedad, en razón a lo ordenado por el artículo 67 de la Ley 550 de 1999.

A juicio del actor, la tesis de la Superintendencia de Sociedades es que como el liquidador debe procurar la venta de los activos del deudor dentro de los tres meses siguientes a la aprobación de los avalúos, los contratos que involucran bienes de la sociedad y que tengan un plazo mayor al de la fecha de aprobación de los avalúos, dificultan la preparación y realización de una liquidación del patrimonio rápida y progresiva, como lo establece el artículo 166, numeral 1, de la Ley 222 de 1995.

Que con esta interpretación del artículo 67 no solamente se está reemplazando al legislador, quien no ha determinado en la ley concursal la terminación de facto de los contratos celebrados en la liquidación en la fecha en que queda aprobado el avalúo de los activos de la sociedad, sino que claramente le da la opción a los acreedores de recibir a título de cesión o de dación en pago, los activos que disponga la liquidación, si no fue posible su pública subasta, lo que desconoce un principio fundamental de todo proceso concursal, recogido en el artículo 68 de la Ley 550 de 1990, como es el que si existen unidades productivas dentro de la sociedad en

liquidación, puede ser más conveniente para los acreedores recibirlas, que optar por la terminación automática de todos los contratos en la fecha de aprobación de los avalúos, como lo establece la Circular acusada, dado que simplemente para la Superintendencia la única opción para la terminación de la liquidación es la venta de lo bienes en pública subasta.

Anota el actor que no ve cómo el ejercicio de esta facultad que tienen los acreedores, que da por terminado el proceso de liquidación, ponga en peligro la celeridad del proceso liquidatorio o rompa el principio de que el liquidador deba disponer de los activos de la sociedad para su realización.

Considera que, de todas maneras, le corresponde al liquidador y a la Junta Asesora, por ley, la determinación de qué es más conveniente para la liquidación en cada caso particular y no le compete a la Superintendencia, por vía de Circular, reemplazar al liquidador, ni mucho menos ignorar clarísimas normas que regulan el proceso de liquidación.

## **II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN**

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### **II.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, que no obstante ser un organismo técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, ejerce las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles y también ejerce funciones jurisdiccionales.

Destaca que la gran reforma introducida a través de la Ley 222 de 1995, fue la desjudicialización de los procesos concursales, especialmente, el de quiebra, que fue reemplazado por la liquidación obligatoria.



Hace énfasis en que el trámite concursal tiene dos modalidades, correspondiéndole una de ellas a la liquidación obligatoria, artículo 89, numeral 2, de la citada Ley 222.

Que el artículo 90, en concordancia con el artículo 214 de la Ley 222, le otorga la facultad de conocer de manera privativa del trámite de los procesos concursales de todas las sociedades comerciales, sucursales de sociedades comerciales y empresas unipersonales, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación y su objeto es la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de sus obligaciones, a cuyo efecto señala la ley las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales debe cumplirse tal finalidad.

Trae a colación el texto del artículo 151, ibídem, que consagra los efectos de la apertura al trámite; así como el artículo 222 del C.de Co., que dispone que la disolución inhabilita a la sociedad para iniciar nuevas

operaciones en cumplimiento de su objeto social y su capacidad jurídica queda limitada a los actos tendientes a su liquidación.

Que el artículo 162 de la Ley 222 señala a la Superintendencia la facultad de designar liquidador, quien conforme a lo previsto en el artículo 222 es un administrador de la sociedad.

Que en cuanto al patrimonio a liquidar el artículo 179, ibídem, dice que **es el objeto de la liquidación obligatoria** y que está conformado por la **totalidad** de los activos que tengan un valor económico y la totalidad de los pasivos.

Que el artículo 194, ibídem, señala las reglas de la enajenación; y los artículos 67 y 68 de la Ley 550 de 1999 regulan la venta en pública subasta y la cesión de bienes y dación en pago.

Destaca que el artículo 198, ibídem, establece la manera de solucionar las obligaciones.

Que del contenido de las normas reseñadas se concluye que la entidad demandada no se está arrogando ninguna atribución, pues a ella le compete en forma privativa el conocimiento de la liquidación obligatoria de las sociedades mercantiles y como tal el nombramiento del liquidador y el seguimiento de sus actuaciones; y precisamente uno de los aspectos importantes y decisivos en la asignación de la competencia del trámite fueron las atribuciones propias de la entidad que permitían ampliar el espectro de efectividad del trámite, sin desvirtuar su naturaleza jurídica; e incluso la infraestructura dotada, entre otras cosas, de grupos interdisciplinarios de profesionales que le permiten avocar los trámites en su integridad y con gran efectividad.

Insiste en que la Circular acusada no hace sino recabar sobre el verdadero alcance y finalidad de las normas que regulan el trámite, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

Hace hincapié en que los plazos de los contratos están dados por la ley; y que no es cierto que la Superintendencia le ordene al liquidador terminar unilateralmente los contratos celebrados y lo dispuesto en la Circular cumple a pié juntillas lo consagrado en la ley.

### **III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo se mostró partidario de que se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto, en su criterio, la Superintendencia de Sociedades, como Juez Concursal, carece de competencia legal para impartir instrucciones a los Liquidadores y a los Miembros de la Junta Asesora de Liquidación Obligatoria, ya que la única que puede impartir instrucciones a las partes, es la Ley.

### **IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

El acto acusado, es del siguiente tenor:

**"CIRCULAR EXTERNA No 08 DE 2004  
(03 de mayo de 2004)**

Diario Oficial No. 45.539 del 05 de mayo de 2004.

**Señores  
LIQUIDADORES Y MIEMBROS DE JUNTA ASESORA  
SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA**

**ASUNTO: CONTRATOS CELEBRADOS ANTES Y DESPUES DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.**

La Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de la función jurisdiccional concebida en los artículos 116 inciso 3° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 90 y 214 de la Ley 222 de 1995, ha verificado que en algunos procesos de liquidación obligatoria siguen ejecutándose o son celebrados contratos que desnaturalizan dicho proceso e impiden al liquidador llevar a cabo una liquidación rápida y progresiva del patrimonio liquidable.

En atención a ello, y en procura de la buena marcha del proceso liquidatorio, esta entidad actuando en calidad de juez concursal considera necesario impartir las instrucciones más adelantadas, para lo cual el liquidador debe tener en cuenta las siguientes consideraciones legales:

- a. El proceso de liquidación obligatoria tiene por objeto la realización de los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo<sup>(1)</sup>.
- b. De ahí que la apertura del trámite liquidatorio implique, entre otros efectos inmediatos:
  - La disolución de la persona jurídica<sup>(2)</sup>, lo cual implica que la concursada no puede iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto social y únicamente conserva su capacidad jurídica para los actos necesarios a la inmediata liquidación<sup>(3)</sup>.
  - La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo<sup>(4)</sup>.
  - La preferencia del trámite liquidatorio<sup>(5)</sup>.
- a. Sin menoscabo de los citados efectos, debe recordarse que el auxiliar de la justicia, entre otras funciones, (i) *"deberá concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la apertura del trámite<sup>(6)</sup>"*, (ii) *"Gestionar el recaudo de los dineros y la recuperación de los bienes que por cualquier circunstancia deban ingresar al activo a liquidar<sup>(7)</sup>"* y (iii) *"Ejecutar los actos necesarios para la conservación de los activos y celebrar todos los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la liquidación,...<sup>(8)</sup>"*
- b. No obstante dichas funciones legales, éstas no pueden entenderse como una facultad que tiene el liquidador para continuar ejecutando o para celebrar, una vez iniciado el proceso concursal, actos o contratos tales como de maquila<sup>(9)</sup>, arrendamiento, fiducia, prestación de servicios u otros equivalentes que no permitan la libre disposición de los bienes del deudor **a partir del momento en que quede aprobado el avalúo de los mismos** y, por lo tanto, no faciliten el normal desarrollo del proceso sino por el contrario dificulten *la preparación y realización de una liquidación del patrimonio rápida y progresiva<sup>(10)</sup>*.
- c. En punto a la libre disposición de los activos del deudor, el liquidador debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 67 de la Ley 550 de 1999, está en la obligación de procurar la venta de los activos del deudor **dentro de los tres (3) meses siguientes a la aprobación de los avalúos**.

Si la negociación de los activos no es posible dentro de este lapso, el auxiliar de la justicia debe acudir para tal enajenación a la pública subasta a cargo de esta entidad, etapa ésta en la cual es necesario que los activos de la compañía no estén atados a ningún contrato, pues ello imposibilitaría su venta a través de este mecanismo.

<sup>1</sup> Artículo 95 de la Ley 222 de 1995

<sup>2</sup> Artículo 151 numeral 3° de la ley 222 de 1995

<sup>3</sup> Artículo 222 del Código de Comercio.

<sup>4</sup> Artículo 151, numeral 2 de la Ley 222 de 1995

<sup>5</sup> Artículo 151, numeral 6 de la Ley 222 de 1995

<sup>6</sup> Inciso primero, artículo 166 de la Ley 222 de 1995

<sup>7</sup> Artículo 166 numeral 2° de la Ley 222 de 1995

<sup>8</sup> Artículo 166 numeral 4° de la Ley 222 de 1995

<sup>9</sup> Para los efectos de esta Circular, contrato de maquila es el acuerdo suscrito entre una empresa denominada maquiladora y una persona natural o jurídica llamada maquilante, en virtud del cual,

aquella se obliga para con esta y a cambio de una remuneración, a ejecutar un proceso industrial destinado a la transformación, elaboración, reparación o ensamblaje de mercaderías.

<sup>10</sup> Artículo 166 numeral 1º de la Ley 222 de 1995

Con fundamento en las anteriores premisas legales, los liquidadores deben observar lo siguiente:

## **1. CONTRATOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.**

En relación con los contratos de duración transitoria, periódica o continuada que venían ejecutándose con anterioridad a la iniciación del proceso liquidatorio, **el liquidador debe realizar directamente**, de suerte que no genere costo alguno a la liquidación, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su posesión, un estudio de las condiciones económicas y jurídicas de cada contrato en particular, con base en el cual deberá establecer si el mismo es rentable para la liquidación y conveniente para la conservación de los activos de la concursada.

Dicho estudio deberá demostrar, como mínimo, lo siguiente:

- a. La utilidad o pérdida **net**a que el negocio jurídico le representa a la liquidación, de acuerdo con los ingresos, costos y gastos que genera el contrato.
- b. La conveniencia para la conservación de los activos del deudor.
- c. Que de continuarse con el contrato o negocio jurídico en cuestión, el proceso liquidatorio no sufrirá tropiezo alguno, pues el auxiliar de la justicia puede disponer libremente, **a partir de la aprobación del avalúo**, de los bienes de la concursada para efectos del pago de las obligaciones a su cargo.

De acuerdo con las conclusiones del estudio, pueden presentarse los siguientes eventos:

### **1.1 Contrato rentable para la liquidación y conveniente para la conservación de los activos de la concursada.**

En el evento que del estudio económico y jurídico realizado directamente por el liquidador resulte que el respectivo contrato es rentable para la liquidación y conveniente para la conservación de los activos de la concursada, el auxiliar de la justicia podrá continuar con el mismo, previa autorización de su junta asesora o, en su defecto, del juez del proceso, bajo las siguientes condiciones que deberá acordar con el contratante:

- a. Que cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, derivada del respectivo contrato, cuya exigibilidad fuese anterior a la fecha de iniciación del trámite de liquidación obligatoria, debe ser presentada al proceso con el fin de que sea calificada y graduada por el juez, tal como lo dispone el artículo 158 de la Ley 222 de 1995, pues de no ser así, so pretexto de estar concluyendo las operaciones sociales pendientes al tiempo de la apertura del trámite, o ejecutando un contrato anterior, el liquidador podría incurrir en el pago preferencial de obligaciones o prestaciones mutuas que legalmente no tienen privilegio alguno, lo cual violaría la prelación establecida en la ley, así como el principio conocido como *la par conditio omnium creditorum* o, lo que es lo mismo, la igualdad que deben tener todos los acreedores dentro del proceso.
- b. En caso de ser necesario, deberá modificarse el término de duración del respectivo contrato, **el que no podrá exceder la fecha en que quede aprobado el avalúo de los activos de la sociedad**, en razón de lo ordenado por el artículo 67 de la Ley 550 de 1999, según quedó visto atrás.

**1.2 Contratos donde la otra parte no está de acuerdo con las anteriores condiciones o el contrato no es rentable para la liquidación ni conveniente para la conservación de los activos de la concursada.**

Si la parte contratante con la concursada no estuviere de acuerdo con las anteriores condiciones, o el contrato no es rentable para la liquidación ni conveniente para la conservación de los activos de la concursada, teniendo en cuenta que, tal como quedó visto al inicio de este instructivo, entre los efectos de la iniciación de este proceso concursal están: (i) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, (ii) la preferencia del trámite liquidatorio y (iii) que para la entrega, por parte del juez del concurso, de los bienes objeto de remate en pública subasta, cesión de bienes o dación en pago de que tratan los artículos 67 y 68 de la Ley 550 de 1999, no son admitidas oposiciones ni es procedente alegar derecho de retención, conforme lo dispone el artículo 531 del C.P.C., el liquidador deberá darlo por terminado, en lo posible de mutuo acuerdo, con fundamento en los preceptos legales aquí señalados.

**1.3 Autorización previa de la junta asesora o del juez concursal**

En todos los casos en que el liquidador, con base en el estudio realizado, decida continuar con algún contrato hasta cuando quede ejecutoriado el auto que aprueba el avalúo de los bienes de la concursada, deberá obtener previa autorización de su junta asesora o, en su defecto, del juez del proceso cuando estén dados los presupuestos del artículo 173 de la Ley 222 de 1995.

**2. CONTRATOS CELEBRADOS CON POSTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.**

En casos excepcionales, previa autorización de su junta asesora o, en su defecto, del juez del proceso, el liquidador podrá celebrar y ejecutar contratos de maquila, arrendamiento, fiducia, prestación de servicios u otros equivalentes, siempre y cuando la rentabilidad y conveniencia del mismo para la liquidación esté soportada en un estudio económico y jurídico **elaborado directamente por el auxiliar de la justicia**, de suerte que no genere ningún costo para la liquidación.

**2.1 Requisitos mínimos que debe contener el estudio económico y jurídico elaborado por el liquidador.**

El referido estudio deberá demostrar como mínimo:

- a. La utilidad o pérdida neta que el negocio jurídico le representa a la liquidación, de acuerdo con los ingresos, costos y gastos que genera el contrato, procurando al máximo reducir los gastos de administración.
- b. La conveniencia para la conservación de los activos que conforman la masa liquidable.
- c. Que de acuerdo con los términos del contrato a celebrarse, el proceso liquidatorio no sufrirá tropiezo alguno, pues el auxiliar de la justicia puede, **a partir de la aprobación del avalúo**, disponer de los bienes para su enajenación o realización de cualquier otro negocio jurídico tendiente al pago de las obligaciones a cargo del deudor.

**2.2 Cláusulas especiales del contrato a suscribirse**

En el contrato a celebrarse deberán incluirse necesariamente, entre otras, las siguientes cláusulas:

- a. Que será causal de terminación del contrato, la dación en pago de los bienes objeto del mismo a favor de un acreedor, su venta a un tercero por parte del liquidador, su enajenación a través de pública subasta, su exclusión del inventario por ser de propiedad de terceros o cualquier otra negociación que celebre el liquidador para cumplir con los fines del proceso.
- b. Que bajo ninguna circunstancia podrá pactarse derecho de retención en contra de la compañía en liquidación.

- c. La referente a las pólizas que serán otorgadas con el fin de garantizar la conservación y mantenimiento de los activos de la concursada, involucrados en el negocio jurídico.
- d. Tratándose de contratos de maquila, deberá determinarse con precisión los bienes objeto del proceso de transformación, elaboración, reparación o ensamblaje de mercaderías, de suerte que no pueda prestarse a discusión o a confusión la clase de bienes que son de propiedad de la concursada.
- e. La prohibición de asumir gastos, por parte de la sociedad en liquidación, que le correspondan sufragar al contratista, tales como: servicios públicos, mantenimiento y reparación de maquinaria, arrendamientos, nómina o cualquier otro egreso que vaya en detrimento de los intereses de los acreedores.
- f. Que los dineros producto del contrato, generados a favor de la concursada, quedan afectados por las medidas cautelares decretadas por el juez concursal en la providencia de apertura y, en consecuencia, deberán ser puestos a órdenes de esta Superintendencia.

### **2.3 Prohibiciones especiales**

- a. En los contratos que celebre el liquidador bajo las condiciones antes señaladas, no podrán incluirse cláusulas que impidan la enajenación de los activos de la concursada en bloque, o en estado de unidad económica o en forma separada de los distintos elementos, al mejor postor que resulte elegido a través de criterios de transparencia y de selección objetiva.
- b. Quedan prohibidas las ventas de activos a plazos que excedan tres (3) meses contados a partir de la aprobación del avalúo de los activos de la liquidación.
- c. En ningún caso, los bienes de la liquidación pueden ser entregados al comprador, hasta tanto éste haya cancelado la totalidad del precio o, en su defecto, constituido pólizas suficientes que garanticen el cumplimiento del contrato de compraventa.
- d. El liquidador no podrá manejar en sus cuentas personales dineros de la liquidación. Por lo tanto, está obligado a continuar con una única cuenta de las existentes o, en su defecto, deberá abrir una cuenta nacional a nombre de la sociedad en liquidación.
- e. El auxiliar no puede utilizar ningún bien de la liquidación para uso personal, como es el caso, a manera enunciativa, de vehículos, teléfonos celulares e inmuebles.

Esta Superintendencia confía que estas medidas contribuyan al buen suceso del proceso liquidatorio. Esta circular rige a partir de su fecha de publicación.

**PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE”**

Conforme se advierte en la parte motiva del acto acusado, la Superintendencia de Sociedades invocó para su expedición el ejercicio de la función jurisdiccional concebida en los artículos 116 inciso 3º de la



Constitución Política, en concordancia con los artículos

90 y 214 de la Ley 222 de 1995, con miras a instruir a

LIQUIDADORES Y MIEMBROS DE JUNTA ASESORA DE SOCIEDADES

EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS

ANTES Y DESPUES DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

OBLIGATORIA, debido a que ha verificado que en algunos

procesos de liquidación obligatoria siguen ejecutándose o

son celebrados contratos que desnaturalizan dicho proceso

e impiden al liquidador llevar a cabo una liquidación

rápida y progresiva del patrimonio liquidable.

Es preciso resaltar que no obstante que la entidad pública

demandada invoca el ejercicio de funciones

jurisdiccionales, tal acto no tiene este carácter, pues,

de una parte, no se trata de decisiones que se hayan

adoptado en un trámite específico y concreto de un proceso

de liquidación obligatoria; y, de la otra, ni frente al

auto admisorio de la demanda ni en la contestación de la

misma adujo falta de jurisdicción.

De tal manera que la Circular Externa acusada es un acto

administrativo, que, por lo mismo, se debe entender

dictado en ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia que tiene a su cargo la Superintendencia de Sociedades.

Esta Corporación, en sentencia de 21 de noviembre de 2003 (Expediente 2001-00408, Actor: Carlos Augusto Torres Hurtado, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), precisó lo siguiente, en relación con las funciones jurisdiccionales y administrativas de la Superintendencia de Sociedades:

"En la Constitución de 1991, las funciones jurisdiccionales a cargo de autoridades administrativas están consagradas en el artículo 116, inciso tercero que estableció:

"Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

*El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de*

*árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

La Ley 446 de 1998 en el artículo 148 reitera las funciones jurisdiccionales de las Superintendencias las cuales escapan al control de las autoridades judiciales. Dice el citado artículo:

*“Artículo 148. Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que reciban la solicitud.*

*Los actos que dicten las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales.*

*(...).*

La Ley 222 de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, señala en el artículo 22 que tienen la calidad de administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas y consejos directivos y quienes detentes esas funciones de acuerdo con los estatutos.

El artículo 90 de la citada ley, consagra:

*“ Artículo 90. COMPETENCIA.*

*La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3 de la Constitución Política.*

*Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales". (resaltado fuera de texto).*

De conformidad con esta norma, la Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en forma privativa para tramitar los procesos concursales de las personas jurídicas.

Según el artículo 89 ibídem, el trámite concursal puede consistir en:.

1. Un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, o
2. Un concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor.

En los términos del artículo 95 de la citada Ley, mediante la liquidación obligatoria se realizan los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo. Precisamente al liquidador corresponde liquidar el patrimonio social de la sociedad y sus honorarios se calculan sobre un porcentaje de la masa de bienes a liquidar que recibe.

El trámite de liquidación obligatoria podrá ser solicitado por el deudor o decretado de oficio por la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 151 de la Ley 222 de 1995 prevé, entre los efectos de la apertura del trámite liquidatorio, el de "la formación de los activos que componen el patrimonio a liquidar".

La Ley 222 de 1995 señala la forma de designación del liquidador, así:

*"Artículo 162. DESIGNACION.*

*El liquidador será designado por la Superintendencia de Sociedades en la misma providencia que ordene la apertura del trámite liquidatorio.*

*El liquidador será escogido de la lista que al respecto haya elaborado la Superintendencia de Sociedades con personas idóneas para ejercer dicho cargo.*

*Hecha la designación la Superintendencia de Sociedades la comunicará telegráficamente, a fin de que acepte el cargo, so pena de ser reemplazado.*

*PARAGRAFO. No obstante, a juicio del funcionario competente, podrá ser designado liquidador cualquiera de los administradores o al representante legal de la entidad deudora, que figure inscrito en el momento de la apertura del trámite.*

La responsabilidad del liquidador es definida así por el artículo 167 de la citada ley:

*"Artículo 167. RESPONSABILIDAD.*

*El liquidador responderá al deudor, a los asociados, acreedores y terceros, y si fuere del caso a la entidad deudora, por el patrimonio que recibe para liquidar, razón por la cual, para todos los efectos legales, los bienes inventariados y el avalúo de los mismos realizado conforme a las normas previstas, determinarán los límites de su responsabilidad. De la misma manera, responderá de los perjuicios que por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes cause a las mencionadas personas.*

*Las acciones contra el liquidador caducarán en un término de cinco años, contado a partir de la cesación de sus funciones y se promoverán ante la justicia ordinaria de conformidad con las disposiciones legales vigentes.*

"...El Decreto 350 de 1989, mediante el cual se expidió el nuevo régimen para los concordatos, dispuso que en los de carácter obligatorio que se iniciaran con posterioridad a su vigencia, la decisión de las situaciones a cargo de los jueces civiles del circuito, pasaría a ser competencia del Superintendente de Sociedades. El artículo 32 del Decreto 350 de 1989 se encuentra justificado en la demora de los procesos judiciales de concordatos obligatorios tramitados con anterioridad a su vigencia. El objetivo de transferir cierto tipo de decisiones a autoridades no judiciales como las Superintendencias era lograr un mayor grado de eficacia del principio fundamental del régimen político y complementario de la división de poderes y la colaboración de los mismos.

Ahora bien, no puede afirmarse en términos absolutos que contra los actos de naturaleza jurisdiccional que emitieran las Superintendencias no cabe acción alguna ante las autoridades judiciales, puesto que si cabe la acción de tutela en los eventos en que ésta sea procedente contra providencias judiciales; que contengan la omisión de derechos fundamentales.

Respecto de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencias de Sociedades en particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avanzado en la definición de criterios sobre el particular.

El Consejo de Estado ha dicho:

*"La ley le permite a dicha entidad, en la providencia de apertura del trámite de liquidación obligatoria, ordenar el avalúo de todos los bienes embargables del deudor, tomar las medidas cautelares de embargo y*

secuestro, con prevalencia de otras medidas idénticas que se hayan decretado y practicado "en otros procesos" en que se persigan bienes del deudor (Art. 157 *ibídem*).

**Dicha ley al aludir al proceso judicial concursal y la liquidación obligatoria, no previó ninguna intervención administrativa de inspección, vigilancia y control sobre el proceso judicial.**

Es claro que esas modalidades de intervención material administrativa tienen causa sólo en actuaciones u omisiones de la sociedad comercial que es sujeto pasivo de esas competencias, como en el caso consultado. **La función administrativa de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia no se proyecta sobre actuaciones judiciales.**

**Siendo el proceso concursal y la liquidación obligatoria actuaciones judiciales, no están sometidas a ninguna intervención estatal de contenido administrativo.**

**Por ello las clásicas funciones administrativas de las superintendencias (inspección, vigilancia y control) no tienen ninguna vinculación al proceso jurisdiccional de liquidación obligatoria, que regla la ley 222 de 1995, atribuido en forma especial y privativo a la Superintendencia de Sociedades": (Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Dra. Maria Elena Giraldo. Radicación 950. 16 de abril de 1997):**

En fallo posterior, la Sección Primera del Consejo de Estado reiteró el carácter jurisdiccional de los actos proferidos dentro de un proceso Concordatario por parte de la Superintendencia de Sociedades, los cuales, por lo mismo, escapan al control judicial de la justicia contencioso administrativa.

"1. Todos los actos demandados fueron proferidos por la Superintendencia de Sociedades en su condición de juez del concordato en mención, condición que le fue

dada a dicha entidad por el decreto 350 de 1.989 y ratificada por la ley 222 de 20 de diciembre de 1.995, tratándose de concordatos de sociedades mercantiles, bajo su vigilancia.

2. La función que en virtud de esta condición le corresponde ejercer a la mencionada Superintendencia es de carácter jurisdiccional, por mandato expreso del legislador, consignado primeramente en el decreto 350 de 1.989 y luego por el artículo 90 de la precitada ley 222, el cual preceptúa respecto del trámite de los procesos concursales que "La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3° de la Constitución Política", canon este último que a su vez prevé que "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas".

3. La naturaleza jurisdiccional que la ley le ha dado a la función que la Superintendencia cumple como juez de concordato, es armónica con la materialidad del asunto, puesto que se trata de conflictos entre intereses de particulares, por los efectos jurídicos de las decisiones y las medidas que le está autorizado tomar dentro del proceso, tanto que tienen necesaria incidencia en otros procesos judiciales. Más aún, las características del trámite, con regulación especial, complementada por el C. de P.C. y el C. de Co., sin que en la remisión a otros ordenamientos se haga mención del C.C.A., erige la actuación respectiva en un verdadero proceso judicial, aplicable también por los jueces civiles especializados o en su defecto, del Circuito, en tratándose de concordatos de personas naturales". (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 6413. Septiembre 7 de 2000). (Negrillas y subrayas fuera de texto).



De los apartes reseñados, que la Sala reitera y prohíja en esta oportunidad, se desprende que la Superintendencia de Sociedades, so pretexto de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido atribuida por la Ley, que se traduce en la expedición de actos administrativos para instruir a sus entes vigilados sobre la manera como deben cumplirse sus obligaciones, no puede abarcar aspectos atañedores a su función jurisdiccional, pues ésta solo puede expresarse en cada proceso en particular y su regulación está definida por el legislador, el cual, como reza la jurisprudencia transcrita, *al aludir al proceso judicial concursal y a la liquidación obligatoria, no previó ninguna intervención administrativa de inspección, vigilancia y control, ya que ello tiene causa sólo en actuaciones u omisiones de la sociedad comercial que es sujeto pasivo de esas competencias y tal función administrativa no se proyecta sobre actuaciones judiciales.*

De ahí que asista razón al actor y, por ende, deba accederse a sus pretensiones, pues, conforme al artículo 166 de la Ley 222 de 1995, la única limitación que tienen

los liquidadores frente a la celebración de contratos durante la etapa de la liquidación, es que la misma se requiera verdaderamente para el desarrollo de la liquidación; y la Circular acusada impone limitaciones de plazo durante la etapa de la liquidación e introduce la obligación al liquidador de incluir cláusulas especiales en los contratos, que no trae la ley, por lo que la Superintendencia de Sociedades excedió sus facultades, arrogándose, a su vez, las del legislador.

**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 la Circular Externa acusada.

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

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 30 de julio de 2009.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**  
Presidenta

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA**

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**