

OFICIO 220-038763 DEL 14 DE MARZO DE 2014

ASUNTO: FIDUCIA MERCANTIL CON FINES DE GARANTÍA EN UN PROCESO DE INTERVENCIÓN – DECRETO 4334 DE 2008

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2014- 01- 073385, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta sobre un contrato de fiducia mercantil con fines de garantía, en un proceso de intervención administrativa, en los siguientes términos:

El inmueble puesto a disposición del agente interventor, se destinaría en su totalidad, al pago de los afectados por captación, aceptados dentro del proceso de intervención con toma de posesión para devolver, o se aplicarla lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Decreto Reglamentario 1038 de 2009, y por ende, solo tendrían los afectados por captación, derecho al remanente que quede, una vez pagadas las obligaciones de los acreedores del contrato de fiducia mercantil de garantía.

Al respecto, me permito manifestarle, de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el 11 numeral 2 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Superintendencia de Sociedades la de absolver las consultas de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, y no sobre temas contractuales, procedimentales o de intervención estatal, y de otra, que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo hacer las siguientes precisiones de orden legal:

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 4334 de 2008, “La Intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios, y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades”. (El llamado es nuestro).

Por su parte, el artículo 5º ibídem, preceptúa que son sujetos de la intervención las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas

directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregados sus recursos.

Del estudio de las normas antes citadas, se desprende que el legislador estableció, de una parte, la intervención administrativa de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la captación o recaudo de dineros del público, a través de los mecanismos allí previstos, ya sea en forma directa o indirecta, sin la respectiva autorización Estatal, y de otra, el procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de tales dineros.

b.- Al tenor de lo previsto en el artículo 9º ejusdem, entre los efectos de la toma de posesión para la devolución de dineros obtenidos a través de captaciones o recaudos no autorizados, se encuentran los siguientes: i) el de nombrar un agente interventor, quien tendrá a su cargo la representación legal, si se trata de una persona jurídica, o de la administración de los bienes de la persona natural intervenida y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad; y ii) la facultad al agente interventor para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios, v.gr. contratos de trato sucesivo, de cumplimiento diferido, de ejecución instantánea o de leasing habitacional.

c.- El parágrafo 2º del artículo 7º del Decreto 4334, regula que **“Se entenderá excluidos de las masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quien hayan entregado sus recursos.”**

d.- A su turno, el artículo 1º del Decreto 1910 de 2009, prevé que “La Superintendencia de Sociedades, ordenará la toma de posesión para devolver o la liquidación judicial, a los sujetos descritos en el artículo 5º del **Decreto 4334 de 2008, medidas que, en relación con los sujetos vinculados, operarán también respecto de la totalidad de sus bienes, los que quedarán afectos a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso o procesos.** Los agentes interventores procurarán colaborar y coordinar sus actuaciones y los conflictos que surjan entre ellos serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades”. (La subraya por fuera del texto original).

Como se puede apreciar del análisis de la norma antes transcrita, este Organismo frente a las personas que son objeto de intervención puede optar: i) la toma de posesión; y ii) la liquidación judicial, la primera, a efectos de que el agente interventor devuelva en forma inmediata los dineros incautados, a las personas que presentaron las respectivas reclamaciones y que le fueron aceptadas las mismas; la segunda, a través del cual se persigue la enajenación de todos los activos y con el producto pagar las obligaciones a cargo del deudor intervenido con la prelación establecida en el Código Civil.

e.- El artículo 9º del Decreto 1910 prevé que el proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de los bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones aceptadas insolutas, hasta concurrencia del valor de las mismas.

f) Si bien los artículos 12 y 13 del Decreto 1038 de 2009, consagran, de una parte, que para efectos de lo dispuesto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley; y de otra, que si una vez pagadas las obligaciones de los acreedores del contrato de fiducia mercantil de que trata el artículo anterior, quedará un remanente, este será incorporado a la masa de bienes del fideicomitente en proceso de insolvencia, los cuales responderán por las obligaciones de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso, para lo cual se aplicarán las reglas contenidas en el numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, **no es menos cierto que tratándose de un proceso de intervención administrativa, cuya liquidación judicial se inicia después de culminado el proceso de toma de posesión, tales disposiciones no tienen aplicación dentro del proceso liquidatorio**, por las siguientes razones:

i) El proceso de intervención administrativa de que trata el Decreto 4334 de 2008, es un proceso especial que prima sobre cualquier otro proceso de carácter administrativo o jurisdiccional.

ii) De acuerdo con lo señalado en el artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, “En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:

a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas.

(...)

f) **La disolución y liquidación judicial de la persona jurídica** o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente a que esté incurso en una situación de cesación de pagos...”. (Se resalta).

iii) Como se pueden apreciar, entre las medidas de intervención, se encuentra la toma de posesión y la liquidación judicial, medidas que tienen, como anteriormente se dijo, entre otros efectos, **la facultad del agente interventor para poner fin a cualquiera clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, entre los cuales se encuentran los contratos de fiducia mercantil de garantía y fuente de pago que aún no hubieren sido ejecutados**; y que en relación con los sujetos vinculados, **operará también respecto de la totalidad de sus bienes los que quedarán afectos a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso o procesos**.

iv) De otra parte, la liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de los bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones

aceptadas insolutas, hasta concurrencia del valor de las mismas, es lógico que dentro de tales bienes queden involucrados aquellos que forman parte del contrato de fiducia mercantil celebrados por el deudor, para cuyo efecto la fiduciaria deberá restituir, a instancia del liquidador, los bienes que conforman el patrimonio autónomo, cuyos beneficiarios serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicometidos.

v) Sin embargo, es de advertir que el inciso final del artículo 12 del Decreto 1910 de 2009, preceptúa que en la liquidación judicial se tendrá en cuenta que los recursos deberán aplicarse, en primer lugar, a las reclamaciones reconocidas, no presentadas en tiempo en el proceso de toma de posesión para devolver y presentadas en el proceso de liquidación judicial, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008 y, en segundo lugar, a los acreedores reconocidos y admitidos distintos de las reclamaciones.

vi) Luego, dentro del proceso de liquidación judicial, se entiende que todos los bienes de las personas naturales o jurídicas intervenidas quedarán afectos, en primer lugar, a las devoluciones aceptadas insolutas, en segundo lugar a las reclamaciones reconocidas, no presentadas en tiempo en el proceso de toma de posesión, y en tercer lugar, a los acreedores reconocidos y admitidos distintos de las reclamaciones., cuya devolución deberá efectuarse teniendo en cuenta la prelación establecida en la ley.

vii) Así las cosas, y al existir norma especial que regula la terminación de los contratos celebrados por el deudor, entre ellos, se repite, los contratos de fiducia mercantil de garantía y fuente de pago, y que los bienes de los intervenidos quedan afectos, de una parte, a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso de toma de posesión, y de otra, el remanente que quedare será destinado al pago de los saldos insolutos de éstas y de los acreedores reconocidos y admitidos dentro del proceso liquidatorio, no es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 4334 de 2008, en torno a los contratos de fiducia celebrados por el deudor sujeto a intervención administrativa, por sustracción de materia.