OFICIO 220-253297 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 216

ASUNTO: COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES PARA TRÁMITAR UN PROCESO DE REORGANIZACIÓN O DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE QUE TRATA LA LEY 1116 DE 2006, RESPECTO DE UNA SOCIEDAD DEDICADA A LA CONSTRUCCION Y ENAJENACION DE BIENES DESTINADOS A VIVIENDA.

Acuso recibo de su escrito radicado en esta Entidad con el número 2016-01-553888, mediante el cual, previa las consideraciones allí aducidas, formula una consulta sobre el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

(i) Teniendo en cuenta que en la actualidad la Superintendencia Financiera no ejerce función alguna de inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda y el otorgamiento de créditos para la adquisición de lotes y viviendas ó su construcción, ni torna posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales dedicadas a dichas actividades; ¿es la Superintendencia de Sociedades la entidad competente para adelantar los procesos de reorganización y liquidación de personas jurídicas como constructoras de vivienda?

(ii) A pesar de no estar vigente la regulación financiera sobre autorización e intervención constructoras, ¿considera la Superintendencia de Sociedades que aún está vigente el artículo 21 de la ley 66 de 1968 que gradúa las cuotas de los promitentes compradores cómo créditos privilegiados de segunda clase en caso de un proceso de liquidación?Cuál sería la razón jurídica para sostener la vigencia de este artículo a pesar de existir un régimen general que reguló integralmente la materia y derogó el anterior?

(iii) Si se entendiera que el artículo 21 de la ley 66 de 1968 se encuentra vigente y es aplicable en el escenario de un proceso concursal de una persona jurídica dedicada a las actividades de construcción y/o comercialización de bienes inmuebles dedicados a vivienda, ¿cómo afectaría su aplicación lo dispuesto en el artículo 51 de la ley 1116 de 2006, el cual dicta que respecto de los promitentes compradores de bienes inmuebles destinados a vivienda, "el juez del concurso, ordenará al liquidador el otorgamiento de la escritura pública de compraventa., para lo cual procederá al levantamiento de las medidas cautelares que lo afecten"?

(iv) Bajo el supuesto de que el artículo 21 de la ley 66 de 168 aún está vigente y debe ser aplicado, ¿en el caso de un proceso concursal de una persona jurídica dedicada a la comercialización de bienes inmuebles destinados a vivienda, se procedería a graduar las acreencias de los promitentes compradores como

créditos de segunda categoría en vez de otorgar las escrituras de los inmuebles y excluirlos del concurso?

(v) Bajó el entendido de que el régimen anteriormente expuesto no se aplica en la actualidad a las personas jurídicas y naturales dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, ¿cuál sería el régimen aplicable ante una situación de insolvencia? y ¿cuáles disposiciones de la ley 66 de 1968 serían aplicables a dicho régimen?

(vi) ¿cómo debería aplicarse lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 66 de 1968 respecto de adquirentes de inmuebles de vivienda que lo han hecho por medio de un contrato de fiducia?

(vii) ¿Cómo se armonizaría todo lo anterior con el régimen de garantías establecido en la ley 1676 de 2013 y especialmente en los artículos 50 a 52?

Al respecto, es preciso señalar que de acuerdo con el numeral 2, artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión general sobre los temas de derecho societario a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y no sobre asuntos de orden contractual, procedimental o jurisdiccional.

De otra parte, que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

No obstante lo anterior, este Despacho a título meramente informativo, se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas, a la luz de las normas pertinentes.

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 388 de 1997, “Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y que se encuentren en las situaciones previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, podrán acceder al

trámite de un concordato o de una liquidación obligatoria, en los términos previstos en la Ley 222 de 1995 o en las normas que la complementen o modifiquen, siempre y cuando estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales del orden nacional, departamental, municipal o distrital.

Parágrafo 1º.- Las personas naturales o jurídicas de que trata este artículo, incursas en cualquiera de las situaciones descritas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, estarán sujetas a la toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes, en los términos de la citada disposición.

Parágrafo 2º.- Cuando las causales previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968 concurren con cualquiera otra de las previstas en la misma disposición, procederá la toma de posesión.

Parágrafo 3º.- Los valores o créditos que por concepto de cuotas hubieren cancelado los promitentes compradores, se tendrán como créditos privilegiados de segunda clase, en los términos del artículo 10 del Decreto 2610 de 1979, siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y se tenga certeza de su otorgamiento". (El llamado es nuestro).

b) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que la misma regula varios aspectos de los procesos de insolvencia a saber:

i) Consagró la posibilidad de que las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la construcción o enajenación de inmuebles destinados a vivienda pudieran acceder al trámite de un concordato o de una liquidación obligatoria de que trata la Ley 222 de 1995, siempre y cuando se encuentren en las circunstancias previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968 y estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a la ley, cuya competencia fue adscrita a la Superintendencia de Sociedades (artículo 90 de la Ley 222 ya citada), en ejercicio de funciones jurisdiccionales (artículo 116 de la Constitución Política).

ii) En caso de que tales personas se encuentren incursas en alguna de las situaciones contempladas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, solamente estarán sujetas a la toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes (función que actualmente está radicada en cabeza de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, según Sentencia del Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proferida el 9 de abril de 1996, Rad. C-289, H. C. Dr. Mario Alirio Méndez, al dirimir el conflicto de competencia presentado entre la Superintendencia de Sociedades y el Consejo Distrital de Santafé de Bogotá).

iii) Cuando en la persona natural o jurídica que desarrolla la actividad de vivienda se presenta alguna de las situaciones previstas en los numerales 1 y 6, pero al mismo tiempo concurre en alguna de las causales señaladas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 12 de la Ley 66 o Estatuto de Vivienda, lo que procede es la toma de posesión.

iv) Que los valores o créditos que por concepto de cuotas hubieren cancelado los promitentes compradores, se tendrán como créditos privilegiados de segunda clase, siempre que la promesa de contrato haya sido celebrada válidamente.

c) Sin embargo, es de advertir que el Título II de la Ley 222 de 1995 que regulaba los procesos concursales en sus dos modalidades: concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor y la liquidación obligatoria, fue derogado expresamente por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, por medio de la cual se establece el **régimen de insolvencia empresarial** en la República de Colombia, el cual tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor; el primero de los procesos reemplazó al concordato y el segundo sustituyó a la liquidación obligatoria.

En resumen, Si de la persona natural o jurídica que se dedica a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, se predica alguna de las situaciones señaladas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, la misma podrá acceder al trámite de un proceso de reorganización o de liquidación judicial regulados en la Ley 1116/06, procesos concursales de conocimiento de esta Superintendencia en ejercicio de funciones jurisdiccionales (Art. 116 C. P.).

d) De otra parte, se precisa que el artículo 21 de la Ley 66 de 1968 fue modificado por el artículo 10 del Decreto 2610 de 1979, que dispone lo siguiente: En los casos de liquidación, las cuotas que hayan pagado los prometientes compradores o afiliados tendrán el carácter de créditos privilegiados de segunda clase en los términos del numeral 3o. del Artículo 2497 del Código Civil (2) siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y el Superintendente o su Agente Liquidador tenga certeza de la fecha de su otorgamiento. Y posteriormente por el parágrafo 3° del artículo 125 de la Ley 388 de 1997, sin que el mismo afecte lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 1116 de 2006, toda vez que se trata de normas que regulan aspectos diferentes.

En efecto, la primera de las nombradas, hace referencia a que los créditos causados por concepto de cuotas que hubieren cancelado los promitentes

compradores de vivienda urbana, son privilegiados de segunda clase, en los términos del artículo 10 del Decreto 2610 de 1979, es decir, que gozan de la misma prelación de los créditos prendarios prevista en el numeral 3º del artículo 2497 del Código Civil, siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y se tenga certeza de su otorgamiento.

En tanto que la segunda, exige que los promitentes compradores de inmuebles destinados a vivienda, deberán comparecer al proceso dentro de la oportunidad legal, a solicitar la ejecución de la venta prometida, en cuyo caso el juez del concurso ordenará al liquidador el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, previa consignación a sus órdenes del valor restante del precio si lo hubiere, y de las sanciones contractuales e intereses de mora generados por el no cumplimiento, para lo cual procederá el levantamiento de las medidas cautelares que lo afecten.

Así mismo, la referida disposición consagra, de una parte, que en la misma providencia dispondrá la cancelación de la hipoteca de mayor extensión que afecte el inmueble, así como la entrega material, si la misma no se hubiere producido, y de otra, que los recursos obtenidos como consecuencia de esta operación deberán destinarse de manera preferente a la atención de los gastos de administración y las obligaciones de la primera clase.

Igualmente, advierte, a reglón seguido, que el juez del concurso autorizará el otorgamiento de la escritura pública, si con los bienes restantes queda garantizado el pago de los gastos de administración y de las obligaciones privilegiadas. De no poderse cumplir la obligación prometida, procederá la devolución de las sumas pagadas por el promitente comprador siguiendo las reglas de prelación de créditos.

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, la primera de las normas citadas, señala una prelación para los créditos causados por concepto de cuotas que hubieren cancelado los promitentes compradores de vivienda, cuando tales créditos tengan que ser calificados, esto es, cuando no pueda cumplirse la obligación prometida, ya porque los bienes restantes no alcanzan para atender los gastos de administración y los créditos de primera clase, los cuales gozan de preferencia frente a los prometientes compradores, y se deba proceder a la devolución de las sumas pagadas por el prometiente comprador, las cuales quedan sujetas a los resultados del proceso.

Mientras que la segunda, reivindica el carácter universal del proceso de liquidación y desde este punto de vista reitera la regla según la cual todos los acreedores del deudor, sin excepción alguna, deben hacerse parte en el proceso, entre ellos, los

promitentes compradores, quienes podrán solicitar el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, siempre y cuando se cumpla con los requisitos allí exigidos.

De ahí que el legislador haya previsto en dicha disposición, que una vez formulada la solicitud por parte del promitente comprador, el juez del concurso ordenará al liquidador que otorgue la escritura pública correspondiente, sin que sea necesario, a juicio de este Despacho, esperar la providencia de calificación de calificación y graduación de créditos, dada la protección constitucional para este tipo de bienes, su cumplimiento deberá hacerse de manera inmediata, para lo cual el promitente comprador deberá, se reitera, pagar la parte del precio que haga falta y las sanciones a que hubiere lugar. Por su parte, el juez del proceso deberá levantar las medidas cautelares que pesan sobre el bien prometido en venta y cancelar los gravámenes que afectan al mismo.

Así mismo, la mencionada norma, establece una serie de condiciones para el otorgamiento de la escritura, en el sentido de que el juez accederá a la solicitud solo si los bienes restantes son suficientes para atender los gastos de administración y las obligaciones de primera clase, las cuales, como es sabido, gozan de preferencia frente a los créditos de los promitentes compradores, pues en esa medida no habrá lugar a condicionar o formular reparo alguno al respecto, entre otras razones, porque el otorgamiento del citado instrumento público generará los recursos necesarios para atender dicho pasivo, lo cual constituye una alteración de la prelación legal, que se justifica en la protección constitucional a tener una vivienda digna, y que además no compromete los derechos de los acreedores preferentes, ya que simplemente se trata de obtener los recursos para garantizar su pago.

d) Así las cosas, el parágrafo 3º del artículo 125 de la Ley 388 de 1997, tendrá aplicación cuando los valores o créditos que por concepto de cuotas hubieren cancelado los promitentes compradores, deban ser calificados y graduados en las condiciones anteriormente descritas, es decir, cuando no se pueda otorgar la escritura pública de compraventa, por cuanto con los bienes restantes, se repite, no se garantiza el pago de los gastos de administración y las obligaciones de primera clase.

e) La pregunta a que alude el punto iv) de la consulta, queda subsumido en el literal c) precedente, y en tal virtud las normas aplicables en caso de insolvencia de una persona natural o jurídica que se dedique a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, sería la Ley 1116 de 2006, el cual persigue de manera equilibrada, el logro de unos objetivos, los cuales en ocasiones pueden diferir de otras disposiciones legales, como el tratamiento de los derechos de los

acreedores garantizados, los derechos de los trabajadores, los órdenes de prelación legal.

f) Tal como quedó demostrado el artículo 21 de la Ley 66 de 1968, no tiene aplicación frente a los casos de insolvencia de persona natural o jurídica dedicada a la enajenación de inmuebles destinados a vivienda que se encuentre incurso en las causales 1 y 6 del artículo 12 de la ley 66 de 1968..

No obstante, se aclara que los adquirentes de inmuebles de vivienda sobre planos, no lo hacen por intermedio de una fiduciaria sino a través de una constructora, la cual con los recursos obtenidos en dicha operación, constituye una fiducia de administración, para garantizar que los mismos serán destinados única y exclusivamente a la construcción del edificio, cuyos apartamentos fueron prometidos en venta.

g) De otra lado, se anota, que los artículos 50 a 52 de la Ley 1676 de 2013, se refieren a las garantías reales en los procesos de reorganización, de validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y de liquidación judicial, las cuales tendrán el tratamiento previsto en las mismas, dependiendo del tipo de proceso de que se trate, al cual deberán estarse en un todo las partes, es decir, el deudor y sus acreedores, aspectos estos que no guardan relación alguna con los asuntos planteados, ya que se trata de temas distintos con regulación diferente.

h) Finalmente, se le sugiere consultar la página WEB de la Superintendencia de Sociedades, donde encontrará la doctrina relacionada con los temas planteados.

En los anteriores términos, se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.