

OFICIO 220-258669 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2017

REF.: TERMINACIÓN DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO POR LA INICIACIÓN DE UN PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL Y CONTROL AL JUEZ DEL PROCESO CONCURSAL.

Me refiero al escrito radicado bajo el número 2017-01-529910, a través del cual eleva una solicitud en los siguientes términos:

‘...Bajo la premisa que en una sociedad comercial en liquidación judicial, bajo la Ley 1116 de 2006, al momento de la apertura del proceso de insolvencia se terminan todos los contratos de tracto sucesivo de la concursada de acuerdo con el artículo 50, numeral 4 de esta, concordante con los artículos 1, 4, 5, 7, 50 numeral 13, y 126 de la misma, elevo comedidamente las siguientes inquietudes:

1. ¿Se incluyen en este precepto legal aquellos contratos de arriendo sobre los cuales en la justicia ordinaria o arbitral se está tramitando la terminación de estos y la restitución de los mismos por incumplimiento del arrendatario a sus obligaciones desde antes de la fecha de sometimiento al proceso de liquidación judicial?
2. ¿Quién le comunica al arrendatario sub-judice y al juez de conocimiento del proceso ordinario o arbitral referido y, en el cual no se ha producido sentencia, el efecto del sometimiento a liquidación judicial de esa sociedad en cuanto al contrato de arriendo terminado por ministerio del Estatuto de Insolvencia de la República de Colombia?
3. ¿En ese contexto legal está el ex - arrendatario obligado a la entrega inmediata de la tenencia del inmueble arrendado propiedad de la concursada a órdenes del juzgado de insolvencia?
4. ¿Quién le exige al ex - arrendatario la entrega del inmueble arrendado en caso que este no lo entregue inmediatamente conforme su obligación legal y de manera voluntaria a órdenes del juez del concurso?
5. ¿El juez del concurso de la sociedad anónima tiene la jurisdicción para que el ex - arrendatario pueda cobrar eventualmente ante ese despacho dineros por diferentes conceptos con ocasión de la terminación del contrato de arriendo de creer que tiene derecho a ello?
6. ¿Puede el juez del concurso o, en su defecto el liquidador designado (secuestre de los bienes), en la diligencia de secuestro, dejar como depositario del inmueble al ex — arrendatario con el que había juicio pendiente de resolución judicial para

la terminación de la relación contractual de arriendo con la sociedad concursada con autorización o sin ella del juez concursal?

7. ¿Puede el liquidador seguir cobrando a partir de la diligencia de secuestro al ex - arrendatario alguna suma dineraria mensual a favor de la sociedad concursada sin que medie nuevo contrato de alguna clase autorizado expresamente por el juez del concurso que permita el usufructo de ese bien por su parte?

8. ¿Adquiere el juez de concurso, en virtud de sus atribuciones contenidas en el artículo 5 de la ley 1116 de 2006 y de la terminación por ministerio de la ley de los contratos de arriendo, la jurisdicción para ordenar la restitución de los inmuebles arrendados objeto de esa terminación legal para así conformar la prenda general de los acreedores, con la cual se honraran los créditos graduados y calificados más adelante en el proceso de insolvencia a fin de cumplir con la finalidad del proceso de liquidación judicial?

9. ¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidades del juez del concurso en relación a la recuperación de la tenencia de los inmuebles sobre los cuales se terminó el contrato de arriendo por virtud legal pero que el arrendatario no le entregó, afectando así su enajenación o eventual adjudicación futura?

10. ¿El juez del concurso sale al saneamiento de los bienes vendidos o adjudicados eventualmente y que están ocupados por un arrendatario que se negó a entregarlos a pesar de la terminación del contrato por ministerio de la Ley 1116 de 2006 y que aun los ocupa y usufructúa?

11. ¿Puede el juez de concurso enajenar o adjudicar bienes inmuebles sobre los que existía un contrato de arriendo terminado por virtud legal que no han sido restituidos por el ex — arrendatario a la prenda general de los acreedores o que imposibilita la entrega material y consecuente disfrute de estos por el posible acreedor o adjudicatarios?

12. ¿Cuál es y como ejerce el control de legalidad del proceso de liquidación judicial el juez concursal?

13. ¿El juez del concurso tiene control de legalidad sobre las actuaciones del auxiliar de la justicia designado por él como liquidador y secuestro de los bienes que conforman la prenda general de los acreedores, como las ejerce?

14. ¿Cuáles son las responsabilidades específicas en este tema de los contratos de arriendo terminados por ministerio de la ley, por parte del juzgado de insolvencia, el juez del concurso liquidatorio y el auxiliar de la justicia designado como liquidador por el juez del concurso de la sociedad referida?

15. ¿Quién vigila y controla el adecuado desarrollo del proceso liquidatorio en sus etapas y tiempos reglados en la Ley 1116 de 2006 adelantado por un juez concursal y su auxiliar de justicia?

16. ¿En el caso específico de la Superintendencia de Sociedades quién vigila al interior de esa entidad que la Delegatura del Procedimientos de Insolvencia y su auxiliar de justicia en un proceso de liquidación judicial cumplan a cabalidad sus funciones y responsabilidades en los procesos de insolvencia a su cargo?

17. ¿Ante quién o qué autoridad se denuncian las posibles fallas y/o presuntas responsabilidades del juez del concurso y su auxiliar (liquidador) en los procedimientos de insolvencia regidos por la Ley 1116 de 2006 adelantados por la Superintendencia de Sociedades y que terminan eventualmente afectando la prenda general de los acreedores, las enajenaciones con fines liquidatorios y/o las adjudicaciones en las cuales no se puedan entregar bienes ocupados por ex — arrendatarios a los cuales no se les exigió la restitución oportuna de estos a pesar de la terminación legal de los contratos, es decir previo o antes de la etapa de enajenación consagrada en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006 y se les permitió seguir usufructuando el bien o bienes de la concursada y/o se les dio calidad de depositarios de estos permitiéndoles su tenencia y abriendo la puerta a discusiones sobre la propiedad o reclamos de mejoras, al punto de posiblemente pretender adjudicarlos en esa condición de vicios de tenencia, propiedad u ocupación por el juez del concurso?

Antes que referirse puntualmente a los cuestionamientos relacionados, es pertinente observar de una parte, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión general de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, mas no se dirige a resolver situaciones concretas, ni asesorar a los usuarios en la solución de asuntos de interés particular, como resultan ser los que se plantean en su escrito, máxime que respuestas en esta instancia tienen los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es que no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

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 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.

En ese orden de ideas, a título ilustrativo resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones generales de orden legal:

-En tal virtud es preciso hacer claridad respecto del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, norma que la solicitud invoca, puesto que su alcance en cuanto a los efectos que se producen por el inicio de un proceso liquidatorio judicial varían, según que la sociedad concursada sea arrendadora o arrendataria. El numeral 4º de la disposición mencionada establece que uno de esos efectos es la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos. Pero el cuestionamiento no indica si la pregunta apunta a establecer qué sucede con el contrato de arrendamiento, cuando la sociedad es arrendadora o si es arrendataria.

Pues bien, a la luz de la citada Ley 1116 de 2006, una cosa es la que ocurre cuando la sociedad concursada es propietaria de un bien dado en arrendamiento, esto es, en donde ella es la arrendadora, y otra es la situación que se presenta cuando la compañía insolvente es la que ostenta la condición de arrendataria. Es así que de conformidad con lo establecido por el artículo 5º, numeral 2º, en concordancia con el artículo 48, numeral 3º de la misma ley, el juez del concurso debe ordenar las medidas tendientes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor. En desarrollo de tales atribuciones debe decretar el embargo y secuestro de los bienes de la concursada, y es posible que dentro de ellos haya uno que hubiera sido dado en arrendamiento previamente al inicio del proceso de liquidación judicial.

Como quiera que de acuerdo con el artículo 596, numeral 1º del Código General del Proceso, se deben respetar los derechos del arrendatario, ya que la norma dispone que estos no se pueden ver perjudicados, la sociedad no podrá dar por terminado el contrato de arriendo y, en ese sentido, se deberá prevenir al tenedor del bien arrendado que en lo sucesivo se entienda con el secuestro. Lo anterior sucederá sin que deba mediar un nuevo contrato de arrendamiento, puesto que el que existía no ha culminado. Así mismo, si hubiera un proceso en curso, este deberá seguir siendo conocido por el funcionario judicial respectivo, hasta su culminación, toda vez que la competencia del juez concursal tan sólo cobija aquellos procesos en que el deudor concursado sea demandado como obligado. Expresa la norma en comentario: '1. Situación del tenedor: Si al practicarse el secuestro los bienes se hallan en poder de quien alegue y demuestre título de

tenedor con especificación de sus estipulaciones principales, anterior a la diligencia y precedente de la parte contra la cual se decretó la medida, ésta se llevará a efecto sin perjudicar los derechos de aquel, a quien se prevendrá que en lo sucesivo se entenderá con el secuestre, que ejercerá los derechos de dicha parte con fundamento en el acta respectiva que le servirá de título, mientras no se constituya uno nuevo.’

Pero si se tratara de un contrato de arrendamiento en donde el deudor insolvente fuera el arrendatario, se dará aplicación al numeral 4º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, que prescribe que uno de los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial es la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos sociales. La declaratoria de la liquidación judicial igualmente conlleva la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Con tal fin el liquidador oficiará a los jueces de conocimiento respectivos. La continuación de los mismos por fuera de la actuación del proceso liquidatorio será nula y su declaratoria le corresponderá al juez del concurso.

Luego, si al momento de inicio del proceso liquidatorio la sociedad concursada actúa en calidad de arrendadora de un bien suyo, el proceso que estuviera cursando en contra del arrendatario deberá seguir su curso en el juzgado de conocimiento. En este sentido, el juez del concurso no es competente para decretar la terminación de ese contrato de arriendo pues como ya se indicó, él sólo es competente para conocer de todos aquellos procesos en donde la concursada sea demandada. Pero si en ese mismo momento estuviera cursando un proceso en su contra como arrendataria, este deberá remitirse al juez del concurso para su conocimiento, por el principio de universalidad contenido en el artículo 4º, numeral 1º de la mencionada ley, de acuerdo con el cual la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedarán vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. (Subrayado fuera del texto de la norma) Y, como ya se expuso en el párrafo anterior, es el propio liquidador quien libra los oficios respectivos a los funcionarios judiciales correspondientes, lo cual es concordante con lo indicado por el artículo 48, numeral 8º de la Ley 1116 ya aludida, que contempla todas las disposiciones que surgen de la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial.

-De otra parte, conforme al artículo 5º de la Ley 1116 de 2006, que relaciona las facultades del juez del concurso, a él le corresponde reconocer y graduar las acreencias objeto del proceso de insolvencia, lo cual hará con base en la

información presentada por el deudor en la solicitud. Con tal finalidad, los acreedores tendrán un término de veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de desfijación del aviso que informe sobre la apertura del proceso liquidatorio, para presentar su crédito al liquidador, para cuyo efecto deberá allegarse prueba de la existencia y cuantía del mismo. De manera pues que todas las acreencias que hubieren surgido contra la sociedad concursada, antes de la iniciación del proceso de liquidación judicial, podrán ser cobradas ante el juez del concurso haciéndose parte del mismo conforme a lo indicado por el numeral 5º del artículo 48 de la citada ley. Las que fueren surgiendo después de su iniciación, y mientras este se tramita, serán pagadas como gastos de administración del referido proceso a medida que se vayan causando. (Artículo 71 de la Ley 1116 de 2006)

-En relación con la venta o adjudicación de los bienes de la concursada a sus acreedores, se tiene que de conformidad con lo establecido por el artículo 58, numeral 6º de la tantas veces mencionada Ley 1116, el juez del proceso de liquidación judicial hará la adjudicación aplicando criterios de semejanza, igualdad y equivalencia entre los bienes, con el propósito de obtener el resultado más equitativo posible. Igualmente, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso quinto del aludido numeral, el liquidador procederá a la entrega material de los bienes muebles e inmuebles, dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la adjudicación o de la expedición de la providencia de la adjudicación, en el estado en que se encuentren.

-Ahora bien, en cuanto a las obligaciones y responsabilidades del juez concursal, es de observar que el artículo 5º de la Ley 1116 de 2006, consagra todas las facultades y atribuciones que le atañen. Así, éste tiene principalmente, el deber de velar por la adecuada orientación del curso del proceso de insolvencia. Así mismo el artículo mencionado, en el numeral 2º, trata de la facultad de ordenar las medidas tendientes a proteger, custodiar y recuperar, los bienes que integran el activo patrimonial del deudor. En términos generales, a lo largo de la norma mencionada se establece la obligación del juez del concurso, de velar por que se cumplan a cabalidad las finalidades de dicho proceso.

De tal manera, el juez concursal cuenta con diversos medios derivados de todas las facultades a que se ha hecho alusión, atribuidas por la norma que acaba de citarse. En tal virtud podrá, v.gr., objetar los nombramientos o contratos efectuados por el liquidador, imponer sanciones o multas a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, decretar la sustitución de los auxiliares de la justicia durante todo el proceso de insolvencia, con ocasión del incumplimiento de las funciones previstas en la ley o de las órdenes del juez del concurso, ordenar la remoción de los administradores o del revisor fiscal por incumplimiento de las

órdenes del juez del concurso o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos.

-Es importante tener en cuenta el Decreto 2130 de 2015, que se ocupó de señalar la naturaleza de los cargos de promotor, liquidador y agente interventor como auxiliares de la justicia, así como las calidades necesarias para aspirar a su designación, la sujeción obligada al Manual de Ética y Evaluación de la Gestión y el régimen de responsabilidad que los cobija. Además, en la Sección 4 estableció las causales de incumplimiento de las funciones, dentro de las cuales se halla el haber participado en la celebración de actos encaminados a disponer, gravar o general cualquier tipo de detrimento de los bienes que integran el activo de la concursada, o haber realizado actos que hubieren ocasionado o pudieren haber ocasionado detrimento al patrimonio de la concursada, a los bienes de ella o a los intereses de los acreedores. Estas conductas comportan la remoción del cargo de liquidador, su sustitución en el proceso respectivo, así como la exclusión de la lista de auxiliares de la justicia, medidas que representan medios de control bastante eficaces para lograr un desempeño adecuado de la labor de auxiliar de la justicia.

-Por su parte, la Resolución 100-000607 del 26 de mayo de 2016, que reglamentó parcialmente el Decreto 2130 de 2015, de manera consecuente dispuso en el artículo 1º: Naturaleza de los cargos de promotor, liquidador y agente interventor. Los promotores, liquidadores y agentes interventores son auxiliares de la justicia y su oficio es público, ocasional e indelegable. Estos cargos deben ser ejercidos por personas de conducta intachable, deben gozar de excelente reputación y ser idóneos para cumplir con su función, la cual deben desarrollar con imparcialidad e independencia.

En el mismo sentido, el artículo 6º de dicha resolución, dispone: “Responsabilidad. Los auxiliares de la justicia que integran la lista, así como todas las personas que ocupen los cargos de promotor, liquidador y agente interventor, son profesionales y deben responder de acuerdo al régimen que les corresponde. Por lo tanto, serán responsables por los daños o perjuicios que le hubieren ocasionado a la entidad en proceso de reorganización, liquidación o intervención, sus asociados, a los acreedores, a cualquier parte interesada en el proceso de insolvencia o de intervención o a terceros, por su acción u omisión, directa o indirectamente, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones y deberes, de conformidad con lo establecido en la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 2130 de 2015. En la misma responsabilidad incurrirá el auxiliar de la justicia cuando los daños o perjuicios hubieren sido ocasionados por los profesionales y técnicos que le presten servicios de apoyo para el desarrollo de sus funciones y cualquier persona vinculada a él.

Quienes en cumplimiento de sus funciones de promotores, liquidadores o agentes interventores actúen en calidad de administradores, quedarán sometidos al régimen de responsabilidad establecido para tales funcionarios en la Ley 222 de 1995.

- A su turno, mediante la Resolución 100-000083 del 19 de enero de 2016, esta Superintendencia expidió el Manual de Ética y Conducta Profesional para auxiliares de la justicia; además, a través de la Resolución 130-000161 del 4 de febrero de 2016, se adoptó el formato del compromiso de confidencialidad que están obligados a suscribir todos los auxiliares de la justicia. Todo lo anterior encaminado a brindar seguridad y confianza en el desempeño de los auxiliares de la justicia, así como a establecer controles por parte de la entidad nominadora con el fin de lograr un adecuado desarrollo de las funciones a ellos encomendadas.

-Por lo demás, los controles previstos para el juez del concurso, se hallan fundamentalmente en los recursos con los que se cuenta para controvertir sus decisiones a lo largo del proceso liquidatorio, el régimen de carrera judicial con las causales de ingreso y de retiro de la misma, y tanto las sanciones disciplinarias previstas en el régimen respectivo como las penales consagradas en el régimen penal colombiano, que constituyen un verdadero límite para impedir el ejercicio arbitrario de sus atribuciones.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal.