Jurisprudencia Concursal

2017

4

SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Jurisprudencia Concursal

2017

4

SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Superintendente de Sociedades
Francisco Reyes Villamizar

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia
Nicolás Polanía Tello

Coordinadora editorial
Catalina Garavito Lara

Diagramación e impresión digital
FUNVIRES

Diciembre de 2017

Tabla de contenido

I. REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

01. Auto N° 400-009631 de 05 de junio de 2017……..... **12**
Sujeto del proceso: *Holding Minero S.A.S.*
Asunto: Medidas cautelares innominadas. Insolvencia de grupo empresarial

02. Acta N° 400-000998 de 31 de mayo de 2017……..... **18**
Sujeto del proceso: *Panthers Machinery Colombia S.A.S.*
Asunto: Flexibilización de la prelación como beneficio para los acreedores garantizados que podían optar por pago preferente y votaron a favor el acuerdo de reorganización

03. Auto N° 400-008463 de 11 de mayo de 2017...……..... **24**
Sujeto del proceso: *Productos Químicos Panamericanos S.A.*
Asunto: Ley 1676 de 2013 - Pago preferente

04. Acta N° 400-000776 de 27 de abril de 2017 ……..... **31**
Sujeto del proceso: *Ssangyong Motor Colombia S.A.*
Asunto: Garantías mobiliarias, requisitos de constitución, existencia y Oponibilidad.

05. Acta N° 400-008463 de 11 de mayo de 2017……..... **40**
Sujeto del proceso: *Everfit S.A*.
Asunto: Clasificación correcta de acreedores garantizados con fiducias mercantiles y ejecución de garantías mobiliarias

06. Auto N° 400-016468 de 25 de octubre de 2016…...……..... **51**
Sujeto del proceso: *Pacific Exploration and Production Corp. Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia Pacific Stratus Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia Petrominerales Colombia Corp. Sucursal Colombia.*
Asunto: Sustitución de garantías mobiliarias constituidas respecto de medidas cautelares –procede cuando la medida cautelar y el mecanismo con el que se sustituye tienen la misma finalidad–.

07. Auto N° 400-015030 de 30 de septiembre de 2016……..... **54**
Sujeto del proceso: *Pacific Exploration and Production Corp. Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia Pacific Stratus Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia Petrominerales Colombia Corp. Sucursal Colombia.*
Asunto: Sustitución de garantías mobiliarias constituidas respecto de medidas cautelares –no procede cuando no se ha resuelto sobre el derecho en litigio y se advierte que persiste el riesgo de liquidación y falta de pago–.

08. Auto N° 400-014007 de 16 de septiembre de 2016..... **60**
Sujeto del proceso: *Central Papelera de Colombia S.A.S.*
Asunto: Art. 17 Ley 1116 de 2006 y fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pagos y contratos accesorios.

09. Auto N° 400-010668 de 12 de julio de 2016..... **63**
Sujeto del proceso: *China Automotriz S.A.*
Asunto: Poder dispositivo del deudor respecto de bienes, objeto de garantías mobiliarias y necesarios para la recuperación empresarial

10. Acta N° 400-001025 de 17 de mayo de 2016..... **65**
Sujeto del proceso: *Conalvías Construcciones S A.S*
Asunto: Garantías mobiliarias – Fiducia mercantil

11. Acta N° 400-000891 de 29 de abril de 2016..... **79**
Sujeto del proceso: *Inverpacífico S.A.*
Asunto: La calificación del contrato es necesaria para que el acreedor hipotecario se beneficie de la Ley 1676 de 2013.

12. Auto N° 400-004422 de 17 de marzo de 2016..... **95**
Sujeto del proceso: *Panthers Machinery S.A.S.*
Asunto: Recursos que constituyen el patrimonio autónomo cuando este ha sido inscrito en el registro de garantías mobiliarias.
Resuelve recursos contra auto de 21 de enero de 2016, sobre la fiducia mercantil en el concurso y publicado en el tomo III de jurisprudencia concursal.

II. LIQUIDACIÓN JUDICIAL

01. Auto N° 400-011407 de 24 de julio de 2017 ..... **103**
Sujeto del proceso: *Alsacia Constructora de Obras S.A. en liquidación judicial.*
Asunto: Acreedores involuntarios, acatamiento de fallos judiciales, graduación de acreencias.

02. Acta N° 405-001274 de 4 de julio de 2017 ..... **111**
Sujeto del proceso: *Bayco Internacional S.A.S. en liquidación judicial*.
Asunto: Improcedencia de la exclusión de garantías mobiliarias constituidas sobre gravámenes judiciales

03. Acta N° 400-001192 de 14 de junio de 2017 ……..... **140**
Sujeto del proceso: *Frigoríficos Ganaderos de Colombia S.A. en liquidación judicial.*
Asunto: Exclusión de garantías mobiliarias cuando los activos tienen la condición de estar integrados a un sistema de producción tipo planta.

04. Auto n.° 400-009849 de 8 de junio de 2017 ……..... **152**
Sujeto del proceso: *Alsacia Constructora de Obras S.A. en liquidación judicial*
Asunto: Acreedores involuntarios, acatamiento de fallos judiciales, graduación de acreencias.

05. Auto n.° 400-007309 de 20 de abril de 2017 ……..... **164**
Sujeto del proceso: *Datapoint de Colombia S.A.S. en liquidación judicial*
Asunto: Créditos del fisco, sanciones tributarias, graduación de acreencias.

06. Auto n.° 400-005958 de 13 de marzo de 2017 ……..... **167**
Sujeto del proceso: *Prebuild Colombia S.A.S. en liquidación judicial.*
Asunto: Consolidación patrimonial.

07. Auto n.° 400-005267 de 28 de febrero de 2017 ……..... **171**
Sujeto del proceso: *Andean Iron Corp Sucursal Colombia en liquidación judicial*
Asunto: Garantías mobiliarias, fiducia en garantía.

08. Auto n.° 400-017280 de 10 de noviembre de 2016 …… **175**
Sujeto del proceso: *Pollos P.L.G. S AS en liquidación judicial*
Asunto: Efectos de la ineficacia de pleno derecho.

09. Acta n.° 400-002271 de 10 de octubre de 2016 ……..... **181**
Sujeto del proceso: *Ekko Promotora S.A.S. en liquidación judicial.*
Asunto: Ley 1676 de 2013, depósitos de dinero en garantía y retención en garantías.

10. Acta n.° 400-002274 10 de octubre de 2016 ……..... **205**
Sujeto del proceso: *Prebuild Construcción y Servicios de Construcción S.A.S. en liquidación judicial.*
Asunto: Ley 1676 de 2013, depósitos de dinero en garantía y retención en garantías.

11. Auto n.° 400-008996 de 8 de junio de 2016 ……..... **225**
Sujeto del proceso: Promotora Inmobiliaria Tu Casa LTDA.
Asunto: Ajuste hermenéutico garantía mobiliaria sobre bienes inmuebles - vigencia de la Ley 1676 de 2013.

12. Auto n.° 400-005775 de 15 de abril de 2016 ……. **229**
Sujeto del proceso: *Datapoint de Colombia S.A.S. en liquidación judicial.*
Asunto: Fiducia fuente de pago y garantía, exclusión de bienes.

III. INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL DE RECURSOS DEL PÚBLICO

1. Acta n.° 400-002306 de 27 de noviembre de 2017……..... **236**
Sujeto del proceso: *Elite International Américas S.A.S. y otros*
Asunto: Fraude a la ley en operaciones de captación ilegal

2. Auto n.° 400-015356 de 26 de octubre de 2017 ……..... **274**
Sujeto del proceso: *Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S. y otros, bajo la medida de liquidación judicial.*
Asunto: Desistimiento tácito de reclamaciones.

3. Auto n.° 400-011032 de 11 de julio de 2017 ……..... **304**
Sujeto del proceso: *Estrategias en Valores S.A. y otros*
Asunto: Facultad oficiosa del juez de la intervención para reconocer inexistencia y declarar la nulidad de contratos.

4. Auto n.° 400-010255 del 21 de junio de 2017…….. **321**
Sujeto del proceso: *Minergéticos S.A., Capital Factor S.A.S. y otros.*
Asunto: Interpretación integrativa de las etapas del proceso de intervención por captación ilegal, bajo la modalidad de toma de posesión

05 Auto n.° 400-018814 de 19 de Diciembre de 2016 ……... **330**
Sujeto del proceso: *Estrategias en Valores S.A. y otros*
Asunto: Interpretación integrativa de las etapas del proceso de intervención por captación ilegal, bajo la modalidad de liquidación judicial.

IV. LEY 550 DE 1999

1. Acta n.° 2017-01-099803 de 8 de marzo de 2017…….. **342**
Demandantes: Rocío del Mar Burgos Alemán y otros.
Demandado: Alcaldía de la Ciudad Ciénaga de Oro departamento de Córdoba.
Asunto: Efectos de la nulidad del acuerdo de reestructuración.

Prefacio

Durante el último cuatrienio se ha incrementado el número de publicaciones en las que se compila la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades. Esta determinación consciente de la entidad obedece a la necesidad de divulgar, de la manera más amplia los precedentes expedidos por la entidad en materia de Derecho de Insolvencia y de Sociedades. La existencia de un copioso acervo de antecedentes judiciales en las dos materias brinda seguridad jurídica y les facilita a las partes predecir, en alguna medida, el resultado de los procesos que se cumplen ante la Superintendencia. De esta forma, las partes pueden adoptar decisiones informadas respecto de sus posibilidades jurídicas y, en cada caso, insistir en las pretensiones formuladas, transigir sobre ellas o, incluso, desistir del litigio.

La actividad de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia ha sido particularmente fructífera en los últimos años, merced a la seriedad de los trámites y a la madurez conceptual que se ha desarrollado en el curso de complejos procedimientos de reorganización empresarial, de liquidación judicial y de intervención por captación ilegal. Debe reconocerse, en particular, la gestión cumplida durante los últimos años, en la que ha prevalecido un riguroso análisis jurídico de las normas de insolvencia previstas en la Ley 1116 de 2006 y sus decretos reglamentarios, así como en las disposiciones relativas a la intervención por captación ilegal de recursos del público. En unas y otras se presentan posibles vacíos y aspectos ambiguos que requieren de la cuidadosa intervención del juez, para llenarlos o clarificarlos con ecuanimidad y precisión. En esta actividad la Delegatura de Insolvencia actúa con el mayor cuidado. En asuntos tan delicados, como es apenas obvio, es indispensable el apego a la ley, sin necesidad de incurrir en estériles dogmatismos. Por ello, no se trata de darle gusto a exégetas recalcitrantes ni a defensores a ultranza de concepciones jurídicas obsoletas ni mucho menos a los iniciados en el culto de las solemnidades procesales. Se busca, más bien, desentrañar el verdadero sentido de equidad y justicia que subyace a nuestro virtuoso sistema de normas concursales. Este ejercicio es dificilísimo, sobre todo si se consideran los múltiples intereses antagónicos que se debaten durante estos procesos.

En el caso de la insolvencia, es evidente que deben procurarse soluciones justas en las que puedan conciliarse las legítimas pretensiones de los acreedores con los de la sociedad deudora. La necesidad de proteger al crédito como elemento esencial

del desarrollo económico no es, en forma alguna, incompatible con una defensa vigorosa del principio de conservación de la empresa. Pero la armonización de estos dos extremos, aparentemente antagónicos, es una tarea que requiere el ejercicio de una cuidadosa discrecionalidad judicial, en la que la protección de uno de ellos no implique el menoscabo del otro. Para el caso de los procedimientos de intervención por captación ilegal, los elevados intereses de política pública plasmados en la normativa vigente, obligan al juez concursal a otorgarle la mayor prioridad a la recuperación de los recursos involucrados en operaciones violatorias del orden jurídico, cuyas amplias repercusiones en el orden social justifican las más drásticas medidas de intervención. Ello, desde luego, se cumple sin menoscabo alguno del debido proceso y de los derechos de todos los interesados. En particular, se tiene cuidado de respetar aquellas prerrogativas que la ley les confiere a los intervenidos, sin permitir que la frecuente intimidación que algunos de éstos despliegan, pueda nublar el juicio ecuánime del juez llamado a liquidar sus patrimonios.

Es claro a partir de lo expuesto que, tanto en los procesos de insolvencia como en los de intervención por captación ilegal, se impone la necesidad de desarrollos jurisprudenciales sólidos que les permitan a todos los interesados navegar en un universo normativo complejo por naturaleza, que involucra, además, de manera subsidiaria, todo el régimen de obligaciones, el de garantías mobiliarias, el de sociedades y, en términos más generales, las reglas del Derecho Privado. En todos estos ámbitos se requieren precisiones que permitan comprender adecuadamente el modus operandi de estas previsiones normativas en el contexto específico de los concursos. En no pocas oportunidades las reglas jurídicas aludidas carecen de la suficiente especificidad para resolver situaciones concretas que solo se dan en el ámbito de la insolvencia. De ahí que resulten tan útiles los precedentes judiciales de la Superintendencia para la dilucidación de tantos y tan variados asuntos de interés para las partes.

Este cuarto volumen de “Jurisprudencia Concursal” recoge los más significativos pronunciamientos de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia proferidos durante 2017, con particular énfasis en las reglas que se han venido decantando para la asimilación del régimen de garantías mobiliarias, cuyo advenimiento ha dado lugar, sin duda alguna, a la más grande transformación en la disciplina

concursal colombiana en los más de diez años de vigencia de la Ley 1116. El estudio concienzudo de las nuevas normas sobre garantías, ha permitido estructurar criterios de decisión predecibles y razonables, de manera tal que el acreedor garantizado pueda anticipar de mejor manera la suerte de su crédito, aun en el escenario de la insolvencia del deudor.

Sobre este particular, el lector encontrará en este libro pronunciamientos que se refieren no solamente a la aplicación de las normas de la ley de garantías mobiliarias en el tiempo, sino también los que aluden a la ejecución y pago preferente de los créditos garantizados en la reorganización empresarial. Quien se aproxime a estas páginas podrá hallar también en este volumen providencias judiciales acerca de la exclusión de bienes dados en garantía en los procesos de liquidación judicial. Este último asunto reviste especial relevancia, debido a las controversias que se suscitaron con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013. La determinación exacta de la Delegatura acerca de cuáles bienes pueden ser objeto de exclusión y bajo qué circunstancias específicas es viable tal medida, ha permitido disipar falsas expectativas derivadas de interpretaciones erradas o acomodaticias que se dieron luego de la entrada en vigencia de esta normativa.

Por lo demás, se han compilado fallos relevantes de la Delegatura sobre asuntos en los que es recurrente el litigio, no solo en materia de reorganización y liquidación, sino también en los procesos de intervención por captación ilegal de recursos del público. Según lo afirmado antes, la interpretación de las normas que gobiernan esta modalidad concursal es particularmente sensible, debido al significativo impacto social y económico que surge de la materialización de esta conducta. De ahí que se requieran reglas e interpretaciones claras y ciertas, que garanticen los derechos de todos los sujetos involucrados. Por todo lo expuesto, “Jurisprudencia Concursal” se convierte en una obra de consulta imprescindible para todos los que tienen que entenderse con los asuntos relacionados con el régimen de insolvencia vigente en Colombia, incluidos los abogados litigantes, los miembros de la comunidad académica y los empresarios.

Solo resta agradecerle a los funcionarios de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades por su destacada gestión en beneficio de esta rama del derecho y, de manera más amplia, de nuestra comunidad empresarial.

Superintendente de Sociedades
Francisco Reyes Villamizar

Auto N° 400-009631 de 05 de Junio de 2017	
Sujeto del proceso	Holding Minero S.A.S.
Asunto	Medidas cautelares innominadas. Insolvencia de grupo empresarial

Consideraciones del despacho

1. El recurso de reposición está previsto como un mecanismo de defensa de las partes frente a las decisiones judiciales en que se haya cometido un error, a efectos de que el operador revalúe los fundamentos de la providencia y la revoque o modifique. Se trata de una oportunidad para que, como indica DEVIS ECHANDÍA, quien profirió la decisión, sea juez singular o colegiado, *"estudie de nuevo los puntos tratados"* en ella.[1] Esta es, entonces, la limitación material del ámbito decisional del operador, es decir, no puede el recurso demandar elaboración ninguna sobre aspectos nuevos, que solo se propusieron en la impugnación.

2. Antes de revisar los cargos formulados contra la providencia, conviene recapitular el contenido de la solicitud inicial, resuelta en el auto atacado. En dicho memorial, se pidió al Despacho "PRIMERA.- ORDENAR a CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. que congele el 51% de los recursos que recibió o reciba de C.I. COLOMBIA NATURAL RESOURCES I S.A.S. o de cualquier otro sujeto, con ocasión del laudo arbitral (…)", y "SEGUNDA.- ADOPTAR cualquier otra medida que el Despacho considere razonable con miras a la protección de los derechos de los acreedores de HOLDING MINERO S.A.S.".

3. En atención a estas solicitudes, que no fueron estructuradas como principal y subsidiaria o como principal y consecuencial sino como principales ambas, como se deduce de la redacción, el recurrente expuso una serie de hechos y circunstancias –como las participaciones en las sociedades, las que estimó situaciones de control, las operaciones entre compañías, etc.–, a partir de las cuales sugirió un curso hipotético de acontecimientos, desarrollados en el numeral 4 del apartado IV del memorial, denominado "fundamentos jurídicos", que se resumen a continuación:

a) La cautela persigue que se congelen los recursos equivalentes al 51% del importe recibido o por recibir con ocasión del laudo "con miras a evitar su distracción".

b) El embargo de cuentas por cobrar a favor de Holding Minero no es suficiente

1 HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, El Proceso Civil, Parte General, T. III, V. I, Bogotá, Dike, 1990, p. 332

porque no garantiza que el dinero entre a la sociedad ni que se aplique a pagar sus deudas –refiriéndose a la deuda de Consorcio Minero con Holding–, por lo que “es perfectamente posible que dicha cuenta quede impaga”.

c) Sobre la destinación del producto del fallo favorable “es perfectamente posible que CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. utilice la suma de dinero provenientes (sic) del laudo arbitral para fines y propósitos distintos al pago de las acreencias a favor de HOLDING MINERO S.A.S. o al reparto de utilidades”.

d) Como la sociedad en concurso controla a su deudora, Consorcio Minero del Cesar S.A.S., “existe el riesgo que (sic) los recursos provenientes del laudo arbitral sean empleados con fines distintos al pago de las obligaciones con la concursada”, pues “hemos tenido conocimiento” de que la sociedad demandante en el proceso arbitral pretende adquirir valiosos activos fijos con el dinero de la condena a su favor y, como Consorcio Minero del Cesar no está en insolvencia “existe el riesgo de que se produzcan gastos y costos y operaciones que no correspondan al giro ordinario de sus negocios con cargo a los recursos provenientes del laudo arbitral” (énfasis añadido en todas las citas textuales).

4. Como se dijo en el auto impugnado, las solicitudes propuestas se estructuraron a partir de conjeturas y situaciones hipotéticas, pues nada hay que pruebe que, abstracción hecha de la situación no concursal de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., los dineros percibidos o por percibir con ocasión del fallo a favor se hayan distraído, se hayan destinado a gastos o costos extraños a su operación o a la compra de activos fijos valiosos, o se haya decidido no repartir utilidades. Es a eso a lo que se refería el Despacho cuando concluyó que la solicitud se soportó en “una serie de suposiciones sin asidero distinto al mero dicho del acreedor”, y nada de lo expuesto en el recurso ni en sus traslados permite llegar a conclusión distinta.

5. En otras palabras, no hay tal falta de motivación en la decisión sino en la solicitud resuelta, porque al margen de la descripción de la estructura societaria que subyace en la operación de explotación minera y del contexto litigioso en el que salió favorecida la sociedad Consorcio Minero del Cesar, sobre lo que no hay reparo sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la situación de control, las razones de hecho y de derecho que se adujeron como fundamento para decretar la cautela fueron, en suma, las arriba transcritas, en las que como se ve la naturaleza especulativa viene desde la propia formulación. Si bien en el numeral 2 del mismo apartado del memorial se refiere el artículo 590 C.G.P., y se mencionan los criterios de apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad, ninguno de ellos fue desarrollado para explicar por qué en el caso de marras se configura la procedencia de la cautela, en contraposición a la prolijidad de argumentos propuestos en sede

de reposición. Simplemente se citó como precedente una providencia dictada en otro proceso (Calamar CDO, Auto 400-014367 de 26 de octubre de 2016), que por lo demás no corresponde a la situación que en esta causa se debate.

6. En efecto, mal puede decirse, como lo hace el recurso, que comparando el caso resuelto con este "los fundamentos fácticos son iguales". De hecho, son del todo distintos, pues en el resuelto en 2016 unas compañías que (I) no estaban en insolvencia, pero hacían parte del grupo empresarial, (II) pretendían enajenar unos activos fijos que les pertenecían. En ese caso se dijo que, aunque no estaban en concurso, las actuaciones patrimoniales de compañías del mismo grupo al que pertenecen las concursadas no son indiferentes y pueden comprometer la suerte concursal de las sometidas al proceso y sus acreedores. En este caso, por el contrario, Consorcio Minero del Cesar S.A.S. no hace parte del grupo empresarial controlado por Inversor Inversiones y Proyectos S.A.S., controlante de Holding Minero S.A.S., y lo que se pretende no es frustrar una enajenación de activos fijos, sino la hipotética distracción de recursos que recibiría o recibió en virtud de un fallo arbitral.

7. De otro lado, consultando oficiosamente el registro mercantil, se advirtió que en el folio de Holding Minero S.A.S. figuran sendas anotaciones en virtud de las cuales se reconoce el control de esta compañía sobre Masering Mining S.A.S. en liquidación y sobre CI Carbones de Santander S.A.S., y otra a cuyo tenor la sociedad Inverso Inversiones y Proyectos S.A.S. es, a su vez, controlante de Holding Minero S.A.S., anotación esta última inscrita el 6 de marzo de 2017. De otro lado, hecha idéntica consulta respecto de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., se verificó que no hay situación de control inscrita sobre esta por parte de Holding Minero S.A.S., y no es del resorte de este operador calificar dicha situación, en los términos de la Ley 222 de 1995.

8. Hechas estas precisiones, que anticipan la confirmación de la decisión, estima este operador propicia la oportunidad para hacer claridad en lo siguiente. Tiene razón el recurrente en que no es irrelevante para la insolvencia de una compañía lo que ocurra en los patrimonios de otras con las que integre un grupo empresarial. De hecho, se trata de una parcela de la disciplina concursal particularmente delicada, en la que el asunto de la personificación jurídica de los distintos sujetos no es, como considera el recurrente, asunto menor[2]. Se trata de una circunstancia que debe ser

2 Es obvio que ese concurso del grupo tiene su primer y fundamental obstáculo en los límites derivados de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades que lo integran o en la correlativa ausencia de personalidad jurídica del grupo, a pesar del reconocimiento de su legitimidad. La tensión entre esa vinculación patrimonial y la autonomía formal será permanente en el concurso desde su iniciación, hasta su terminación. Frente a la pretensión de una responsabilidad común de las sociedades vinculadas se opondrá la limitación de responsabilidad por deudas derivadas

valorada con riguroso preciosismo, porque el riesgo de desestimación de atributos propios de las personas jurídicas es alto y decisiones ligeras en ese sentido pueden suponer, ex ante, una fundada repulsión de los acreedores al modelo de insolvencia cuando se advierta que, en ese contexto, queda en cuestión la estructura corporativa del grupo lo que supone, de contera, un desincentivo al otorgamiento de crédito a grupos empresariales o un incremento de su costo por el riesgo de consolidación patrimonial[3] al que se verían avocados los acreedores de una persona jurídica, cuando adviertan que, en caso de insolvencia de una compañía del grupo, pueden ver reducidas sus expectativas de pago porque el patrimonio que respalda sus deudas queda afecto al pago de deudas de otras empresas del mismo conglomerado frente a otros acreedores.

El objeto de la medida solicitada es, precisamente, que se ordene a una persona jurídica que, no obstante no ser parte de un grupo empresarial y no estar en situación de insolvencia, congele un importante activo líquido para que, sin reparar en sus propios acreedores, quede afecto a las resultas de la insolvencia de uno de sus socios y a la vez acreedor. La apoderada de la sociedad en concurso puso de presente la existencia de más de veinte procesos laborales en curso en contra de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., cuyos demandantes quedarían en precaria situación si se accediera a lo pedido por el Banco de Bogotá S.A.

9. En el caso particular, como se dijo, Holding Minero S.A.S. no es controlante de Consorcio Minero del Cesar, pero sí acreedor interno y acreedor vinculado en razón de los servicios prestados por Holding y debidos por Consorcio, como se refleja en la información contable aportada con la solicitud de reorganización. Esta situación es suficiente para que se requiera, como se hará, a Holding Minero S.A.S. para que explique las particularidades del crédito a su favor y a cargo de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., como capital, intereses, fechas de pago, etc., y a esta para que informe sobre el pago a su favor de la condena contenida en el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el litigio entre dicha compañía y C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S., pagos hechos, pagos pendientes, destino de los recursos, toda vez que es información relevante para el concurso. Esta orden,

---

de la personalidad jurídica. El resultado de esa oposición ha de ser, en circunstancias normales, la denegación de una "consolidación sustancial" que convierta al grupo en el sujeto concursado", Cfr. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 15, disponible en el siguiente enlace http://eprints.ucm.es/5599/1/Los_Grupos_y_la_LC.pdf

3 Prevista para liquidación judicial en el Decreto 1749 de 2011, artículo 25 y siguientes. En el derecho de insolvencia americano, se denomina substantive consolidation y se refiere a la agrupación de activos y pasivos de personas jurídicas técnicamente diferentes, Vid. ANDREW BRASHER, Substantive Consolidation: A Critical Examination, disponible en el siguiente enlace, http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf

con todo, no tiene naturaleza de medida cautelar sino de requerimiento en virtud del principio de información frente a un deudor de un sujeto concursal.

10. Finalmente, en lo que se refiere, en general, a la procedencia de medidas cautelares innominadas en sede concursal, vale precisar que este operador ha perfilado una línea de decisión en virtud de la cual, armonizando las reglas previstas en el artículo 5.2 de la Ley 1116 de 2006 y en el artículo 590 C.G.P., cuando el juez del concurso decida ejercer sus amplísimas facultades de dirección del proceso, debe someter su raciocinio de motivación a los criterios previstos en la norma del estatuto procesal, a manera de autolimitación de su discrecionalidad, y en garantía de la razonabilidad de sus decisiones que, como se sabe, son de única instancia. Y así se ha hecho en distintas ocasiones.

No se trata de *"activismo judicial"* sino de administración ponderada de los poderes del juez de insolvencia. Es claro que las llamadas "medidas innominadas" del Código General del Proceso fueron prefiguradas, en materia concursal, por lo dispuesto en el artículo 5.2 citado, cuya amplia formulación permite, en la práctica, ordenar cualquier cosa que tenga relación teleológica con la protección, custodia y recuperación de bienes del deudor, con las limitaciones que indica la misma norma en su literales a y b. En suma, no hay tal retroceso como el denunciado en el recurso sino un ejercicio riguroso y mesurado de los poderes del juez de insolvencia.

De otro lado, no es cierto que sea obligación del juez decretar, si no concede lo pedido como cautela, una medida alternativa. Esta es, sencillamente, una potestad del operador judicial, como se desprende de la redacción contenida en el artículo 590 C.G.P., cuando se indica que si el juez *"lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada".* No hay, entonces, como se indicó en el recurso, violación de norma imperativa.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Confirmar el Auto 400 - 018540 de 13 de diciembre de 2016.

Segundo. Requerir a Holding Minero S.A.S. para que informe a este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, los detalles de la deuda o deudas a su favor y a cargo de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., tales como conceptos, montos por capital e intereses, existencia de garantías, fechas de vencimiento, abonos hechos y pendientes y, en general, todo otro dato relevante sobre dicho crédito.

Tercero. Requerir a Consorcio Minero del Cesar S.A.S. para que informe a este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, sobre el ingreso efectivo o previsto de los recursos provenientes de la ejecución de lo ordenado en el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el litigio entre dicha compañía y C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S., así como la eventual provisión para el pago de la deuda o deudas que tenga a su cargo y a favor de Holding

Cuarto. Comunicar el contenido del auto a Consorcio Minero del Cesar S.A.S., para lo cual se ordena al Grupo de Apoyo Judicial que lo a la carrera 86 No. 76 - 239 of. 304 en la ciudad de Barranquilla o al correo electrónico cmineradelcesarsas@gmail.com, que figura en el registro mercantil como buzón de notificación judicial, vía certimail.

Acta 400-000998 de 31 de Mayo de 2017	
Sujeto del proceso	Panthers Machinery Colombia S.A.S.
Asunto	Flexibilización de la prelación como beneficio para los acreedores garantizados que podían optar por pago preferente y votaron a favor el acuerdo de reorganización

Acta

Audiencia de confirmación de acuerdo de reorganización

Fecha	22 de mayo de 2017
Hora	10:00 a.m.
Convocatoria	Auto 400-008501 de 12 de mayo de 2017
Lugar	Superintendencia de Sociedades en conexión con la Cámara de Comercio de Villavicencio
Sujeto Del Proceso	Panthers Machinery Colombia S.A.S.
Promotor	Herbert Giovanni Álvarez Cruz
Apoderado	Juan Carlos Urazán
Expediente	71658

Objeto de la audiencia

Estudio para confirmación del acuerdo de reorganización.

Estructura de la audiencia

(I) Instalación
(II) Desarrollo
  a. Cuestiones previas
  b. Verificación de cumplimiento de los gastos de administración y otros
  c. Control de legalidad y observaciones al acuerdo
(III) Confirmación del acuerdo de reorganización
(IV) Cierre

(I) Instalación

Presidió la audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, quien advirtió que al acta se anexará la lista de asistencia a la audiencia y el CD que contempla todo el desarrollo de la misma. De igual forma, informó que el acta solo tendrá la parte resolutiva de las providencias que profieran en la audiencia (art 107 de C.G.P.).

(II) Desarrollo
a. Cuestiones previas

El Despacho resolvió sobre la solicitud de entrega a la concursada, de los recursos reintegrados por Leasing Corficolombiana S.A., al patrimonio autónomo Panthers Machinery II, en el siguiente sentido:

"Ordenar a Fiduciaria Corficolombiana S.A., que entregue los recursos reintegrados por Leasing Corficolombiana S.A., sin perjuicio del cumplimiento de las previsiones del contrato de fiducia, que no fueron objeto de pronunciamiento por parte de este Despacho". La decisión quedó notificada en estrados y en firme.

b. Verificación de cumplimiento del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010

A continuación, se concedió la palabra a los presentes en la audiencia para que indicaran si hay obligaciones por concepto de aportes a seguridad social, retenciones de carácter obligatorio o retenciones efectuadas a trabajadores no pagadas a la fecha, que impidan continuar con el estudio del acuerdo de reorganización, en atención a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010, a fin de que el representante legal exhibiera los respectivos soportes de pago o propusiera las posibles soluciones frente a dichas reclamaciones.

Intervinieron los siguientes acreedores:

- Apoderado de Colpensiones y Protección: existe una deuda real a favor de Colpensiones por valor de $28.300 y unas inconsistencias de $6.769.200, las cuales deben ser depuradas. En relación con Protección, existe una deuda por valor de $209.306. El acreedor propuso 15 días para su depuración y pago.

- Comisionado de la UGPP: solicitó la constitución de la provisión contable por valor $193.133.880, por concepto de aportes al sistema de protección social y el pago de la deuda.

La concursada solicitó 30 días para normalizar la situación con Colpensiones y Protección, lo cual fue aceptado por el acreedor. Respecto de la manifestación de la UGPP, la acreencia se deriva de una investigación en curso, razón por la cual no hay lugar a la provisión correspondiente, a no ser que las políticas contables de la compañía impongan dicha provisión, por lo cual no hay impedimento para continuar con la audiencia. El Despacho también advirtió que los 30 días son para liquidar y pagar y que el fracaso de la depuración lo asume la concursada.

c. Control de legalidad y observaciones al acuerdo

Resuelto lo anterior, el Despacho hizo algunas precisiones sobre la naturaleza y requisitos esenciales del acuerdo de reorganización para que el mismo se entienda válidamente celebrado. Antes de dar la palabra a los acreedores, el Despacho se refirió, entre otros, a las mayoría con las que fue aprobado el acuerdo y el porcentaje de votos perteneciente a acreedores internos y vinculados, razón por la cual debe cumplirse con la regla según la cual, el plazo para pagar el pasivo externo de acreedores no vinculados, no puede ser superior a diez años.

Adicionalmente, se hicieron otras precisiones de carácter formal al acuerdo y se refirió a la forma de pago del acreedor graduado como garantizado bajo el amparo de la Ley 1676 de 2013.

Acto seguido, se concedió la palabra a los siguientes acreedores quienes manifestaron

Rivera Andrade	La apoderada presentó observaciones de forma y pidió que se aclare el mecanismo bajo el cual se le pagará a Leasing Corficolombiana S.A.
Bancolombia S.A.	La apoderada presentó observaciones, votó negativo el acuerdo e hizo reserva de solidaridad y garantías.
Multibank	El apoderado presentó observaciones en lo que hace a la forma de pago de Leasing Corficolombiana que rompe el principio de igualdad, votó negativo e hizo reserva expresa de solidaridad.
Aviatur	Presentó observaciones y votó negativo el acuerdo.
Balboa Bank	Presentó observaciones.

Oídas las observaciones, se concedió la palabra a la deudora, quien se pronunció, aclaró algunos puntos y acogió algunas observaciones.

El Despacho ordenó un receso de quince minutos para verificar los ajustes hechos a la audiencia. Reanudada la audiencia, a las 11:31 a.m., el Despacho se refirió a la indexación, la cual debe hacerse en el momento del pago, de otra manera se establecería una sanción no prevista que es la postergación. El pago para que sea completo, en el momento en que se haga, debe dar cuenta de la depreciación acumulada de la moneda.

Adicionalmente, el Despacho se refirió a la fórmula de pagos establecida para

satisfacer la acreencia a favor de Leasing Corficolombiana S.A., y adujo que de acuerdo con la estructura de la norma, en particular los incisos 6 y 7 del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor que ha sido reconocido en el proceso como garantizado, tiene derecho a que su crédito se pague *"con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo"*. Es decir, tiene derecho a que se le pague antes, con independencia de si vota el acuerdo o no y si, en caso de votarlo, lo hace a favor o en contra.

Ahora, si el acreedor garantizado decide no solo votar el acuerdo a favor sino aceptar una prelación distinta a la prevista en el inciso sexto, tiene un derecho adicional: que se mejore la calificación de la deuda a su favor no garantizada, hasta el límite, por supuesto, del valor del bien en garantía. Esta extensión de beneficios a deudas no garantizadas, exige del acreedor el sacrificio del derecho que tiene a que se le pague antes que a los demás acreedores del acuerdo.

Según esto, entonces, es lícito que un acuerdo de reorganización prevea que el acreedor garantizado que lo votó a favor, obtenga la satisfacción de su crédito antes de que se les pague a los demás acreedores del acuerdo, por dos razones fundamentales: (I) si esto no fuera así, no tendría sentido el contenido del inciso séptimo, pues esta norma parte de la configuración de un supuesto de hecho complejo: que vote a favor y que acepte desmejorar su prelación. Si se entendiera que, por el hecho de votar a favor, pierde el acreedor garantizado su derecho de pago antes que a los demás, no tendría aplicación el inciso mencionado, porque no habría en realidad, como lo dice la norma, la opción de aceptar su desmejora para recalificar deuda no garantizada. Pero además, (II) no es razonable que el acreedor garantizado que decide concurrir al acuerdo de reorganización con su voto a favor, sea castigado al entender que ese voto a favor implica una renuncia a su derecho de pago como acreedor garantizado. Es decir, una decisión en este sentido comportaría un incentivo para los acreedores garantizados para no hacer parte de los acuerdos de reorganización, porque se verían mejor satisfechos por fuera del acuerdo que haciendo parte de él.

En el caso particular, este acreedor fue reconocido como garantizado y, en esa virtud, tendría derecho a que su crédito fuera pagado antes que a los demás acreedores del acuerdo de reorganización. Ya este Despacho ha elaborado sobre el particular y ha dicho que ese pago preferente al que tiene derecho no puede ser ejecutado al margen del interés concursal materializado en el acuerdo, esto es, sin consideración al contexto concursal. Ahora bien, en el caso particular, el acreedor garantizado obtendrá su pago en ejecución del acuerdo, y no en el orden que correspondería según su calificación previa sino de manera concomitante con los acreedores laborales, pero a pesar de esta morigeración, porque tendría derecho al

pago antes, no solicitó la ampliación de beneficios a deudas no garantizadas.

Así la cosas, no encontró el Despacho ningún obstáculo para que se mantuviera la estructura de pagos como fue aprobada por los acreedores en su votación, en consideración a que el acuerdo, como se dijo, es la materialización del interés concursal, de suerte que el esquema definido mal puede calificarse como contrario a dicho interés o en desmedro injusto de los demás acreedores.

El acuerdo definitivo que contiene los ajustes realizados fue aportado en audiencia.

(III) Confirmación del acuerdo de reorganización

El Despacho profirió el auto que confirma el acuerdo, del cual se transcribe la parte resolutiva:

Resuelve

Primero. Confirmar el acuerdo de reorganización.

Segundo. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares vigentes sobre los bienes del deudor y a órdenes de esta Superintendencia.

Tercero. Ordenar a través del Grupo de Apoyo Judicial el endoso a favor de la sociedad concursada y la entrega al representante legal o a quien designe, de los títulos de depósito judicial que estén a órdenes de este Despacho, los cuales serán precisados mediante Auto de cúmplase.

Cuarto. Ordenar la inscripción de la presente decisión en la Cámara de Comercio y demás autoridades que lo requieran.

Quinto. Expedir copia autenticada y con constancia de ejecutoria de la presente decisión con destino a las entidades y personas que lo requieran, así como del acuerdo y el acta.

Sexto. Ordenar a la promotora de la concursada, presentar el acuerdo de reorganización en el informe 34 denominado “síntesis del acuerdo”, el cual debe ser remitido vía internet y aportado en forma impresa. El aplicativo se puede obtener en el portal de internet de la Superintendencia de Sociedades, ingresando por el vínculo software para el envío de la información. Para tal efecto, se deben seguir las instrucciones para descargar e instalar STORM USER en su computador.

Séptimo. Remitir copia de esta providencia al Grupo de Acuerdos de Insolvencia en Ejecución de la Superintendencia de Sociedades para su correspondiente trámite.

Octavo. Otorgar al concursado, de conformidad con lo acordado por las partes, un plazo de treinta días para depurar y si el caso pagar las deudas por concepto de aportes a seguridad social reportadas en la audiencia por […]. La decisión quedó notificada y ejecutoriada en estrados.

(IV) Cierre

En firme la providencia, a las 11:40 a.m. se dio por terminada la audiencia, y en constancia firma quien la presidió.

Auto 400-008463 de 11 de Mayo de 2017	
Sujeto del proceso	Productos Químicos Panamericanos S.A.
Asunto	Ley 1676 de 2013 - Pago preferente

Consideraciones del despacho

1. En el contexto de la reorganización, la realización de las garantías mobiliarias fue concebida por el legislador de modo de hacer compatibles los intereses del acreedor garantizado con el propio del concurso[4], de modo de no se desquicie el procedimiento colectivo con la satisfacción del crédito garantizado, pero que se aseguren, en todo caso, las prerrogativas que la ley de garantías reconoce al acreedor de este tipo.

2. En este sentido, son varios los aspectos que se deben considerar y controlar respecto de los créditos con garantía mobiliaria en la reorganización, a saber:

a. Calificación del crédito como garantizado. En los proyectos de calificación y graduación de créditos debe darse cuenta de la naturaleza de los créditos garantizados, graduados en segunda o tercera clase según corresponda. En caso de que los proyectos no den cuenta de ello, es carga de los acreedores objetarlos para hacer valer la condición de deuda con garantía mobiliaria.

A la solicitud de reorganización debe adjuntarse, como anexo, una relación de los bienes de la compañía en concurso que hayan sido puestos en garantía de

4 En palabras de la Corte Constitucional, "El derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa: "El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum-", Sentencia C-620 de 2012. Sobre la noción de interés concursal y su función como criterio de orientación teleológica de la actuación de los sujetos concursales, incluido el operador, Cfr. Ignacio Tirado Martí, El «interés concursal» Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal, disponible en el siguiente enlace: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-30105501107_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Reflexiones_sobre_el_concepto

obligaciones, discriminados entre necesarios y no necesarios para la operación de la compañía. Este inventario es pasible de contradicción en relación con los siguientes aspectos: (I) si el bien fue dado o no en garantía; (II) si el bien relacionado es o no necesario para la operación; (III) si el valor asignado al bien en el inventario corresponde o no al real. Estas objeciones se resuelven junto con las que se propongan a la calificación y graduación, en la audiencia prevista en el artículo 30 de la Ley 1116 de 2006.

El juez debe verificar, para resolver las objeciones, los siguientes aspectos: (I) si el acreedor es, en efecto, garantizado al amparo de la Ley 1676 de 2013, para lo cual debe determinar, a su vez, que el negocio de garantía existe y es oponible, en los términos previstos para la existencia y oponibilidad del negocio de garantía en la citada ley (artículos 9 a 17); (II) el importe mismo del crédito amparado, es decir, si toda la deuda está cubierta por la garantía, y si el bien dado en garantía puede dar cuenta de toda la extensión del crédito para reconocer *"al acreedor garantizado el valor de la obligación como garantizada con los intereses inicialmente pactados hasta la fecha de celebración del acuerdo de reorganización y hasta el tope del valor del bien dado en garantía",* como lo indica el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013.

b. Ejecución o pago preferente del crédito garantizado. En firme la calificación del crédito como garantizado, y según lo que se haya definido sobre la necesariedad o no del bien en garantía, el acreedor puede optar, en caso de que se trate de un bien no necesario, por la ejecución de su garantía, previa autorización del juez del concurso y con algunas consideraciones particulares[5]; si se trata de un bien necesario, el acreedor puede pedir el pago preferente de su deuda o puede votar positivamente y someterse al acuerdo de reorganización, caso este último en el que tendría derecho a mejorar la posición de pago de deudas a su favor, distintas a las garantizadas, que le hayan sido reconocidas en el concurso, como lo indica el inciso 7 del artículo 50 de la ley de garantías. En suma, si el bien es necesario, no es viable la ejecución de la garantía, de manera que el acreedor debe escoger entre ser parte del acuerdo o pedir el pago preferente de su deuda.

3. Ahora bien, la norma no define qué es o en qué consiste el pago preferente. La norma se contrae a indicar que la preferencia es en relación con los acreedores que hacen parte del acuerdo, de manera que su pago no está sujeto al convenio concursal. Según el inciso 6 del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013, *"el acreedor garantizado tendrá derecho a que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo".*

---

5 Vid. Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto de 4 de abril de 2017, proferido en audiencia de resolución de objeciones en el proceso de Everfit S.A., (Acta 400-000708 de 18 de abril de 2017).

4. De otro lado, el Decreto 1835 de 2015, recogido en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, dispone, para el pago a los acreedores garantizados con bienes necesarios que no votaron o votaron en contra del acuerdo, que tienen derecho *"a que se pague inmediatamente su obligación garantizada con preferencia respecto del bien en garantía"* (artículo 2.2.2.4.2.37). Como se ve, el reglamento adicionó a la preferencia en el pago, la condición de ser inmediato, de suerte que corresponde a este operador armonizar dichas normas para una aplicación eficaz y concordante de los postulados de los dos estatutos, el concursal y el de garantías.

5. ¿Cómo se materializa, entonces, el derecho al pago preferente al acreedor garantizado? Las opciones hermenéuticas que emergen, frente a esta situación, son las siguientes: una vez confirmado el acuerdo y autorizado el pago por el juez, (I) que se pague al acreedor garantizado de manera inmediata y preferente respecto de todos los acreedores concursales, una vez confirmado el acuerdo y autorizado el pago; b) que se pague al acreedor garantizado de manera preferente respecto de todos los acreedores concursales, es decir, antes de empezar a pagar las deudas calificadas; c) que se pague al acreedor garantizado de manera preferente respecto de los acreedores de la clase en que fue graduado, es decir, antes de empezar los pagos a segunda o tercera clase.

6. Estima este Despacho que la interpretación que mejor consulta los intereses comprometidos, que son los del acreedor, los del deudor, los de los demás acreedores y los del concurso, es la segunda, que permite al acreedor garantizado ser satisfecho una vez confirmado el acuerdo del que no participó, de manera preferente, antes de empezar a pagar los créditos calificados y graduados de primera clase o al menos sin afectar su pago, por las razones que enseguida se desarrollan.

7. El concurso de acreedores *"modifica las relaciones obligacionales entre el deudor y el resto de sus acreedores (sic), habida cuenta que (sic) en tanto se negocia el acuerdo y ejecuta lo convenido, uno y otro (sic) están obligados a proceder del modo y de la forma acordada sin considerar las condiciones crediticias inicialmente pactadas en aras de lograr una solución que incluya todas las acreencias insatisfechas. En consecuencia las ejecuciones individuales en curso se suspenden y la iniciación de las pendientes se aplaza[6]"*. En otras palabras, la situación concursal del deudor relativiza inmediata y directamente los derechos de los acreedores, quienes quedan afectos al procedimiento en virtud del principio de universalidad.[7]

---

6 Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2002.

7 Este principio, por lo demás, no solo no fue afectado por la ley de garantías, sino reafirmado por ella, cuando indica que no puede promoverse ni continuarse ninguna ejecución o proceso de cobro de cualquier índole en contra del deudor, respecto de bienes necesarios (artículo 50, inciso 1, ley 1676 de 2013).

8. La Ley 1116 de 2006 incorpora normas que desarrollan el principio de universalidad en sus dos vertientes, la objetiva y la subjetiva. De un lado, no permite al deudor disponer libremente de bienes distintos a los que negocia en el giro ordinario de su actividad mercantil y, de otra parte, los acreedores no pueden procurar el cobro de sus deudas por fuera del concurso o sin someterse al mismo.

9. Con todo, el régimen concursal prevé algunas excepciones al tratamiento general a los acreedores y respecto de la disposición de bienes al margen de las reglas generales de la reorganización, como ocurre con (I) la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por bienes objeto de titularización a través del mercado público de valores, o sean parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores[8], y (II) las retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores y aportes a seguridad social.[9] Además, en virtud de la distinción de las obligaciones entre concursales y nacidas después de iniciado el proceso, el artículo 71 del estatuto de insolvencia permite que estas últimas se paguen de manera corriente, es decir, a su vencimiento.

10. La universalidad concursal, también se refleja en la norma relativa a los acuerdos de reorganización, según la cual *"Las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la Ley"*[10]. Esto significa que una vez calificado y graduado un crédito, adquiere el derecho su titular para que en el acuerdo se pacten la forma y término en que el deudor pagará su obligación, respetando, desde luego, la prelación legal.

11. Para la Corte Constitucional, con la Ley 1676 de 2013, *"con el propósito de "incrementar el acceso al crédito", se amplían los bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía y se simplifica la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de la garantía"*[11], finalidad ciertamente encomiable que, en todo caso, debe ser armonizada con las normas de insolvencia, porque aunque la ley de 2013 no derogó la prelación legal de créditos de Código Civil, *"si creó una nueva especie de acreedor, le asignó un régimen diferenciado y mejoró su expectativa de satisfacción del crédito a través del reconocimiento de una preferencia especial, es decir, relativa a un bien o derecho determinado o determinable, que es, precisamente, aquel sobre el cual recae la garantía"*.[12]

8 Ley 1116 de 2006, artículo 17, inciso 5.
9 Ley 1429 de 2010, artículo 32.
10 Ley 1116 de 2006, artículo 34.
11 Corte Constitucional, Sentencia C-447 de 2015
12 Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto de 30

Pero este tratamiento especial rompe, en principio, la regla de generalidad del acuerdo, porque permite un pago especial al acreedor garantizado con bien necesario que no participó del acuerdo, pese a haber quedado sujeto al concurso desde su inicio porque (I) el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 impide promover o continuar con la ejecución de la garantía, y (II) en virtud de la paralización de su derecho individual de cobro, queda sujeto a la calificación y graduación de créditos en igualdad de condiciones a todos los acreedores vinculados al concurso. Es decir, la ley de garantías mobiliarias respeta el principio de universalidad concursal cuando al crédito especial garantizado lo somete al proceso de verificación y determinación de la masa pasiva sujeta al proceso de reorganización, pero permite un tratamiento especial para el pago al acreedor garantizado, quien además tampoco queda sujeto a las mayorías del acuerdo.[13] Por tanto, es clara la naturaleza excepcional de esta clase de acreedores que, no obstante ser calificados y graduados como todos los demás, su satisfacción no se rige por los términos del acuerdo.

12. Ahora bien, si como lo ha dicho este Despacho, la ejecución de una garantía sobre bien no necesario no puede ser inopinada sino consecuente con el contexto concursal, menos puede serlo el pago preferente. En efecto, el reglamento indica que es carga del promotor velar porque la ejecución de la garantía se haga en *"el mejor interés del proceso de reorganización"*,[14] consideración que, a fortiori, debe ser tenida respecto del pago preferente al acreedor garantizado, como solución propiamente concursal que es. En suma, en sede de reorganización empresarial ni la ejecución de la garantía ni el pago preferente pueden promoverse de forma desarticulada y sin reparar en los demás intereses en juego, en especial el interés concursal.

13. Así, ni la ejecución de la garantía ni el pago preferente pueden afectar la preservación empresarial. La jurisprudencia tiene dicho que *"los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no solo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades*

---

de diciembre de 2015, proferido en audiencia de resolución de objeciones en el proceso de Daniel Fernando Arenas, (Acta 400-000359 de 19 de febrero de 2016.

13 Decreto Único 1074 de 2015, artículo 2.2.2.4.2.37. inciso octavo: "se exceptúan de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1116 de 2006 los acreedores garantizados con bienes muebles o inmuebles que no voten o voten negativamente el acuerdo de reorganización. En consecuencia, no se les podrán imponer las condiciones de pago por decisión de la mayoría que voto afirmativamente el acuerdo de reorganización".

14 Decreto Único 1074 de 2015, artículo 2.2.2.4.2.33.

transitorias de afugias (sic) económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad".[15]

También ha resaltado la Corte Constitucional que *"la legislación de insolvencia, especialmente la desarrollada en la ley 1116 de 2006, "ha pasado de ser un mero instrumento para el pago ordenado de los pasivos del deudor a convertirse en una herramienta para la protección de la empresa que se encuentra en una situación de insolvencia y que busca su preservación, permitiéndole continuar con el ejercicio de sus actividades económicas"*.[16]

14. Ahora bien, es claro que el juez no puede dejar de lado la prelación legal de créditos que, como se dijo, no fue alterada por la ley de garantías mobiliarias, y en consecuencia el tratamiento preferencial de los acreedores garantizados con bienes necesarios que no participan en el acuerdo debe armonizarse con las expectativas de los acreedores calificados. Esto, como se anticipó, no quiere decir que se deban pagar primero estos y luego los garantizados, pero sí que el pago de los garantizados debe darse sin que se afecte irremisiblemente el flujo de caja destinado al pago del pasivo con mejor derecho, sin perjuicio de la carga del deudor de anticipar estas contingencias desde el momento mismo en que formula su solicitud de admisión al proceso y aporta el inventario de bienes en garantía, distinguiendo bienes necesarios de los no necesarios, pues es evidente que el deudor, cuando califica un bien como necesario, sabe que esa decisión, si se mantiene, implica para él un esfuerzo adicional de pago para atender dicho crédito antes de empezar a pagar las deudas reorganizadas.

15. En virtud de lo anterior, corresponde al juez, conforme a los postulados de los artículos 30 y 32 del Código Civil, que permiten apelar al contexto normativo y a la equidad como criterios de interpretación de la ley, determinar en cada caso en concreto la eficacia del derecho al pago preferente, bajo la premisa de que, en todo caso, dicho pago debe verificarse antes de que se empiecen a pagar las deudas contenidas en el acuerdo. Esto podría suponer, por ejemplo, que se deba ajustar el flujo de caja incorporado al acuerdo o modificar el plan de pagos. Lo importante es que la eficacia de los derechos del acreedor garantizado no comprometa el propósito de recuperación empresarial, pero que este tampoco avasalle al acreedor garantizado cuyos privilegios especiales tienen venero legal.

16. Hechas estas precisiones, corresponde ahora definir la situación en el caso concreto del Banco de Bogotá en el proceso de reorganización de Productos Químicos Panamericanos S.A. Este acreedor fue reconocido como titular de un crédito

15 Corte Constitucional, Sentencia C-854 de 2005.
16 Corte Constitucional, Sentencia C-527 de 2013.

garantizado, en segunda clase, por valor de $1.728.928.804, que corresponden a capital más intereses causados a la fecha de apertura del proceso. Este acreedor no votó afirmativamente el acuerdo y solicitó el pago preferente. Los bienes sujetos a la garantía, conforme la descripción contenida en el formulario de registro de garantías, son elementos como azufre, alúmina, tripolifosfato, sulfato de sodio y detergente en polvo. Se trata de bienes necesarios para la actividad económica del deudor, quien no objetó esta calificación.

17. Revisados los documentos aportados por el acreedor, se observa en la copia del pagaré que la obligación principal de pago fue pactada por instalamentos: la primera cuota con vencimiento el 26 de marzo de 2017, y la última el 26 de diciembre de 2021. Como se ve, se trata de una modalidad crediticia respecto de la cual la ley de garantías prevé un tratamiento especial, pues el artículo 50, inciso 6, dispone que el pago se realizará en el plazo inicialmente pactado y siempre y cuando se pague el monto que estuviera vencido a la apertura del proceso de reorganización, es decir, no hay aceleración o extinción del plazo. El artículo 2.2.2.4.2.39 del Decreto Único 1074 de 2015 dispone, en refuerzo de lo previsto en la ley, que las obligaciones pactadas a plazos que no estuvieren incumplidas en el momento de inicio del proceso de reorganización[17], no se harán exigibles por efecto del inicio del proceso y se pagarán en los términos originariamente pactados.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Autorizar el pago preferente del crédito garantizado al Banco de Bogotá S.A, en las fechas prefijadas con la deudora, y hasta el límite efectivamente calificado como tal.

Segundo. Ordenar al representante legal que acredite dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este auto, el pago de las cuotas pactadas y vencidas del crédito garantizado a favor del Banco de Bogotá, a partir del 26 de marzo de 2017.

17 Dice la norma “Si el acreedor garantizado tuviere una obligación pactada a plazo, el pago se realizará en el plazo originalmente pactado y siempre y cuando se pague el monto vencido con anterioridad a la apertura del proceso de reorganización”.

Auto proferido en audiencia Acta 400-000776 de 27 de Abril de 2017	
Sujeto del proceso	Ssangyong Motor Colombia S.A.
Asunto	Garantías mobiliarias, requisitos de constitución, existencia y oponibilidad.

Audiencia de resolución de objeciones

Fecha	28 de marzo de 2017
Hora	2:30 p.m.
Convocatoria	Auto 400-006246 de 21 de marzo de 2017
Lugar	Superintendencia de Sociedades en videoconferencia en la Intendencia Regional de Cali.
Sujeto del Proceso	Ssangyong Motor Colombia S.A.
Promotor	Eduardo Sardi Aparicio
Expediente	60099

Objeto de la audiencia

Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.

Estructura de la audiencia

(I) Instalación
(II) Desarrollo
a. Cuestiones previas
b. Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.
(III) Cierre

(I) Instalación

Preside esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, quien advierte que se anexa al acta la lista de asistencia a la audiencia y el CD que contempla todo el desarrollo de la misma.

(II) Desarrollo
a. Cuestiones previas

"Resuelve

Desestimar la solicitud presentada en memorial de 23 de febrero de 2017.

Notifíquese,"

La apoderada de la deudora presentó solicitud de aclaración y preguntó si era posible que si los acreedores estaban de acuerdo las obligaciones se pagaran en pesos. El Despacho rechazó la solicitud por improcedente, toda vez que no se trataba de la solicitud de aclaración que regula el Código General del Proceso, pues solo procede cuando hay verdaderos motivos de duda en la parte resolutiva o en la parte considerativa que tengan influencia en la decisión. La apoderada en realidad estaba haciendo una pregunta al Despacho.

b. Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto

AUTO
Superintendencia de sociedades

I. Antecedentes

1. La Superintendencia de Sociedades mediante Auto 400-002274 de 12 de febrero de 2016, admitió a la sociedad al proceso de reorganización.

2. El 13 de abril de 2016 (2016-03-006331), el representante legal con funciones de promotor de la sociedad, remitió a esta Superintendencia los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1116 de 2006.

3. De los proyectos se corrió traslado del 10 al 16 de mayo de 2016, en los términos del artículo 36 de Ley 1429 de 2010, término dentro del cual se presentaron las siguientes objeciones:

N° de radicación	Objetante
2016-01-271276	Fiduciaria Colpatria S.A., vocera del patrimonio autónomo FC-Clave 2000

2016-01-270039	Banco Corpbanca S.A.
2016-01-270028	Helm Bank Panamá S.A.
2016-03-008841	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN
2016-03-008854	Banco de Bogotá S.A.
2016-01-275433	Banco de Occidente S.A.

4. De las objeciones presentadas se corrió traslado del 20 al 24 de mayo de 2016 término dentro del cual los interesados hicieron los pronunciamientos del caso.

5. Mediante Auto 430-008947 de 08 de junio de 2016, este Despacho requirió al representante legal con funciones de promotor de la sociedad en concurso para que vencido el término de la etapa de conciliación definida en el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, allegaran el informe de la misma.

6. Mediante memorial de 8 de junio de 2016 (2016-03-009969), el representante legal con funciones de promotor de la sociedad presentó el resultado de la etapa de conciliación.

7. Mediante Auto 400-005939 de 9 de marzo de 2017, este Despacho se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento de personerías, tuvo como pruebas las documentales que reposan en el expediente de proceso concursal y las presentadas con los escritos de objeciones.

8. Mediante Auto 400-006246 de 21 de marzo de 2017, se convocó a audiencia de resolución de objeciones para el día 28 de marzo de 2017 desde las 2:30 p.m.

II. Consideraciones del despacho
a. Objeciones conciliadas

El Despacho, en ejercicio del control de legalidad que le asiste, considera procedente aceptar las siguientes conciliaciones celebradas entre la sociedad en concurso y algunos de sus acreedores. En consecuencia, deberán realizarse los ajustes correspondientes en el sentido indicado en audiencia.

En seguida, el juez del concurso abordó el pronunciamiento pendiente respecto de respecto de la solicitud de pago preferente efectuada por varios acreedores de la concursada. Para iniciar, precisó que la ley de garantías mobiliarias y su decreto reglamentario tienen previsto que la etapa procesal para que se resuelva este tipo de solicitudes es una vez esté en firme la confirmación del acuerdo de reorganización.

En este caso en particular, el Despacho hizo un pronunciamiento previo, en atención a la condición en la cual comparecieron estos acreedores al concurso. Es decir, si son o no reconocidos como acreedores garantizados, lo que les abriría la puerta a la opción del pago preferente.

Banco de Bogotá S.A., y Banco de Occidente S.A., pidieron reconocimiento como acreedores garantizados conforme la Ley 1676 de 2013, además del reconocimiento de intereses previsto artículo 50 de la misma ley, como el pago preferente en el caso que los bienes sobre los cuales recae la garantía, sean necesarios para el desarrollo del objeto social de la concursada.

De las solicitudes de pago preferente presentadas por Banco de Bogotá S.A. y Banco de Occidente S.A. se corrió traslado del 12 al 26 de julio de 2016, término durante el cual no hubo pronunciamiento.

Para efectos de resolver lo referente a las solicitudes de pago preferente, debe determinarse si dichas entidades tienen la calidad de acreedores garantizados en los términos de la Ley 1676 de 2013 y si el bien objeto de garantía es necesario, para luego pronunciarse si estudiar la viabilidad del pago preferente y el reconocimiento de los intereses.

En ese sentido, para tener la condición de acreedor garantizado y reclamar los beneficios que se nacen de dicha calidad, debe darse cumplimiento de los requisitos de constitución y existencia, y oponibilidad de la garantía mobiliaria.

a. En cuanto a la constitución, la garantía puede surgir por ministerio de la ley o por contrato, caso este último en el cual debe constar por escrito, es decir, que para su perfeccionamiento se requiere de una solemnidad de fuente legal.

Además, el contrato debe incluir un contenido mínimo previsto en el artículo 14 de la ley de garantías; requisitos que no pueden obviarse por tratarse de una solemnidad probatoria.

b. Respecto de los requisitos de oponibilidad, el artículo 21 de la ley de garantías se refiere a la inscripción en el registro; a la entrega de la tenencia; o al control de los bienes en garantía por parte del acreedor garantizado o a un tercero designado por este. Hechas estas precisiones, se estudiará la situación jurídica de cada entidad financiera.

Banco de Bogotá S.A.
Frente a la constitución y existencia de la garantía

1. Se aportaron los siguientes documentos: a) Pagaré original de la obligación 1000099144 suscrito el 28 de octubre de 2015, b) Pagaré original de la obligación 1000095340 suscrito el 27 de marzo de 2015, c) Solicitud original formato IN-233-1 por emisión de carta de crédito de 23 de diciembre de 2014, d) Comunicaciones de 5 de febrero y 2 de marzo de 2015 relacionadas con las carta de crédito No. 100742141764100 y sus respectivos anexos (facturas y conocimientos de embarque) en inglés.

2. En este caso, como la garantía mobiliaria surgió por autonomía de la voluntad privada para efectos de demostrar la existencia de la misma se hace relevante la exhibición el contrato con el contenido mínimo prescrito en el artículo 14 de la Ley 1676 de 2013.

3. Conforme lo anterior, a los documentos remitidos no se les puede atribuir el carácter de contratos de garantía mobiliaria, pues si bien constan por escrito, no reúnen las demás requisitos mencionados en el estatuto.

4. Adicionalmente, las copias de las facturas y conocimientos de embarque no pueden ser apreciadas por haberse aportado en idioma distinto al castellano y sin la traducción que exige el artículo 260 del Código General del Proceso.

Pero, además, en lo referente a la oponibilidad, aun cuando no se demostró la existencia de la garantía, se deja constancia que tampoco se allegó prueba de la inscripción de la misma en el registro de garantías mobiliarias y, en consecuencia, no puede reconocerse a Banco de Bogotá S.A., como acreedor garantizado.

Banco de Occidente S.A.
Frente a la constitución y existencia de la garantía

Se aportaron los siguientes documentos: a) Copia autentica del pagaré sin número suscrito el 31 de marzo de 2015, b) Copia autentica del contrato de retención de 2 de marzo de 2007, c) Copia simple de facturas y conocimientos de embarques en inglés, d) Copia auténtica del contrato de retención suscrito entre la deudora y Banco de Occidente S.A., el 2 de marzo de 2007, d) Formulario de registro de modificación de 13 de febrero de 2016, y e) Certificado de garantía mobiliaria de 2 de febrero de 2016.

Conforme a los planteamientos ya hechos, se observa que el contrato de retención allegado cumple con los requisitos del artículo 14 de la Ley 1676 de 2013, es decir, se indican a) Nombres, identificación y firmas de los contratantes, b) El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria, c) La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía, y d) Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes, futuras o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación. Además, el artículo 3 de la ley de garantías, prevé que el derecho de retención debe considerarse como una garantía mobiliaria y, en consecuencia, se le aplican las normas allí establecidas.

En cuanto a la oponibilidad

Se aportó un certificado de garantía mobiliaria en el cual se observa que se registró el 2 de febrero de 2016. En lo respectivo a la información sobre los bienes en garantía, lo pertinente del contrato de retención. No obstante lo anterior, conforme lo dispuesto en los artículos 84 y 85 de la Ley 1676 de 2013, el régimen de garantías mobiliarias opera respecto de las garantías constituidas bajo su vigencia, así como a las preexistentes, dando a estas últimas una "*ventana de oportunidad preclusiva" de seis (6) meses para inscribirla, esto es, del 21 de febrero al 21 de agosto de 2014*.[18]

De forma que si no se inscribió dentro de este término, no pueden ejercerse los derechos previstos en la Ley 1676 de 2013, pero sí aplican las normas relativas a la prelación de la garantía que opera por ministerio de la ley. En este caso, el contrato de retención fue suscrito el 2 de marzo de 2007, conforme el certificado de registro de garantía mobiliaria, esta se registró el 2 de febrero de 2016 y como quiera que se trata de una garantía preexistente, debió surtirse esta inscripción hasta el 21 de agosto de 2014, lo que no sucedió.

De igual forma, los argumentos indicados anteriormente frente a la objeción de Banco de Bogotá S.A., también se aplican en este caso, pues el representante legal con funciones de promotor no le desconoció la calidad de acreedor garantizado en virtud de un contrato de garantía y de ahí, su reconocimiento en segunda clase, situación que también se presentó respecto del Banco de Occidente.

Esto no fue puesto en discusión. Por lo tanto, estos dos acreedores estaban relevados de probar situación contraria o de acreditar dicha graduación. En consecuencia, tanto a Banco de Bogotá como a Banco de Occidente S.A., se les reconocerán como titulares de créditos en segunda clase y por las cuantías que fueron conciliadas.

18 Acta 400-000359 de 19 de febrero de 2016.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos de Insolvencia

Resuelve

Primero. Aceptar las conciliaciones realizadas por la sociedad en concurso sobre las objeciones presentadas por Fiduciaria Colpatria S.A., -vocera del patrimonio autónomo FC-Clave 2000-, Banco Corpbanca S.A., Helm Bank Panamá S.A., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, y parcialmente sobre las objeciones presentadas por Banco de Bogotá S.A., y Banco de Occidente S.A.

Segundo. Desestimar parcialmente las objeciones presentadas por Banco de Bogotá S.A., y Banco de Occidente S.A.

Tercero. Aprobar el proyecto de calificación y graduación de créditos y el de determinación de derechos de voto, presentados por el promotor de la sociedad en concurso ajustados conforme a lo resuelto en esta providencia.

Cuarto. Ordenar al promotor de la deudora diligenciar el informe 32 denominado calificación y graduación de créditos y derecho de voto, el cual debe ser remitido vía internet. El aplicativo se puede obtener en el portal de internet de la Superintendencia de Sociedades http//www.supersociedades.gov.co ingresando por el vínculo software para el envío de la información. Para tal efecto, se deben seguir las instrucciones para descargar e instalar Storm User en su computador.

Quinto. Ordenar al representante legal de la deudora enviar en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, los comprobantes de contabilidad suscritos conjuntamente por el contador y revisor fiscal que se deriven de los ajustes que haya que efectuar a la contabilidad como consecuencia de las decisiones adoptadas en esta providencia.

Sexto. Advertir que de acuerdo con lo señalado en los artículos 30 y 31 de la Ley 1116 de 2006 reformados respectivamente por los artículos 37 y 38 de la Ley 1429 de 2010, a partir de la ejecutoria de esta providencia comienza a correr el término para la celebración del acuerdo de reorganización, el cual será de cuatro (4) meses, sin perjuicio de que las partes puedan celebrarlo en un término inferior.

Séptimo. Dentro de dicho término el acuerdo debe llegar votado con las mayorías exigidas en la ley, incluso, con las mayorías especiales en caso de ser requeridas y con la pluralidad de categorías exigidas en el artículo 31 de la ley 1116 de 2006.

Octavo. Con la presentación del acuerdo se requiere un anexo separado donde

se detallen: a) los acreedores que en los términos del artículo 32 de la Ley 1116 de 2006 forman parte de una organización empresarial b) los acreedores que en los términos del parágrafo 2º del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 se encuentren relacionados con el deudor, c) los acreedores que en los términos del artículo 24 de la Ley 1116 se encuentren vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes d) el flujo de caja proyectado y e) el plan de negocios.

Noveno. Ordenar al promotor de la concursada, que para efectos de presentar el acuerdo de reorganización debe diligenciar el informe 34 denominado “síntesis del acuerdo”, el cual debe ser remitido vía internet y aportado en forma impresa.

La decisión es notificada en estrados

Intervino la apoderada de Banco de Bogotá S.A., aclarando que el valor de las obligaciones conciliadas ya estaban ajustadas con las autorizaciones proferidas por el Despacho; en pesos se adeuda la suma de COP $305.082.330 y USD $825.985 que a la TRM de 14 de febrero es la suma de COP $2.816.460.173, para un total de COP $3.121.542.503.

El Despacho precisó que los valores indicados son los que debe tener en cuenta el representante legal con funciones de promotor para ajustar los proyectos.

La apoderada de la deudora interpuso recurso de reposición contra la decisión proferida frente a la objeción interpuesta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ya que la renta 2011 por la suma de $4.309.367.000 no es un acto administrativo en firme, puesto que está demandando en nulidad y restablecimiento el 22 de septiembre de 2016 ante el Tribunal Administrativo y por ello debe reconocerse como litigioso.

Del anterior recurso de reposición se corrió traslado, y no hubo manifestación alguna.

El Despacho considera que el hecho que los actos administrativos hayan sido demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa no quiere decir que no están en firme. Los actos administrativos no solo se presumen válidos sino que tienen una presunción de acierto hasta que el juez competente los suspenda o los excluya del ordenamiento jurídico, por lo tanto, la existencia de esta acción no le resta firmeza y para efectos concursales, ello es plena prueba de la certeza del crédito.

No habiendo más asuntos que tratar, mediante providencia proferida y notificada en estrados, la misma quedó ejecutoriada en audiencia.

Cierre

En firme la providencia, a las 3:15 p.m., se da por terminada la audiencia, y en constancia firma quien la presidió.

Auto proferido en audiencia Acta 400-000708 de 18 de Abril de 2017	
Sujeto del proceso	Everfit S.A.
Asunto	Clasificación correcta de acreedores garantizados con fiducias mercantiles y ejecución de garantías mobiliarias.

Audiencia de resolución de objeciones

Fecha	4 de abril de 2017
Hora	9:00 a.m.
Convocatoria	Auto 400-005335 del 1 de marzo de 2017
Lugar	Superintendencia de sociedades en videoconferencia con la intendencia regional de medellín.
Sujeto del proceso	Everfit s.a.
Promotor	Representante legal / Juan Sebastián Arango Giraldo
Expediente	53

Objeto de la audiencia

Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.

Estructura de la audiencia

(I) Instalación
(II) Desarrollo
a. Resolución de objeciones, aprobación del inventario de bienes y de los proyectos de la calificación, graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.
b. Resuelve ejecución de garantía real a favor del Banco Corpbanca S.A.
(III) Cierre

(I) Instalación

Preside la audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia.

El Despacho advierte que se anexa al acta la lista de asistencia a la audiencia y el

CD que contempla todo el desarrollo de la misma. De igual forma, se informa que el acta solo tendrá la parte resolutiva de la providencia que profiera en la audiencia (art 107 de C.G.P.).

(II) Desarrollo

a. Resolución de objeciones, aprobación del inventario de bienes en garantía y los proyectos de calificación, graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.

AUTO
Superintendencia de sociedades

I. Antecedentes

1. Mediante Auto 400-011560 de 29 de julio de 2016, se admitió la sociedad al proceso de reorganización.

2. El 8 de noviembre de 2016, mediante memorial 2016-02-024295, el representante legal con funciones de promotor remitió los proyectos de calificación, graduación de créditos y asignación de derechos de voto.

3. De los proyectos se corrió el traslado del 2 al 9 de diciembre de 2016, término dentro del cual se presentaron objeciones.

4. De las objeciones se corrió traslado del 16 al 20 de diciembre de 2016, término dentro del cual no hubo manifestación de la concursada ni los acreedores.

5. Vencido el término para conciliar las objeciones, la deudora no presentó el informe conciliatorio a pesar de requerirse por auto 430-006438 del 27 de marzo de 2017. No obstante, en memorial 2017-02-004329 del 31 de marzo de 2017 el representante legal se allanó a las objeciones propuestas por Bancolombia S.A. y Banco Corpbanca S.A.; de igual forma aportó las conciliaciones respecto de Coltefinanciera S.A. y Empresas Públicas de Medellín E.S.P.S.A.

6. En consecuencia, las objeciones que deben ser resueltas por este operador jurídico son:

Radicación	Objetante	No conciliada
2016-02-026021	Trims Depot S.A.S.	x

2016-02-021040	Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S.	x
2016-01-576692	Corredores Davivienda S.A.	x
2016-03-024147	Municipio de Santiago de Cali.	x

7. A través de memoriales 2016-02-018074 y 2016-02-021014 del 12 de agosto y 21 de septiembre de 2016 se presentó el inventario valorado de activos garantizados. Del inventario valorado se corrió traslado del 16 al 20 de diciembre de 2016 y dentro del término no se presentó objeción alguna.

8. El Despacho mediante Auto 430-000028 de 2 de enero de 2017, resolvió sobre las pruebas que serían valoradas en este trámite.

a. Objeciones respecto de las cuales hubo allanamiento

Bancolombia S.A.

Este acreedor solicitó la inclusión de su crédito al interior de la quinta clase por un valor de $4.889.040.797. El representante legal con funciones de promotor se allanó al valor solicitado, y el Despacho lo acepta de manera que debe quedar calificado por dicho valor y en quinta clase.

Banco Corpbanca S.A.

1. Mediante memorial solicitó el reconocimiento de sus créditos como acreedor garantizado bajo los parámetros de la Ley 1676 de 2013 y por valor de $5.026.599.609, incluido intereses, soportado en el pagaré original No. 900070347 y garantizado con un fideicomiso en garantía denominado “Finca El Recreo”, sobre el cual se otorgaron 2 certificados de garantía con su respectivo registro de garantías mobiliarias así:

Certificado de garantía	Monto garantizado	Fecha de registro en Confecámaras
No 001 del 2 de julio de 2015	3.000.000.000	14 de octubre de 2015
No 002 del 14 de diciembre de 2015	2.500.000.000	21 de octubre de 2016

2. La concursada graduó en primera clase y se allanó a la cuantía reclamada, no obstante, en ejercicio del control de legalidad y de conformidad con el artículo 132

del C.G.P., esta Superintendencia observa que:

Al interior de los proyectos se incluyó como acreedor garantizado dentro de la primera clase, circunstancia que es incompatible con el régimen concursal, pues de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1116 de 2006 los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, según con la naturaleza de los bienes Fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo. De manera que bajo ningún supuesto puede considerarse que un acreedor garantizado pueda quedar graduado en primera clase.

En consecuencia, se ordena al representante legal con funciones de promotor, calificar, graduar y otorgar derechos de voto como un crédito garantizado de tercera clase por $5.026.599.609, toda vez que este acreedor tiene derechos fiduciarios dentro del patrimonio autónomo “Finca el recreo”. Lo anterior se funda en el contenido de los certificados de garantía expedidos por alianza fiduciaria y que constan a folios 61 y 70 del cuaderno de objeciones No 1.

(…)

En mérito de lo expuesto el Superintendente Delegado para procedimientos de Insolvencia,

“**Resuelve**

Primero. Aceptar el allanamiento a favor de Bancolombia S.A.

Segundo. Aceptar parcialmente el allanamiento a favor del Banco Corpbanca S.A. bajo el entendido de calificar, graduar y otorgar derechos de voto dentro de la tercera clase como crédito garantizado, junto con los intereses por un monto de $5.026.599.609.

Tercero. Aceptar las conciliaciones suscritas entre E.P.M E.S.P.S.A. y Coltefinanciera S.A.
Cuarto. Estimar las objeciones propuestas por Trims Depot S.A.S., Corredores Davivienda S.A., Municipio Santiago de Cali, Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S., y DIAN parcialmente.

Quinto. Aprobar los proyectos de calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto ajustada conforme a lo resuelto en la presente audiencia

Sexto. Ordenar al representante legal con funciones de promotor presentar la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto conforme lo aquí decidido, documentos que hacen parte integral del acta de la audiencia, y diligenciar el informe 32 denominado “calificación y graduación de créditos y derecho de voto”, el cual debe ser remitido vía internet.

Séptimo. Ordenar al representante legal de la deudora enviar en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, los comprobantes de contabilidad suscritos conjuntamente por el contador y revisor fiscal que se deriven de los ajustes que haya que efectuar a la contabilidad como consecuencia de las decisiones adoptadas en esta providencia.

Octavo. Advertir que de acuerdo con lo señalado en los artículos 30 y 31 de la Ley 1116 de 2006 reformados respectivamente por los artículos 37 y 38 de la Ley 1429 de 2010, a partir de la ejecutoria de esta providencia comienza a correr el término para la celebración del acuerdo de reorganización, el cual será de cuatro (4) meses, sin perjuicio de que las partes puedan celebrarlo en un término inferior.

Noveno. Dentro de dicho término, el acuerdo debe llegar votado con las mayorías exigidas en la ley, incluso con las mayorías especiales en caso de ser requeridas y con la pluralidad de categorías exigidas en el artículo 31 de la ley 1116 de 2006.

Décimo. Con la presentación del acuerdo se requiere un anexo separado donde se detallen: a) los acreedores que en los términos del artículo 32 de la Ley 1116 de 2006 forman parte de una organización empresarial b) los acreedores que en los términos del parágrafo 2º del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 se encuentren relacionados con el deudor, c) los acreedores que en los términos del artículo 24 de la Ley 1116 se encuentren vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes d) el flujo de caja proyectado y e) el plan de negocios.

Décimo primero. Advertir al representante legal que para la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización, deberá acreditar que se encuentra al día con todos los gastos de administración y los correspondientes a aportes a seguridad social, descuentos efectuados a trabajadores y retenciones de carácter obligatorio a favor de entidades fiscales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 32 de la ley 1429 de 2010.

Décimo segundo. Ordenar a la sociedad deudora remitir dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la remisión de los estados financieros, bajo el nuevo marco normativo de la Ley 1314 de 2009 y sus decretos reglamentarios”.

La presente providencia se notificó por estrados”.

La providencia en mención fue objeto de recurso de reposición por parte del Banco Corpbanca S.A. y la concursada en los siguientes términos:

1. Libardo Madrigal en sustitución de la apoderada principal del Banco Corpbanca S.A., interpuso recurso bajo el entendido de que el Despacho debe incluir su crédito como acreedor garantizado con garantía mobiliaria de conformidad con el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013.

En traslado el recurso, la empresa deudora se allana a lo solicitado.

2. La concursada interpone recurso toda vez que la acreedora Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. concilió sus acreencias el día 3 de abril de 2017 por $972.877.639., suma que deberá incluirse al interior de los proyectos como de cuarta clase.

> Agrega, que en la solicitud de admisión al proceso de reorganización se relacionaron unas cuentas por pagar a favor de terceros que ya no se encuentran a cargo de la sociedad en concurso, bajo ese entendido, solicita al Despacho que autorice la exclusión de estos.
>
> Teniendo en cuenta la solicitud de exclusión, esta Superintendencia advirtió que dicha circunstancia no se trata de un recurso, por el contrario, obedecen a un ajuste que deberá ser elevado ante esta Entidad para ser resuelto en auto separado.

3. El Despacho procedió a resolver los recursos en los siguientes términos:

> a. En relación con el Banco Corpbanca, el alcance que dio este operador, obedece al control de legalidad de la graduación que se hizo de su crédito, toda vez que este fue indebidamente llevado a primera clase, cuando existen normas especiales que regulan la graduación de los acreedores garantizados con fideicomisos o patrimonios autónomos, y la norma dice que si los bienes fideicomitidos son bienes muebles será graduado en segunda y si estos son inmuebles serán graduados en tercera clase; de manera que la decisión no tuvo el alcance que entendió el apoderado y, en ese sentido, se desestimó el recurso.
>
> b. Respecto del recurso formulado por Everfit S.A. respecto de la conciliación presentada a favor de Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y en atención al aporte en la audiencia del acta de conciliación, esta entidad entiende

que no existe materia sobre la cual debe decidir; por el contrario, acepta la conciliación entre las partes y, en ese sentido, se ordena al representante legal con funciones de promotor que ajuste los proyectos.

De esta manera quedan resueltos los recursos y en firme la providencia de calificación, graduación de créditos y derechos de voto; procederá a la ejecución de la garantía mobiliaria sobre bienes no necesarios.

b. Resuelve ejecución de garantía real sobre bienes no necesarios a favor del Banco Corpbanca S.A.

Ahora bien, teniendo en cuenta la solicitud de ejecución de garantía real sobre bienes no necesarios para la actividad de la concursada y teniendo en cuenta que los proyectos de calificación, graduación de créditos y derechos de voto se encuentran en firme, de conformidad con el decreto 1835 de 2015 en su numeral 2.2.2.4.2.33 y 2.2.2.4.2.36, este Despacho entrará a resolver la misma.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito 2016-01-568710 de 5 de diciembre de 2016, la apoderada del Banco Corpbanca S.A. solicitó que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 y el Decreto 1835 de 2015, se autorice realizar todo el procedimiento de ejecución de la garantía denominada FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE GARANTÍA-Fideicomiso de garantía “Finca El Recreo”, teniendo en cuenta que el bien fideicomitido no es necesario para la continuidad de la actividad económica del deudor. La autorización es para que se autorice el procedimiento de ejecución de la garantía conforme al procedimiento establecido en las cláusulas décima novena y vigésima del contrato de fiducia firmado y aceptado por las partes y, en general, todo el procedimiento se lleve a cabo conforme lo establecieron las partes voluntariamente con la suscripción del contrato de fiducia.

2. Como petición subsidiaria, solicitó que en caso de que se considere que el bien es necesario, se ordene el pago preferente de las obligaciones adeudadas respecto a los demás acreedores y se ordene reconocer al banco como acreedor garantizado en los términos de la Ley 1676 reconociendo además del capital todos los emolumentos previstos en el artículo 7 de la Ley 1676 actualizados a la fecha de celebración del acuerdo.

3. Durante el traslado de la solicitud de ejecución de garantía, la sociedad deudora manifestó que se adhiere a la solicitud en los términos del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 y ratificó que la garantía se encuentra representada en un porcentaje de

derechos fiduciarios del Fideicomiso Irrevocable de Garantía Finca El Recreo, por lo que una vez se haga efectiva la solicitud del beneficiario, los derechos fiduciarios restantes mantendrán el tratamiento de garantía para la normalización del pasivo pensional a cargo de Everfit S.A.

4. Terminados los antecedentes de la providencia, se pregunta a la sociedad en concurso si esta ya es titular del 100% de los derechos fiduciarios en ese fideicomiso y si dicha titularidad consta en algún certificado emitido por la sociedad fiduciaria (Alianza Fiduciaria S.A.), a lo cual responde la sociedad que son titulares de la totalidad de los derechos fiduciarios y tienen los soportes correspondientes junto con la trasmisión de cuentas, donde se evidencia claramente quien es el titular de los derechos fiduciarios y a quien se le han expedido certificados de garantía, que para el presente caso son exclusivamente del Banco Corpbanca S.A.

El Despacho advirtió que dichos documentos deben ser aportados en la mayor brevedad para que obren en el expediente.

II. Consideraciones del despacho

1. El Banco Corpbanca S.A. como quedó reconocido en esta audiencia, es un acreedor garantizado con certificados fiduciarios expedidos por Alianza Fiduciaria, sobre el Fideicomiso de garantía Finca El Recreo, cuya obligación calificada y graduada en tercera clase asciende a $5.026.599.609 que incluye intereses.

2. El artículo 2.2.2.4.2.33 del Decreto 1835 de 2015, reglamentario de la Ley 1676 de 2013, dispone que el acreedor garantizado podrá solicitar al juez del concurso la autorización para iniciar o continuar con la ejecución de las garantías sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor.

3. No obstante, conforme al artículo 2.2.2.4.2.36 ibídem, la decisión del acreedor garantizado con bienes no necesarios, de ejecutar la garantía o de someterse a los términos del acuerdo, solo puede hacerse una vez se encuentre en firme la providencia de graduación y calificación de créditos y de determinación de derechos de voto y aprobación de inventario valorado.

4. De esta forma, habiendo quedado definido ya en este proceso la naturaleza del crédito a favor de banco Corpbanca, como quiera que cumplió los requisitos de existencia y oponibilidad de la garantía, debe este operador judicial resolver la petición de ejecución en la forma planteada por el acreedor.

5. La Ley de garantías mobiliarias permite la ejecución mediante tres (3)

mecanismos[19], a saber:

(I) pago directo: permite satisfacer el crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 60, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea el tenedor del bien dado en garantía.

(II) Ejecución judicial: permite hacer efectiva la garantía por el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en el artículo 467 y 468 del C.G.P, relativo al ejecutivo especial, conforme a las previsiones especiales que consagra la norma, dentro de ellas la inscripción del formulario registrar de ejecución en el registro de garantías mobiliarias.

(III) Ejecución especial: procede únicamente en los casos previstos en el artículo 62, como a) el mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, b) cuando el acreedor sea tenedor del bien en garantía, c) cuando el acreedor tenga derecho legal de retención, d) cuando el bien tenga un valor inferior a los 20 salarios mínimos legales mensuales, e) cuando se cumpla un plazo o condición resolutoria de una obligación y f) cuando el bien sea perecedero.

6. Las disposiciones citadas deben analizarse bajo el contexto del proceso de reorganización, que contiene reglas y normas especiales en el artículo 50, así como en el decreto reglamentario 1835 de 2015, a saber:

El artículo 50 de la ley de garantías, permite la ejecución de garantías sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor, por decisión del acreedor garantizado, pues este tiene la posibilidad de someterse al acuerdo de reorganización, pero ha de entenderse que este privilegio no es absoluto en deudores sujetos al concurso. No de otra forma se entiende la previsión relativa a que *"El juez del concurso podrá autorizar la ejecución de garantías reales sobre cualquiera de los bienes del deudor, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116, cuando estime, a solicitud del acreedor garantizado, que los citados bienes no son necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor"*[20]

7. Quiere esto decir que la ley 1676 respeta los principios que orientan el concurso de acreedores, pues el artículo 17 recoge uno que se torna fundamental para la consecución de la finalidad de la reorganización[21], el de universalidad objetiva, en virtud del cual la totalidad de los bienes del deudor queda vinculada al proceso y

19 Artículos 60, 61 y 62

20 Artículo 50, inciso segundo

21 Ley 1116 de 2006, Artículo 1: "El Régimen de Insolvencia Empresarial tiene por finalidad, la

le impone restricciones en cuanto a la disposición de bienes distintos a los del giro ordinario de los negocios, pues cualquier disminución en el activo afecta de manera directa la situación patrimonial de la compañía y en consecuencia la prenda general de los acreedores.

8. Además, el artículo 2.2.2.4.2.33 del Decreto 1835 de 2015, ordena que se comunique al promotor la decisión del acreedor garantizado con bien no necesario de ejecutar la garantía, a fin de que *"vele porque la ejecución se realice en el mejor interés del proceso de reorganización"*, sea que el acreedor opte por le enajenación o por la apropiación.

9. Así, no hay duda de que la ejecución de garantías de un deudor en proceso de reorganización puede darse pero con límites que derivan de la situación concursal recuperatoria del deudor y los derechos de los demás acreedores.

10. Revisado el texto del documento de modificación al contrato de fiducia mercantil, en virtud del cual se garantizaron las obligaciones a favor del Banco Corpbanca, se observa que efectivamente las partes acordaron en la cláusula décima novena un procedimiento de ejecución de garantía, y en la cláusula vigésima el procedimiento para la venta o dación en pago, en el cual se permite en este último, la venta por parte de la fiduciaria en porcentajes escalonados de precios a la baja de 100%, 85%, 80%, si no se presentan postores en cada oferta. En caso de no resultar la venta se permita la dación en pago al acreedor por el 100% del avalúo.

11. Este convenio en los términos que está previsto, permiten entonces una venta por debajo del avalúo de bien fideicomitido, que para el caso presente se reportó en la información financiera del deudor por $12.276.249.840.000, de manera que una venta por debajo de este valor disminuye para la sociedad en concurso la posibilidad de percibir un ingreso que resulta necesario para superar su crisis, como quiera que la deuda garantizada incluidos los intereses solo asciende a $5.026.599.609.

12. El deudor, se adhirió a la solicitud del acreedor de ejecutar la garantía y manifestó como expectativa que los derechos fiduciarios restantes luego del pago al acreedor, mantendrían el tratamiento de garantía para la normalización del pasivo pensional a su cargo. Es decir, que existe una expectativa de disponer de recursos luego del pago a este acreedor.

---

protección del crédito, la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo", y puntualiza, frente al proceso de reorganización, que este "pretende, a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos"

13. En consecuencia, este Despacho en aplicación de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, permite al acreedor la ejecución de la garantía, pero de manera que no se soslaye el avaluó que obra en el expediente, porque la diferencia entre la deuda y el valor de venta o de adjudicación, hace parte de la prenda general de los acreedores.

14. En virtud de lo anterior, se ordenará al representante legal con funciones de promotor excluir de los proyectos de calificación, graduación de créditos y derechos de voto al acreedor garantizado. El ajuste a los derechos de voto deberá remitirlo para verificar la legalidad del acuerdo que se llegue a presentar.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Permitir al acreedor que se ejecute la garantía mobiliaria sobre los derechos fiduciarios “Finca El Recreo”.

Segundo. Se ordena al promotor excluir de los proyectos de calificación y graduación de créditos y derecho de voto al acreedor garantizado.

Tercero. Advertir que el ajuste a los derechos de voto deberá remitirlos al Despacho para verificar la legalidad del acuerdo que se llegue a presentar, y en todo caso se insta al representante legal para que informe el desenvolviendo del mecanismo de ejecución previsto por las partes en el contrato, con las limitaciones que se han dicho en esta audiencia.

La presente providencia se notifica por estrados, y no fue objeto de recurso alguno.

(III) Cierre

En firme la providencia, a las 10:12 a.m. se dio por terminada la audiencia y en constancia firma quien la presidió,

Auto 400-016468 de 25 de Octubre de 2016	
Sujeto del proceso	Pacific Exploration and Production Corp. Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia Pacific Stratus Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia Petrominerales Colombia Corp. Sucursal Colombia
Asunto	Sustitución de garantías mobiliarias constituidas respecto de medidas cautelares - procede cuando la medida cautelar y el mecanismo con el que se sustituye tienen la misma finalidad

Consideraciones del despacho

1. Señalan los memorialistas que la sustitución de la medida cautelar resulta fundamental para la implementación del Plan aprobado por los acreedores y sancionado por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario el 23 de agosto de 2016, y en cuyo numeral 13.3, literal h, se indica que se deberán satisfacer unas condiciones para la emisión de Bonos de Cambio de Salida, de conformidad con la sección 3.3 del Contrato de Bono de Cambio con Deudor en Posesión.

2. En este sentido, informan que el literal b) de la sección 3.3. del Contrato de Bonos de Cambio con Deudor en Posesión, también denominado Contrato de Emisión de Bonos (DIP Indenture), que se anexó, establece como condición el levantamiento de la medida, en los siguientes términos: "*(b) se cumplirá y ya no tendrá efecto y vigencia la novena resolución de la Orden de Reconocimiento de Colombia, se cancelará o terminará su registro en el registro correspondiente".*

3. Las medidas cautelares decretadas en Auto 400-000416 de 10 de junio de 2016, tuvieron como fin asegurar la satisfacción de ciertos acreedores colombianos, en caso de una eventual liquidación judicial durante el trámite de la reestructuración.

4. El contrato de fiducia mercantil arrimado por el memorialista prevé, entre otras cosas, que:

> I. Los fideicomitentes aportarán a título de fiducia la suma en pesos equivalente a USD$38.998.505, a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha del giro de los recursos fideicomitidos.
>
> II. Los recursos aportados serán destinados exclusivamente a amparar el pago de los pasivos anteriores al 31 de mayo de 2016 de proveedores, nómina e impuestos.

III. El Patrimonio Autónomo contará con las subcuentas proveedores, nómina e impuestos.

IV. Los fideicomitentes designarán como beneficiarios del Patrimonio Autónomo a los terceros que figuran como titulares de las provisiones, aceptaciones o cuentas por cobrar con corte a 31 de mayo de 2016.

V. El Patrimonio Autónomo ejecutará los pagos a favor de los beneficiarios una vez reciban las instrucciones correspondientes de par te de los fideicomitentes cuando la provisión, aceptación o cuenta por cobrar sea exigible.

VI. Los fideicomitentes podrán solicitar al Patrimonio Autónomo que le restituya los recursos cuando por medio de solicitud conjunta con el Monitor se acredite el pago o extinción de la obligación con ese acreedor.

VII. Una vez acreditada la extinción de dichos pasivos, la Fiduciaria procederá a liquidar el patrimonio autónomo conforme las cláusulas del contrato.

5. Los dineros aportados por parte de las compañías al Patrimonio Autónomo (USD$38.998.505), corresponden al saldo insoluto de las acreencias con corte a 30 de septiembre de 2016, cuya certificación emitida por Fiduciaria Davivienda se allegó con memoriales 2016 - 01 - 52 3439 y 2016 - 01 - 523167, ambos de 24 de octubre de 2016.

6. Según el flujo de caja presentado por el Monitor en radicado 2016 - 01 - 307897 de 3 de junio de 2016, por un valor total de US$318.060.250, y sobre el cual se decretó la medida cautelar, así como de los reportes semanales remitidos por el Monitor y el apoderado de las compañías, se evidencia una notable reducción del pasivo cuyo pago se buscó asegurar, pero aún queda un saldo insoluto.

7. A partir de los antecedentes referidos, teniendo en cuenta la reducción del pasivo objeto de protección, así como las condiciones del contrato de fiducia mercantil, se estima razonable la solicitud de levantamiento de la medida cautelar decretada en audiencia y, en ese sentido, se resolverá.

8. Con todo, en atención a los fines judiciales de la medida sustituta, los fideicomitentes deberán informar y justificar ante este Despacho la necesidad de instruir a la fiduciaria para que restituya, total o parcialmente, bienes fideicomitidos, en desarrollo de lo previsto en la cláusula 7.3 del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y pagos para Efectos de Garantía, aducido con memorial 2016 - 01 - 5182 58.

9. Es del caso advertir que las compañías y el Monitor deberán continuar informando los avances del proceso que se adelanta ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, así como los pagos que se realicen a los acreedores, de conformidad con lo aprobado por este Despacho en el Auto 400 - 010693 de 12 de julio de 2016.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de insolvencia,

Resuelve

Primero. Estimar la solicitud de sustitución de la medida cautelar decretada en Auto 400 - 000416 de 10 de junio de 2016, por la afectación al mismo fin del Patrimonio Autónomo derivado del contrato de fiducia que obra debidamente suscrito y que se anexó al memorial 2016 - 01 - 518258 de 20 de octubre de 2016. Para efectos de ejercer la facultad prevista en la cláusula 7.3 del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y pagos, las compañías deberán presentar para aprobación de este Despacho la solicitud justificada que corresponda antes de instruir a la fiduciaria.

Segundo. Decretar el levantamiento de la medida cautelar decretada en Auto 400 - 000416 de 10 de junio de 2016, que se ordenó inscribir como garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Tercero. Ordenar a Confecámaras la cancelación de la anotación correspondiente a la inscripción como garantía mobiliaria de la medida cautelar decretada en Auto 400 - 000416 de 10 de junio de 2016. Líbrese oficio.

Cuarto. Advertir a las compañías y al Monitor que deberán continuar informando los avances del proceso que se adelanta ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, así como los pagos que se realicen a los acreedores, de conformidad con lo aprobado por este Despacho en Auto 400 - 010693 de 12 de julio de 2016.

Auto 400-015030 de 30 de septiembre de 2016	
Sujeto del proceso	Pacific Exploration and Production Corp. Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia Pacific Stratus Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia Petrominerales Colombia Corp. Sucursal Colombia
Asunto	Sustitución de garantías mobiliarias constituidas respecto de medidas cautelares - no procede cuando no se ha resuelto sobre el derecho en litigio y se advierte que persiste el riesgo de liquidación y falta de pago

Consideraciones del despacho

(I) Sobre el propósito de las medidas decretadas en Auto 400 - 000416 de 10 de junio de 2016

1. El Auto 400 - 000416 de 10 de junio de 2016, en diversos apartes dio cuenta de la necesidad de decretar la medida cautelar: “Puesto que el artículo 107 del estatuto de insolvencia expresamente establece que al conceder o denegar una medida, la autoridad colombiana deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores, este Despacho ordenará una medida con función de garantía, tendiente a dotar de alcance cautelar al plan de pagos que ha sido presentado por los propios solicitantes. Esta medida permite reducir ostensiblemente el riesgo crediticio de los acreedores locales, y refuerza la sana decisión de considerar como gastos de administración los créditos en Colombia” (se resalta).

2. Como se ve, la finalidad de la medida cautelar fue, desde un principio, la protección de los acreedores locales. La Superintendencia de Sociedades, como autoridad judicial para efectos concursales en Colombia, consideró necesario proteger los intereses de aquellos acreedores relacionados con las operaciones del Grupo Pacific en territorio nacional que, dada la naturaleza del concurso que se desarrolla en territorio canadiense, quedarían por fuera del plan que allí se negociaba. Dicho propósito, se expresó, se mantendría “hasta que se cumpla la proyección de pagos del pasivo local con corte a la fecha de esta audiencia”, o sea, a 10 de junio de 2016. Esta decisión no fue recurrida por los memorialistas.

3. A pesar de la notable reducción del pasivo cuyo pago se buscó asegurar, como lo reconocen los solicitantes, aún queda un saldo insoluto cuyos acreedores merecen la misma protección brindada a los demás titulares de créditos no afectados. Esto solo mueve a desestimar la solicitud de levantamiento, pero además permite al Despacho recordar que se trata de una medida razonable y proporcionada, toda

vez que reduce su incidencia en la caja en la medida en que se reduce el pasivo, es decir, su estructura flexible permite concluir que es directamente proporcional al importe de la deuda, de suerte que está llamada a desaparecer, por sustracción de materia, una vez cubierto el pasivo remanente. Esto supone que, a estas alturas y con los pagos hechos, solo está afecta la fracción de la caja necesaria para cubrir el remanente insoluto.

(II) Requisitos para el levantamiento de las medidas cautelares

1. Las medidas cautelares cumplen una importante función como mecanismo de aseguramiento de los derechos materia de la actuación judicial en la que se decretan y, en algunos casos, como herramientas para la anticipación material de los derechos que se persigue proteger mientras se resuelve el objeto del proceso. El legislador ha considerado necesario dotar al juez de amplios poderes para decretar este tipo de medidas en las actuaciones a su cargo, con el ánimo de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, la materialización de los propósitos que se buscaba proteger al acudir, desde un principio, a la administración de justicia (artículos 229 de la Constitución Política y 2 del Código General del Proceso).

2. Ahora bien, la potestad cautelar no es omnímoda; está sujeta a una serie de requisitos para su decreto y práctica, según lo dispone, entre otros, el artículo 590 del Código General del Proceso, al establecer las pautas que requiere el decreto de una medida cautelar no prevista expresamente en el ordenamiento. Así, las medidas cautelares deben responder a una serie de requisitos como la apariencia de buen derecho, la inminencia del daño que se busca evitar, la proporcionalidad de la medida y su necesidad e idoneidad en el caso concreto. Dichos requisitos fueron objeto de análisis en el auto que decretó la prueba en la providencia de 10 de junio de 2016.

3. Mientras se mantengan los supuestos que dieron origen a la medida, ésta tiene vocación de permanencia. Por regla general, la medida cautelar debe mantenerse hasta que se resuelva sobre el derecho en cuestión, especialmente en aquellos procesos que buscan su declaración o hasta que este se ejecute, cuando el propósito del proceso y de la medida es asegurar el pago. Excepcionalmente, puede demostrarse que las razones que la motivaron dejaron de existir o fueron enervadas, porque desapareció el interés que se buscaba proteger, porque se desvirtuó el buen derecho aparente o la inminencia del daño, o porque cambiaron las circunstancias, la necesidad, proporcionalidad o idoneidad de la medida.

4. Bajo estas premisas, como se anticipó, no es procedente ni razonable levantar una cautela cuando aún no se ha resuelto sobre el derecho en litigio, no se ha pagado la

obligación que se debe o no se ha asegurado de alguna u otra forma la manera en que debe atenderse la obligación asumida o impuesta en el curso del proceso por una de las partes. La simple solicitud de la parte cuyos derechos fueron restringidos con la medida no es suficiente para que el juez proceda al levantamiento. Quien busque el desmonte de una cautela tiene la carga de acreditar que han desaparecido los supuestos que dieron origen a ella y de desvirtuar sus fundamentos o debe estar presto a asegurar de alguna otra manera el interés en juego.

(III) Falta de prueba de los supuestos que fundamentan la necesidad del levantamiento de las medidas cautelares

1. En lo relacionado con la solicitud específica que aquí se resuelve, se observa que uno de los principales argumentos de los solicitantes consiste en que el no levantamiento de las medidas impediría la implementación del plan que fue aprobado por los acreedores y sancionado por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario el 23 de agosto de 2016. En este sentido alegan que de la orden de levantamiento depende la emisión de una serie de bonos de salida prevista en el plan como base para su implementación y para la reestructuración de la empresa.

2. Más allá de las afirmaciones de los solicitantes y de su insistencia en la premura para decretar el levantamiento de la medida, encuentra el Despacho que no está acreditada dicha circunstancia que, además, por sí sola tampoco daría lugar a estimar la solicitud. Es posible verificar que en el literal h) del numeral 13.3 del plan, se prevé el cumplimiento de las condiciones para emitir bonos como requisito para su implementación. Sin embargo, esta Superintendencia no cuenta con prueba alguna sobre el contenido del reglamento de emisión de los referidos títulos, pues no se remitió el Reglamento de la Financiación posconcursal (DIP Note indenture) que fue referenciado en varias oportunidades por los peticionarios en sustento del levantamiento de la medida. Se recuerda sobre este punto que las decisiones del juez del concurso, como cualquier otra decisión judicial, deben estar debidamente sustentadas en pruebas, y no en el simple dicho de las partes.

3. En estos términos, si bien es posible verificar en el literal h) del numeral 13.3 del plan aprobado por los acreedores y sancionado por la Corte, cuya traducción oficial fue remitida con memorial 2016 - 01 - 483438 de 26 de septiembre de 2016, que el cumplimiento de las condiciones para la emisión de bonos de cambio de salida es requisito para la implementación del plan, los solicitantes no han allegado al Despacho el soporte documental que permita acreditar que el levantamiento de las medidas decretadas es, a su vez, requisito para la emisión de los referidos bonos, sin perjuicio de las otras cargas referidas.

4. En las condiciones actuales no solo no fue aportada prueba alguna que acredite las condiciones de emisión de los bonos de salida sino que de los demás documentos del expediente no es posible concluir que el levantamiento de la medida cautelar sea, en alguna medida, una condición para la puesta en marcha del plan. Ello es suficiente para descartar uno de los fundamentos de la solicitud de levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

(IV) Subsistencia de pasivo por pagar y de los motivos para mantener la medida

1. Con base en lo establecido en el artículo 107 de la Ley 1116 de 2006, cuyo inciso primero señala que la autoridad colombiana competente deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor, el Despacho ordenó la segregación de una cuenta con 50 millones de dólares y el registro de la garantía mobiliaria sobre la disponibilidad de caja del Grupo Pacific. Tal como se explicó, entre sus propósitos estaba el aseguramiento de una recuperación mínima para los acreedores colombianos en el escenario de una eventual liquidación judicial.

2. Sobre el punto, los solicitantes presentan una serie de avances en los pagos a los acreedores locales, que han logrado mitigar el monto de los créditos que se buscaba asegurar con la medida. En la solicitud se considera que con dichos pagos y con la implementación del plan, se ha logrado asegurar en buena medida la recuperación de la crisis y evitar la liquidación judicial.

3. Sin restar mérito a los esfuerzos hechos por las solicitantes para pagar las acreencias locales, que han logrado una significativa reducción del pasivo por pagar, el Despacho advierte que el riesgo de liquidación y de falta de pago a los acreedores no se ha desvirtuado.

4. Por un lado, según los reportes aducidos al expediente, queda aún por pagar un saldo de U$70408.551, cifra que supera el monto de los 50 millones de dólares que este Despacho había ordenado segregar en un a cuenta para asegurar el pago a los acreedores locales. Si bien las sociedades han venido cumpliendo con la remisión de la información que acredita el pago de las obligaciones causadas a favor de los acreedores colombianos, en los términos de los autos 40 0 - 000416 de 10 de junio de 2016 y 400 - 010693 de 12 de julio de 2016, y es claro que el pasivo no puede llegar a ceros debido a que la sociedad en marcha constantemente tiene que contraer nuevas obligaciones, así como que otras no son exigibles, a la fecha no se han terminado de pagar las sumas señaladas, de conformidad con el flujo de caja informado en la audiencia de reconocimiento del proceso extranjero, el cual tenía como fecha prevista para la atención de las obligaciones el mes de agosto de 2016.

De este solo dato es posible deducir que las condiciones que justificaron la medida no se han enervado.

5. Además, según lo refieren los mismos solicitantes, el plan que evitaría la liquidación no ha comenzado a implementarse e, incluso en este caso, en él no se contempló el reconocimiento de las acreencias locales. La medida mantiene por ello sus fundamentos y no podría levantarse sin detrimento a la adecuada protección de los derechos de los titulares de dichos créditos.

6. Lo anterior, significa que las condiciones de razonabilidad de las medidas decretadas en favor de los acreedores colombianos siguen vigentes, de modo que mal haría el Despacho en levantar las citadas medidas cuando aún hay acreencias insolutas correspondientes a la garantía otorgada, en estos términos, mientras persistan las obligaciones garantizadas persistirá por lo tanto la medida.

(V) Persistencia del riesgo de liquidación de las sucursales hasta después de la implementación del plan

1. En cuanto al documento aportado referente al acuerdo suscrito entre el monitor y Pacific que hace referencia a los dineros de la cuenta segregada, es claro que el evento de la posible liquidación de las sucursales colombianas no ha desaparecido, por cuanto la puesta en marcha del plan no se ha llevado a cabo y en caso de no lograrse, el Grupo Pacific se vería inmerso en una situación casi insostenible que afectaría no solo la situación de los acreedores reconocidos en dicho plan sino también las de los acreedores colombianos favorecidos con las medidas señaladas por el Despacho.

2. Así mismo y de acuerdo con lo antes expuesto, el Despacho no evidenció que el levantamiento de las medidas otorgadas sea requisito para la implementación del plan, de tal forma, que se debe esperar hasta que efectivamente el mismo esté en ejecución, en cuyo caso la causal de liquidación sería un escenario menos probable y la recuperación del Grupo Pacific estaría, del alguna manera, asegurada; de igual forma, en este lapso las solicitantes continuarían efectuando los pagos a los que se comprometieron en la audiencia de reconocimiento del proceso extranjero y los acreedores colombianos estarían en mejores condiciones en cuanto al pago de sus acreencias.

3. Según lo expuesto, el Despacho considera que no hay lugar a la modificación de las medidas cautelares indicadas, por cuanto la proyección de pagos del pasivo local con corte a la fecha de la audiencia de reconocimiento de proceso extranjero no se ha satisfecho a cabalidad y las solicitantes no acreditaron en ningún momento que las

medidas ya no sean necesarias, proporcionales e idóneas ni que su levantamiento sea requisito indispensable para la implementación del plan. En estos términos, para salvaguardar las acreencias de los acreedores colombianos en los términos del artículo 107 de la ley de insolvencia, se desestimará la solicitud.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos de insolvencia (E),

Resuelve

Primero. Reconocer a Natalia Patricia Caroprese Castro, con cédula de ciudadanía 52.716.318 de Bogotá y T.P. de abogada 131.505 del C. S de la J, como apoderada sustituta de Enrique Álvarez Posada, apoderado de PriceWaterhouseCoopers Inc., en los términos del poder anexo al memorial 2016 - 01 - 472156 del 20 de septiembre de 2016.

Segundo. No acceder a la solicitud presentada con memorial 2016 - 01 - 472156 del 20 de septiembre de 2016, por el apoderado de Pacific Exploration and Production Corp. Meta Petroleum Corp, Petro mineales Corp, y Pacific Stratus Energy Colombia Corp y la apoderada sustituta de PriceWaterhouseCoopers Inc, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

Auto 400-014007 de 16 de Septiembre de 2016	
Sujeto del proceso	Central Papelera de Colombia S.A.S
Asunto	Art. 17 Ley 1116 de 2006 y fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pagos y contratos accesorios.

Consideraciones del despacho

1. En los procesos de reorganización las restricciones contenidas en el artículo 17 del estatuto de insolvencia, tienen como propósito preservar el patrimonio del deudor como garantía de todos sus acreedores. Si se permitiera la satisfacción de ciertos acreedores antes que la de otros, sin un título jurídico que lo autorice en el contexto concursal, los principios de universalidad y de igualdad se verían completamente frustrados. El de universalidad, en su vertiente subjetiva, que supone que todos los acreedores del deudor comparezcan al concurso para hacer valer sus acreencias y obtener su pago de forma ordenada. El de igualdad, que supone que todos los acreedores pertenecientes a una misma categoría reciban un trato equivalente en el escenario concursal.

2. Esto explica que la ley de insolvencia sancione con ineficacia de pleno derecho los actos y negocios jurídicos que tengan por efecto atentar contra los principios de universalidad e igualdad, pues de no hacerlo el proceso de insolvencia quedaría expuesto al riesgo de no atender su finalidad. Dicha sanción se establece en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, que establece los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. La lectura de ese artículo evidencia que está prohibido hacer pagos a acreedores del deudor.

3. En el presente caso, si bien el apoderado de la concursada trajo a cita el Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016 para solicitar la entrega de recursos conforme a la regla establecida en dicha providencia, se observa que el patrimonio autónomo constituido en ese evento difiere del constituido mediante el contrato celebrado entre Central Papelera de Colombia S.A.S. y Fiduciaria Colpatria S.A., pues en ese caso el objeto del contrato de fiducia era incompatible con la lógica concursal, porque buscaba el pago corriente de obligaciones concursales.

4. Cuando a través de patrimonios autónomos se busca aislar una parte del patrimonio del fideicomitente para afectarlo al pago de créditos que hacen parte del concurso, este Despacho ha sostenido que una vez el fideicomitente ingrese a insolvencia, la fiduciaria no puede pagar a los beneficiarios del contrato sino que debe redireccionar esos recursos a la sociedad en concurso. Los beneficiarios, por

su parte, deben concurrir al proceso de reorganización para obtener satisfacción de sus créditos, sometiéndose a su disciplina colectiva.

5. Pero, en este caso en particular, la regla definida para el caso de Panthers Machinery S.A.S. resulta inaplicable, porque el sujeto obligado frente a Banco Colpatria S.A., es el propio patrimonio y no la sociedad en concurso. Esta circunstancia emerge rectamente del contrato de fiducia:

PA FC - Central papelera de Colombia	
Fideicomitente	Central Papelera de Colombia S.A.S.
Fiduciaria	Fiduciaria Colpatria S.A. y la concursada cuando existan excedentes de liquidez.
Beneficiario	Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A.
Bienes fideicomitidos	A) Cartera: facturas generadas por el fideicomitente y transferidas a título de fiducia mercantil o compraventa por la concursada. B) Inventarios: bienes comercializados por el fideicomitente que el patrimonio autónomo (I) recibe a título de fiducia mercantil, (II) con los recursos correspondientes a una de las facilidades comprará a los proveedores y/o al fideicomitente y (III) venderá a los clientes y/o al fideicomitente.
Objeto de la fiducia	A) Conformar el PA FC- Central Papelera. B) El Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A., aprobó al patrimonio autónomo que se constituye en virtud del contrato (I) una facilidad de crédito por valor hasta de $4.000.000.000, para compra de cartera e inventario (II) una facilidad de crédito por valor hasta de USD$250.000, que podrán destinarse a la realización de operaciones sobre divisas. Con los recursos obtenidos se atenderá el servicio de la deuda, e igualmente el patrimonio servirá de garantía y fuente de pago
Fecha de celebración	7 de julio de 2011

6. De las pruebas aportadas se desprende que (I) fue el patrimonio autónomo quien se endeudó directamente con la entidad financiera y no la concursada; que (II) la concursada transfirió los bienes fideicomitidos al fideicomiso a título de fiducia mercantil y de compraventa; y que (III) revisado el registro de garantías mobiliarias de Confecámaras, aparece el registro aludido por el apoderado de la deudora en su memorial, pero figura como garante-deudor de la obligación el patrimonio autónomo constituido y no la concursada.

7. Según esto, la estructura subjetiva de la relación obligacional permite concluir que no es posible ordenar a la fiduciaria que se abstenga de pagar una deuda que no es de la concursada a quien en realidad no es un acreedor de la concursada, ni someterlo a las reglas del concurso u obligarlo a reintegrar los dineros recibidos como consecuencia del contrato celebrado. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 solo prohíbe pagar a los acreedores del deudor en concurso, pero en este caso Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A., no ostenta esa calidad. Tampoco puede el Despacho ordenar que los recursos del patrimonio autónomo vuelvan al patrimonio de Central Papelera de Colombia S.A., pues ello implicaría vaciar un vehículo de contenido patrimonial desestimando su aptitud como centro de imputación de derechos y obligaciones.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Desestimar las solicitudes del apoderado de la concursada.

Auto N° 400-010668 de 12 de Julio de 2016	
Sujeto del proceso	China Automotriz S.A.
Asunto	Poder dispositivo del deudor respecto de bienes, objeto de garantías mobiliarias y necesarios para la recuperación empresarial.

Consideraciones del despacho

1. En este caso se hace particularmente evidente la desalineación de los intereses de la sociedad en concurso y de sus acreedores financieros. La controversia surge pues la sociedad, dedicada a la comercialización en el territorio nacional de vehículos importados, necesita disponer de ellos, libres de todo gravamen, mientras que las entidades financieras, que facilitaron la adquisición de los vehículos, se rehúsan a permitir que la sociedad disponga de ellos, pues aducen que fueron dados en prenda por la sociedad deudora para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

2. Los acreedores financieros adujeron tener la calidad de acreedores garantizados, en virtud de la inscripción que hicieron en el registro de garantías mobiliarias, y en dicha condición solicitaron que se reponga la decisión de 25 de mayo de 2016, con el argumento principal de que el Despacho no puede –durante el trámite de la reorganización– cancelar las garantías otorgadas por el deudor. Así las cosas, el Despacho se ocupará de la posibilidad de disponer de bienes dados en garantía que resultan necesarios para el ciclo productivo del deudor.

3. Sea lo primero aclararle a las partes que el Despacho no está en posición de pronunciarse sobre si el negocio jurídico de garantía mobiliaria era con o sin tenencia y sobre el consiguiente derecho de retención que las entidades financieras dicen tener sobre los vehículos. En efecto, el Despacho no tiene elementos de juicio que le permitan concluir sobre las condiciones de la garantía mobiliaria, luego mal podría entrar a hacer pronunciamientos sobre ese particular.

4. En segundo lugar, el Despacho debe hacer un pronunciamiento con respecto a la posibilidad que debe tener el deudor de disponer de los bienes necesarios, que fueron entregados en garantía mobiliaria, durante el trámite de la reorganización. Como lo pusieron de presente los recurrentes al sustentar sus recursos, el juez del concurso no tiene facultades para privar a los acreedores de la garantía a la que tienen derecho. Sin embargo, la orden impartida por el Despacho en Auto 400-008290 de 25 de mayo de 2016 no tiene como efecto tal privación sino que, por el contrario, busca la eficacia del proceso de reorganización de China Automotriz, pues si esta sociedad no puede disponer de los vehículos, no podrá reorganizarse pues es de la venta de los mismos de donde deriva la producción de los medios económicos que le permitirán subsistir y pagar a sus acreedores.

5. En ese orden de ideas, por tratarse de bienes necesarios para el desarrollo del objeto social de China Automotriz, el Despacho debe propender porque la deudora pueda servirse de ellos pues solo así, en últimas, podrá reorganizarse. Naturalmente, permitir a la deudora en reorganización disponer de los bienes dados en garantía mobiliaria, podría implicar que el acreedor vea afectada la eficacia de su garantía. En efecto, al solicitar la ejecución, la misma no sería posible pues se encontraría que los bienes ya fueron enajenados libres de todo gravamen a un tercero.

6. A pesar de lo anterior, no debe perderse de vista que el artículo 50 dispone que a partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización, no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución ni ningún otro proceso de cobro en contra del deudor, respecto de bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor. En este caso, los bienes objeto de garantía mobiliaria son sin duda alguna necesarios, no solamente porque el deudor así lo reportó sino, especialmente, porque es a través de ellos que éste ejerce su objeto social. Este Despacho no está sugiriendo que en todos los casos el juicio relativo a la necesariedad de los bienes deba reconducirse al terreno del objeto social, pero sin duda es un criterio pertinente para determinar dicha calidad, debiendo hacerse un análisis caso por caso.

7. Dicho lo anterior, el Despacho resalta, como ya lo ha hecho en oportunidades precedentes, que "[l]o anterior no quiere decir que el acreedor garantizado pierda las prerrogativas que son suyas en virtud de la ley de garantías mobiliarias. Simplemente quiere decir que el deudor en concurso puede disponer de los bienes necesarios con el fin de lograr su recuperación, pero dejando a salvo la posición del acreedor garantizado, quien tiene unos privilegios concursales que se manifiestan, en últimas, en la posibilidad de pedir el pago preferente de su crédito, una vez confirmado el acuerdo de reorganización".[22]

8. Así las cosas, las entidades financieras no pueden oponerse a que la sociedad en concurso disponga de los vehículos para su venta, pero tendrán los beneficios que corresponden a los acreedores garantizados bajo el régimen creado por la Ley de garantías mobiliarias, en la medida de la extensión de sus derechos.

9. Con respecto a la solicitud de la deudora contenida en memorial de 26 de mayo de 2016, en la que solicitó autorización para pagar al Banco de Occidente la suma de USD$28.200, valor que corresponde al 0.39% del total del pasivo externo de la compañía, este Despacho se abstendrá de impartir la autorización hasta que la deudora demuestre que la totalidad de lo adeudado a Banco de Occidente esté dentro de la noción de pequeñas acreencias de la que trata el artículo 17, parágrafo 4 de la Ley 1116 de 2006. Es decir, la deudora debe aportar elementos que permitan

22 Auto 400-004422 de 17 de marzo de 2016.

a este Despacho llegar a la conclusión de que Banco de Occidente es un pequeño acreedor, de manera tal que si el Despacho autoriza el pago, este banco debe quedar por fuera de los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos de Insolvencia

Resuelve

Primero. Desestimar los recursos de reposición interpuestos por las apoderadas de Banco de Bogotá, Banco Davivienda y Banco de Occidente contra el Auto 400-008290 de 25 de mayo de 2016.

Segundo. Negar la solicitud de pago de pequeñas acreencias en favor de Banco de Occidente, elevada por la deudora mediante memorial de 26 de mayo de 2016.

Audiencia de resolución de objeciones

Fecha	28 de abril de 2016
Hora	8:10 a.m.
Convocatoria	Auto 400-006078 de fecha 21 de abril de 2016
Lugar	Superintendencia de Sociedades
Sujeto del proceso	Conalvias Construcciones S.A.S
Promotor	Luis Fernando Alvarado
Representante legal	Alvaro Torres Macias
Expediente	25690

Objeto de la audiencia

Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.

Estructura de la audiencia

(IV) Instalación
(V) Desarrollo
A. Resolución solicitudes de autorización elevadas por la deudora.
B. Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.

C. Resolución de objeción al inventario de bienes de la deudora
D. Resolución peticiones de pago preferente como acreedor garantizado por ley 1676.

(VI) Cierre
(III) Instalación

Preside esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia. Audiencia de resolución de objeciones Conalvías Construcciones S.A.S esta audiencia fue convocada mediante Auto 21 de abril de 2016 el efecto de la misma es resolver lo necesario frente a las objeciones hechas al proyecto de calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto. Se deja constancia que está en conexión con las Intendencias Regionales de Barranquilla, Bucaramanga, Medellín y Cali

A continuación, el despacho de acuerdo con los poderes presentados en audiencia, reconoce personería a:

Apoderado
Libardo Inocencio
Marcela Becerra Cortes
Manuel Andrés Alvares Rincón
Claudia Quintero
Raúl Ernesto Aldana
Rubén Zipa Gómez
Juan Manuel Serrano
Juan Guillermo Otero
Mario Alejandro Castillo
Esperanza Guerrero Sabogal
Natalia Angarita
Diana Patricia Orpeche Castro
German Ballesteros - *Intendencia de Medellín*
Jorge Quintero García - *Intendencia de Cali*
Carlos Alberto carillo - *Intendencia de Cali*
Fabio Ricaurte - *Intendencia de Cali*

(IV) Desarrollo

1. La Superintendencia de Sociedades mediante Auto No. 400-013139 de 2 de octubre de 2015, admitió a la sociedad al proceso de reorganización.

2. El 11 de febrero de 2016 mediante memorial 2016-01-047648, el promotor remitió los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1116 de 2006.

3. Del proyecto de calificación y graduación de créditos y de la determinación de derechos de voto, se corrió traslado del 15 al 19 de febrero de 2016, término dentro del cual, varios acreedores formularon objeciones

4. Adicionalmente, del 15 al 26 de febrero del presente año, se corrió traslado de los memoriales 2015-01-391659 y 2015-01-420892 de 23 de septiembre y 20 de octubre de 2015, que contienen la lista de bienes garantizados y su valoración, y demás documentos de que trata el artículo 2.2.2.4.2.32 del Decreto 1835 de 2015. En término se presentó objeción por parte de Constructora Ariguaní S.A.S.

5. De las objeciones presentadas al proyecto de calificación y graduación de créditos y a la determinación de derechos de voto, se corrió traslado del 26 de febrero al 1 de marzo de 2016, descorrido por los apoderados de Constructora Ariguaní S.A.S y de la deudora.

6. Así mismo, de la objeción presentada contra el inventario de activos se corrió traslado del 7 al 9 de marzo de 2016, término en que los interesados presentaron memoriales.

7. Mediante memorial 2016-01-220866 de 22 de abril de 2016, el promotor presentó informe sobre el resultado de la etapa de conciliación.

8. Mediante Auto 400-005695 de 13 de abril de 2016, este Despacho, tuvo como pruebas las documentales que reposan en el expediente de proceso concursal, las presentadas con los escritos de objeciones y las allegadas con el descorre de las mismas, así como las aportadas en los procesos ejecutivos y ordenó oficiar a Fiduciaria Davivienda S.A. para que informe los saldos de los siguientes fideicomisos al 1 de octubre de 2015:

- FID C – 402 AMB P.A-SAFE-32874**P.A.3-1-0708
- FID C – CC 007 – 2010 RUTA DEL SOL- SAFE-32922**P.A3-1-0756

9. Mediante memorial de 27 de abril de 2016 la Fiduciaria Davivienda respondió el requerimiento

10. Mediante memorial de 20 de abril de 2016 el apoderado de la deudora desistió de la objeción formulada frente al crédito reconocido a constructora Ariguaní S.A.S

11. Mediante Auto 400-006078 de 21 de abril de 2016, se convocó a audiencia de resolución de objeciones para el día 28 de abril de 2016

RESOLUCIÓN DE OBJECIONES Y APROBACIÓN DE LA CALIFICACIÓN Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS Y LA DETERMINACIÓN DE DERECHOS DE VOTO, PETICIONES DE PAGO PREFERENTE COMO ACREEDOR GARANTIZADO POR LEY 1676 DE 2013.

1. Bancolombia:

Solicitó se autorice el pago preferente a su favor de la garantía constituida con ocasión del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago No. 3-1-0756 fideicomiso C-CC No. 007-2010 celebrado con Fiducafe hoy fiduciaria Davivienda con el cual, la concursada garantizó el pago de una obligación con Bancolombia por valor de $200.000.000.000.

Para el efecto allegó copia del contrato referido así como certificado de garantía mobiliaria donde consta la inscripción de la garantía.

Descorre

a) La apoderada de Corpabanca S.A, se opuso a la solicitud como quiera que conforme a la jurisprudencia de esta entidad, la fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, no es de garantía, sino de simple administración, la cual, no otorga ningún privilegio, para tales efectos recuerda la decisión adoptada mediante auto 430-000573 de 16 de enero de 2014 en el proceso de reorganización de Ingenieros Construcciones y Equipos S.A.

Bancolombia S.A con el registro de la garantía trata de confundir al juez del concurso para que se le de ese tratamiento, sin embargo, olvida que la ley 1676 de 2013 aplica solamente frente a las garantía reales.

b) Por su parte, Conalvías Construcciones S.A.S, manifestó que la fiducia de la cual invoca su presunta garantía, es una fiducia de administración y fuente de pago, pero no se trata de una fiducia en garantía.

Lo aportado al patrimonio autónomo, constituyó flujo de caja obtenido del subcontrato de construcción celebrado entre la concursada y Constructora Ariguaní. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por la terminación del referido negocio jurídico, al referido patrimonio autónomo no volverá a ingresar flujo alguno, en consecuencia, debe darse por terminado y liquidar por falta de objeto. El registro de

la garantía se efectuó el día 22 de septiembre de 2015, es decir, un día después que la concursada solicitara la reorganización, y en donde de manera expresa se indicó que el monto de la garantía sería un peso, por lo anterior, si se acepta la ejecución, se solicita sea haga por el monto máximo allí señalado.

c) El apoderado de China United Engineering Corporation, manifestó que no hay evidencia de la existencia de una garantía que vincule válidamente a la concursada con el crédito de Bancolombia.

Señaló que Bancolombia aportó un documento denominado otrosí al contrato de fiducia en el cual, consta que el deudor en dicho contrato dejo de ser Conalvías Construcciones S.A.S y pasó a ser Inversiones Conalvías S.A.S.

Adicionalmente, el pago preferente requerido es improcedente por cuanto la concursada fue incluido en el registro de la garantía mobiliaria luego de la presentación de la solicitud de admisión al proceso.

d) El apoderado de American Pipe & Construction International manifestó que Bancolombia no es un acreedor garantizado pues, conforme al otrosí No. 3, se autorizó el cambio de deudor de Conalvías Construcciones S.A.S a Inversiones Conalvias S.A.S, por lo que éste último sería el nuevo deudor.También arguyó que el contrato es de administración y pagos y de ninguna manera de fiducia en garantía, por lo cual, los efectos de la ley 1676 de 2013 no ampararían de ninguna manera este contrato.

Finalmente, se insistió en que los bienes son necesarios para la empresa, y la aplicación del artículo 50 de la ley 1676 de 2013 es en relación únicamente con los no necesarios.

2. Davivienda:

Solicitó se autorice el pago preferente a favor de la obligación garantizada, para lo cual allegó copia del contrato de garantía así como dos formularios de registro de inscripción de las garantías.

Descorre

a) La apoderada de Corpabanca S.A se opuso a la solicitud de ejecución de la garantía, como quiera que conforme a la jurisprudencia de esta entidad, la fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, no es de garantía, sino de simple administración, la cual, no otorga ningún privilegio, para tales efectos

recuerda la decisión adoptada mediante auto 430-000573 de 16 de enero de 2014 en el proceso de reorganización de Ingenieros Construcciones y Equipos S.A.

Davivienda con el registro de la garantía trató de confundir al juez del concurso para que se le de ese tratamiento, sin embargo, olvida que la ley 1676 de 2013 aplica solamente frente a las garantía reales.

b) El apoderado de Colpatria S.A señaló la inexistencia de la garantía mobiliaria a favor de Davivienda S.A. pues, de la documentación contractual no se desprende la existencia de un contrato de garantía.

Tampoco se encuentra determinado el monto de la garantía cuyo reconocimiento se pretende. El registro de la garantía fue tardío, pues, fue con posterioridad a la presentación de la solicitud de apertura, lo cual a según los pronunciamientos de la superintendencia conduce a la ineficacia de la operación.
c) El apoderado de American Pipe & Construction International señalo que se inscribió de forma extemporánea la garantía, así mismo, manifestó que la entidad financiera no es un acreedor garantizado pues, el contrato fiducia mercantil de administración y fuente de pago invocada no es precisamente una garantía.

También arguyó que el contrato es de administración y pagos y de ninguna manera de fiducia en garantía, por lo cual, los efectos de la ley 1676 de 2013 no ampararían de ninguna manera esta contrato.

d) Finalmente, el apoderado de la concursada señaló que los patrimonios autónomos desde la admisión al proceso carecen de recurso en su activo que respalden el pago de obligaciones.

Además, debe tenerse en cuenta que por tratarse de un contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, no puede considerarse como garantía mobiliaria y por tanto, no se le dar los efectos legales que requiere la entidad financiera.

Consideraciones del despacho

Para resolver las anteriores peticiones en relación con la solicitud de ejecución de garantía, el despacho considera lo siguiente:

1. La providencia expedida tanto el 30 de diciembre de 2015 y el 18 de enero de 2016, en el marco del proceso de reorganización de Daniel Arenas Leon, constituye indudablemente un antecedente de considerable importancia como epicentro de aplicación de la Ley 1676 de 2013 y su decreto reglamentario en los procesos de

insolvencia, particularmente porque en esa providencia, se abordó (I) el concepto mismo de acreedor garantizado, como titular de derechos especiales en los concursos recuperatorios y liquidatorios, así como (II) el ámbito de aplicación temporal y personal del estatuto de garantías en los concursos de acreedores.

2. Precisamente, frente al ámbito de aplicación temporal y personal del estatuto de garantías, en la referida providencia se señaló lo siguiente:

(I) ámbitos de aplicación objetivo y temporal de la ley de garantías:

El artículo 2 de la Ley 1676 de 2013 prevé que su régimen será aplicable *"a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles"*.

Por otro lado, los artículos 84 y 85 de la misma normativa disponen, respectivamente, que *"A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las garantías mobiliarias que se constituyan deben cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley", y "La presente ley aplica a todas las garantías mobiliarias, aun aquellas que hayan sido constituidas previamente a la entrada en vigencia de esta ley.*

Una garantía mobiliaria que haya sido debidamente constituida y sea efectiva según la legislación anterior a la entrada en vigencia de esta ley, continuará siendo efectiva y se aplicarán las reglas de prelación establecidas en esta ley. Para efectos de la aplicación de las reglas de ejecución deberá cumplir los requisitos de oponibilidad y registro establecidos en la presente ley, y de requerirse el registro deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, manteniendo la prelación con la que contaba al momento de expedirse la presente ley".

Finalmente, el parágrafo del artículo 91 del mismo estatuto prevé que *"Las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, conservarán su validez hasta cuando los créditos amparados por las mismas sean extinguidos por cualquier medio legal"*. Esta norma, en realidad, más que definir reglas de vigencia de la ley en el tiempo, materializa el principio de conservación del negocio jurídico.

Estos referentes normativos permiten establecer las siguientes pautas metodológicas para regular el tránsito de legislación que, además, deben ser analizadas y ajustadas luego al marco de la insolvencia: (I) respecto al ámbito objetivo de aplicación, la norma es clara en que queda disciplinado por esta normativa todo el itinerario de la garantía mobiliaria, desde su constitución hasta su ejecución; (II) respecto

de la aplicación de estas normas en el tiempo, los artículos 84 y 85 prevén las dos situaciones posibles, a saber, (a) que la garantía mobiliaria se constituya en vigencia de la Ley 1676 de 2013, caso en el cual deberá ceñirse su nacimiento a las reglas de la normativa, y (b) que la garantía estuviera constituida y vigente cuando entró en vigor la ley. En este último caso, la norma prevé que incluso a estas garantías preexistentes se les aplica la Ley 1676 de 2013, previa distinción entre dos situaciones que dependen de si se formalizó o no el registro de la garantía en el nuevo sistema unificado, en la oportunidad prevista.

En efecto, en el último supuesto, es decir, en el de la garantía preexistente, es necesario resaltar el tratamiento que la ley asignó a dos situaciones jurídicas particulares. La garantía mobiliaria debidamente constituida y eficaz según las normas vigentes en su momento, conservará eficacia en el marco de la nueva normativa y a ella se aplicarán las reglas de prelación de garantías previstas en el estatuto, por ministerio de la ley. En la misma dirección apunta el parágrafo del artículo 91. Pero si se busca que sean aplicables las reglas sobre ejecución de la garantía, el titular debió cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro contenidos en el estatuto, y para hacerlo la propia ley estableció una ventana de oportunidad preclusiva, de seis meses, contados a partir de la vigencia de la ley.

La Ley 1676 de 2013 fue promulgada a través de su publicación en el Diario Oficial 48.888 de 20 de agosto de 2013; entró en vigor el 21 de febrero de 2014; y la ventana de oportunidad para registrar las garantías mobiliarias, para efectos de ejecución, expiró el 21 de agosto de 2014.

Entonces, respecto de las garantías mobiliarias preexistentes, la sola entrada en vigor de la ley hizo que quedaran cubiertas por la nueva normativa en materia de prelación de garantías; pero si, además, los titulares las inscribieron en el registro de garantías mobiliarias entre el 21 de febrero y el 21 de agosto de 2014, accedieron a que les fuera aplicable el régimen de ejecución de garantías previsto en este estatuto. *A contrario sensu*, si las garantías preexistentes no fueron inscritas en la oportunidad mencionada, no pueden ser ejecutadas según las normas de la Ley 1676 de 2013, pero sí se debe observar, respecto de ellas, lo previsto en este estatuto sobre prelación de garantías.

En suma, el estatuto rige a futuro para las garantías mobiliarias que se constituyan en vigor de la ley. Pero respecto de las situaciones consolidadas o garantías preexistentes, rige de manera retrospectiva para las garantías mobiliarias regularmente constituidas en punto al sistema de prelación de garantías, y se previó un régimen de transición para quienes quisieran acceder a las reglas de ejecución del estatuto, según el cual, a pesar de tratarse de una garantía preexistente, el

titular puede gozar de los beneficios de la ejecución previa acreditación de ciertos requisitos. En ese orden de ideas, en lo que toca a la ejecución, sería una especie de retrospectividad sometida a la condición de haberse efectuado el registro en la oportunidad señalada en la ley.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, procederá el despacho a verificar si la fecha de registro correspondiente, ocurrió entre el 21 de febrero y el 21 de agosto de 2014, periodo durante el cual, debió operar el registro para la ejecución de la garantía, recordando que de ello dependerá la aplicabilidad de la ley 1676 de 2013 y de su decreto reglamentario en cuanto la ejecución de la garantía en el presente proceso.

4. Consultado el registro nacional de garantías mobiliarias, el despacho observó que:

4.1. En el caso de Bancolombia S.A, el registró fue realizado el 22 de septiembre de 2015, con modificaciones el 26 de octubre de 2015 y el 17 de diciembre de 2015, registros ampliamente extemporáneos en relación al periodo atrás reseñado.

En consecuencia, la posibilidad de ejecutar en el proceso de insolvencia está vedada, situación que de manera inexorable lleva a **desestimar la solicitud** de ejecución de la garantía.

4.2. En el caso de Davivienda S.A, esta entidad financiera cuenta con dos (2) registros: el primero, realizado el 25 de junio de 2015 y el segundo, realizado el 1 primero de octubre de 2015, fechas que sobrepasan la época señalada del el 21 de febrero y el 21 de agosto de 2014, por lo cual, la posibilidad de ejecutar en el proceso de insolvencia también le está vedada situación que así mismos representa **desestimar la solicitud** de ejecución de la garantía.

En consecuencia, no se accede a las pretensiones de estos dos acreedores de ordenar como mecanismo de ejecución de garantía el pago preferente de sus obligaciones

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos de Insolvencia

“Resuelve

Primero. Aceptar parcialmente el allanamiento que hizo la deudora a las objeciones presentadas por Bancolombia y Davivienda en cuanto a las Graduaciones de

segunda clase; en cuanto a Bancolombia quedara graduada en segunda clase por el único monto de 1.478.222.613.17 y Davivienda en la suma de 601.152.654.26.El saldo de las obligaciones conciliadas quedara graduado en quinta clase.

Segundo: Aceptar las conciliaciones y allanamientos que hizo la deudora como se relacionó anteriormente en relación con acreedores OTK internacional, Codinsa, Sandvik Colombia, Cooperativa especializada de transporte, Ultracesar, Agencia Distribuidora Bot Aqua y Terra Constructores asociados, Coltefinanciera, Operadora y comercializadora industrial de Colombia y Prloub Combustibles y Seguros Suramericana.

Tercero: Aceptar las conciliaciones parciales entre Transportes Agudelo López S.A.S, Elementos Metálicos S.A, Corema S.A.S y Trefilados y Mallas de Colombia S.A.S.

Cuarto. Estimar las objeciones formuladas por los siguientes acreedores quienes deben quedar reconocidos en cuarta clase y en las cuantías que se indican.

Objeciones presentadas			
No.	Radicación	Objetante	Valor reconocido
1	2016-01-055394	Transportes Agudelo López S.A.S	$ 3.653.633.575,00
3	2016-01-060076	Transporte de Carga ECR - Transecr S.A.S	$ 72.992.177,00
22	2016-01-069035	Peralta Perfilería S.A.S	$ 220.458.202,00
43	2016-01-070024	International Machinery Factory S.A.S	$ 568.259.693,00
45	2016-01-070081	V&S Comercial S.A.S	$ 66.047.874,00
46	2016-01-070098 (45) 2016-01-074465 (56)	Elementos Metálicos S.A	$ 821.841.768,00
50	2016-01-070170	Corema S.A.S	$ 146.074.891,00
54	2016-01-070220	Surfax Colombia S.A.S	$ 198.798.274,00
56	2016-01-070229	Operador y Comercializador Industrial de Colombia S.A.S Opeco	$ 26.749.600,00
59	2016-03-002680	Trefilados y Mallas de Colombia S.A.S	$ 937.298.435,00

Quinto. Estimar parcialmente la objeción presentada por: Alcaldía Mayor de Bogotá, Dirección de impuestos y aduanas nacionales y la Constructora Aguanin S.A.S.

Sexto. Estimar la objeción realizada por el ICBF, Asfaltos y Emulsiones S.A.S., Tek International S.A., Cooperativa especializada de Transportes, Construcciones Civiles, China y United Engineering Corporation

Séptimo. Desestimar las pretensiones del Municpio de Bosconia y ordenar al promotor su graduación y calificación por la suma de 334.308. En primera clase.

Octavo. Desestimar las objeciones presentadas por: engefactor S.A.S,Internacional de Logística Tipsel S.A.S.,Inalcribas S.A.S.,Rowcast S.A.S.,Consuelo Camargo Escorcia, Servicios para Ingeniería S.A.S, Mega Construcciones BB S.A.S. y Contrubias S.A.S.

Noveno: Ordenar al promotor incluir como credito condicional a favor de la Coperativa de arrastre de la concesión del cesar sujeto a la auditoria que inicio la concursada para lo cual tiene un término de 15 días siguientes a la ejecutoria de este auto.

Décimo. Ordenar al promotor incluir como crédito litigioso el de China y United Engineering Corporation

Décimo primero. Ordenar al promotor que incluya a la constructora Ariguni S.A.S. en crédito condicional conforme al dispuesto en la parte emotiva

Décimo segundo.: Desestimar la objeción de la constructora Ariguaní S.A.S. con relación al inventario

Décimo Tercero: Desestimar la solicitud de pago preferente por Bancolombia y Davivienda

Décimo cuarto: Aprobar la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto presentado por el promotor y ajustados conforme a lo resuelto en esta audiencia

Décimo quinto: Ordenar al promotor que diligencie el informe 32 denominado calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto el cual debe ser remitido a través de internet, el aplicativo está disponible en la página de esta entidad

Décimo sexto: Ordenar al deudor que envié dentro del término de 5 días contados

a partir de la ejecutoria de esta providencia los comprobantes de contabilidad suscritos conjuntamente por el contador y revisor fiscal que se deriven de los ajustes que hallan que efectuar a la contabilidad como consecuencia de lo decidido en esta audiencia

Décimo séptimo: Señalar que de acuerdo con lo señalado en los artículos 36,37 y 38 de la ley 1429 de 2010 a partir de la ejecutoria de esta providencia empieza a correr el termino de cuatro meses para la presentación y celebración del acuerdo de reorganización sin perjuicio de que las partes puedan hacerlo en un término inferior. Dentro de dicho término el acuerdo ha de llegar votado con las mayorías exigidas en la ley e incluso con las mayorías especiales de ser requeridas y con la pluralidad de categorías exigidas en la ley de insolvencia.

Décimo Noveno: Con la presentación del acuerdo se requiere un anexo separado donde se detallen los acreedores que en los términos de los artículos 32 de la ley de insolvencia forman parte una organización empresarial, los acreedores que en los términos del parágrafo 2 del artículo 69 de la misma ley estén relacionados con el deudor y los acreedores que en los términos del artículo 39 estén vinculados al deudor, a sus socios o controlantes

Notificación y Recursos. Notificada en estrado la providencia anterior, se interpusieron recursos por parte de:

Davivienda:

La apoderada de Davivienda S.A impugno la providencia respecto de los numerales 1 y 13 de la parte resolutiva, en cuanto al reconocimiento parcial como crédito prendario y el rechazo de la solicitud de pago preferente o ejecución de la garantía mobiliaria.

Con miras a que se reponga y se incluya como prendario, aportó una certificación de la fiduciaria sobre un contrato al que se refiere el recurso, un acta de acuerdo celebrada entre Conalvias Construcciones y la Alcaldía de Santiago de Cali que es el pagador y el acta de terminación del contrato de obra.

Para el efecto manifestó que I) existe otro contrato de garantía que el despacho no mencionó y debe tenerlo en cuenta y darle el mismo tratamiento como prendario. II) se refirió entonces al folio 156 del memorial 2016-01-070254, III) hizo referencia al fideicomiso Megaobras –Cali sobre el cual la Superintendencia no ofició requiriendo información, como si lo hizo respecto de los otros fideicomisos de la deudora, IV) hizo referencia a la definición de garantía mobiliaria que trae la ley 1676, V) sobre

el contrato que pretende se reconozca su derecho como garantizado, adujo que fue suscrito el 27 de octubre de 2014 y tuvo un otrosí el 6 de marzo de 2015 para instrumentar con los recursos la atención de créditos con su representada, vI) expuso que en la cláusula 41 Conalvías autoriza registrar la garantía mobiliaria.

Concluyó entonces que se cumplen todos los requisitos previstos en la ley como son I) es una operación contenida en un contrato de fiducia, II) existe un activo que es la renta o flujo futuro representada en una única factura, III) el contrato fue modificado el 6 de marzo de 2015 y registrado el 15 de junio del mismo año, IV) sobre la efectividad de la garantía informa que si existe dinero en la fiducia y aportó acta de terminación del contrato donde detallan el valor que ha de tener la factura.

En consecuencia, solicitó que al valor reconocido en segunda clase se aumente al que esté representado en este segundo contrato de fiducia en valor aproximado de $29.000 millones, y que se atienda esta garantía para su solicitud de pago preferente.

Traslado de Recurso:

A. El apoderado de la deudora, descorrió el traslado y expuso que (I) no entiende la razón por la cual se pretende una garantía sobre un contrato celebrado antes de la vigencia de la ley 1676 y ahora pretenda convertirlo como si hubiese nacido con posterioridad a la misma, (II) la fiducia es de fuente de pago en virtud de unos ingresos de contratos que deben ser transferidos a la fiducia, (III) que el contrato fue terminado y surgió una suma a pagar en 10 contados y no una factura, (IV) esos derechos nunca fueron cedidos al fideicomiso, se trataba de una mera expectativa.

B. El apoderado de Colpatria, descorrió y adujo que (I) para que exista garantía mobiliaria debe existir una garantía, (II) el contrato no dice que exista garantía sino que hace referencia a una fuente de pago, (III) no entiende porque razón ahora se presentan documentos que no obraban en el expediente, (IV) en el certificado de garantía inscrito se dice que es un fideicomiso de administración y fuente de pago de recursos provenientes de la factura presentada el Municipio de Cali.

Consideración Despacho

Revisado el memorial de 2016-01-070254, se observa que el acreedor hizo referencia en su condición de acreedor garantizado por tener registrado a su favor una garantía mobiliaria. En la pretensión manifestó que debía mantenerse en segunda clase la obligación por $52.500.436.990.

Dentro de las pruebas aportadas, efectivamente se encuentra el formulario de inscripción inicial no. 201510625000099200, correspondiente a la "fiducia mercantil de administración y fuente de pago con los recursos provenientes de la factura presentada al Municipio de Cali".

Es precisamente sobre este contrato que el Despacho echa de menos la prueba sobre la existencia de la cesión de la factura al fideicomiso, y conforme a la manifestación de la deudora ésta no existió ni existe a la fecha, siendo éste el único elemento probatorio con que cuenta para resolver el reconocimiento de una garantía.

Aclara este operador que la información sobre los otros dos fideicomisos surgió en ejercicio de la facultad oficiosa, porque lo consideró así en su ejercicio de juez, en razón a que dentro del expediente reposa copia de los contratos y sus otrosí, como de los saldos que existían para el mes de octubre de 2015, no siendo lo mismo respecto del contrato que menciona en el recurso.

En consecuencia, el Despacho confirmó su decisión en cuanto al reconocimiento parcial como crédito prendario y la solicitud de pago preferente elevada por este acreedor, teniendo en cuenta que al no estar acreditado en el expediente la existencia del bien prendado, no es posible reconocer el privilegio especial, por los mismos fundamentos jurídicos expuestos en la providencia que se recurrió y se desestima el recurso.

(V) Cierre

En firme la providencia, intervino el promotor quien adujo presentar dos acuerdos de reorganización celebrados con los acreedores y solicitó fijar fecha para la celebración de la audiencia de confirmación de estos acuerdos.

Así las cosas, el Despacho convocó a audiencia para el 29 de abril de 2016 a las 2:00 P.M.

A las 9:06 P.M., se dio por terminada la audiencia, y en constancia firma, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, quien presidió.

Auto proferido en audiencia Acta n° 400-000891de 29 de Abril de 2016	
Sujeto del proceso	Inverpacífico S.A.
Asunto	Calificación del contrato es necesaria para que el acreedor hipotecario se beneficie de la Ley 1676 de 2013.

Audiencia de resolución de objeciones

Fecha	22 abril de 2016
Hora	9:00 a.m.
Convocatoria	Auto 400-003629
Lugar	Superintendencia de Sociedades en videoconferencia con la Intendencia Regional, en Cali.
Sujeto del proceso	Inverpacífico S.A.
Promotor	Harold Blum Capurro-representante legal
Representante legal	Harold Blum Capurro
Expediente	79682

Objeto de la audiencia

Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto, en el proceso de validación del acuerdo extrajudicial de reorganización.

Estructura de la audiencia

(IV) Instalación
(V) Desarrollo
a. Cuestiones previas.
b. Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto.
(VI) Cierre

(III) Instalación

Preside esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia. Se deja constancia que el registro de la audiencia queda anexo a la presente acta en medio magnético (CD). Así mismo se anexa la lista de asistencia.

Pregunta el Despacho si alguno de los presentes en audiencia necesita que le sea reconocida personería para actuar.

Apoderado	Poderdante
Claudia Ortega	Colpensiones, Colfondos, Protección y Porvenir
Lina María Cardozo	Bancolombia
Wilson Germán Pulido Castro	C.I. Acepalma
María Helena Suárez García	Banco de Occidente

(IV) Desarrollo

a. Cuestiones previas

El Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, concede la palabra al representante legal con el fin de que se identifique e informe al Despacho sobre la existencia de nuevas conciliaciones y sobre el estado de las obligaciones con la seguridad social.

b. Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto

El Despacho profirió el auto que resuelve las objeciones y aprobó la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto, del cual se transcribe la parte resolutiva:

AUTO
Superintendencia de sociedades

III. Antecedentes

9. La Superintendencia de Sociedades mediante Auto no. 400-013833 de 15 de octubre de 2015, admitió a la sociedad al proceso de validación del acuerdo extrajudicial de reorganización.

10. De los documentos adjuntos a la solicitud de validación del acuerdo extrajudicial de reorganización se corrió traslado del 17 al 23 de noviembre de 2015, en virtud del artículo 2.2.2.13.3.4 del Decreto 1074 de 2015, en concordancia con el artículo 29 de la ley 1116 de 2006, término dentro del cual se presentaron las siguientes objeciones:

N° de radicación	Objetante
2015-01-458586	Banco Agrario de Colombia S.A.
2015-01-458764	Davivienda S.A.

11. De las objeciones presentadas se corrió traslado del 26 al 30 de noviembre de 2015, en los términos del artículo 29 de la ley 1116 de 2006, término dentro del cual los interesados hicieron los pronunciamientos del caso.

12. Mediante memoriales 2015-03-023393 y 2015-03-023398 de 30 de noviembre de 2015, da respuesta a los escritos de objeciones y el resultado de la etapa de conciliación.

13. Mediante Auto 400-003629 de 4 de marzo de 2016, este Despacho tuvo como pruebas las documentales que reposan en el expediente de proceso concursal, las presentadas con los escritos de objeciones y las allegadas con el descorre de las mismas, y se pronunció sobre las pruebas solicitadas por Banco Davivienda.

14. Mediante Auto 400-003629 de 4 de marzo de 2016, se convocó a audiencia de resolución de objeciones y autorización del acuerdo para el día 22 de abril de 2016 a partir de las 9:00 a.m. en conexión con la ciudad de Regional Cali.

IV. Consideraciones del despacho
B. Resolución de objeciones

1. Banco Agrario de Colombia S.A.

1. Mediante escrito de 23 de noviembre de 2015, el Banco Agrario manifestó que la concursada suscribió y aceptó los siguientes pagarés, de los cuales allega copia y tabla de amortización de cada uno de los créditos, así:

Obligaciones directas:

Pagaré	Capital	Intereses	Otros Conceptos
069036100005607	261.660.152,00	293.282,00	7.384.898,00
069036100005132	255.428.706,00	410.305,00	62.043,00
069036100005609	551.275.717,00	617.898,00	15.581.048,00
069036100005610	203.480.904,00	228.072,00	5.801.295,00
069036100005608	139.211.602,00	156.035,00	3.934.624,00

069036100005580	113.081.230,00	144.320,00	2.847.009,00
069036100005582	71.440.623,00	91.175,00	1.834.369,00
069036100005550	95.309.657,00	2.883.299,00	3.688.756,00
069036100005581	53.896.615,00	1.630.475,00	10.264,00
Total	**1.744.785.206,00**	**6.454.861,00**	**41.144.306,00**

2. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones mencionadas, la sociedad deudora constituyó las siguientes hipotecas a favor del Banco Agrario, así:

Número E.P.	Fecha	Matriculas Inmobiliarias
1594	de 9/05/2014	252-11425 / 11427 / 001220 / 11426 / 1830 / 1874 hipoteca que cubre obligaciones adquiridas por PALMAR DEL CONGO, PALMAS DEL PACÍFICO, CENTRAL MANIGUA y INVERPACÍFICO propietaria de los seis inmuebles El Danubio, La Trinidad, El Danubio, La Lucha, La Trinidad, La Lucha, respectivamente.
1053	de 25/03/2008	252-0019774 / 0011549 / 0012088 / 0007718. Hipoteca que cubre las obligaciones adquiridas por Inverpacífico.

Obligaciones indirectas:

Clase de obligación solidaria	No. de pagaré	Capital $	Intereses	Otros Conceptos
indirecta Central Manigua	069036100005422	766.078.561,00	1.197.247,00	292.406,00
indirecta Central Manigua	069036100005585	612.764.148,00	782.035,00	17.498.016,00
indirecta Central Manigua	069036100005584	490.843.384,00	626.435,00	14.010.649,00
indirecta Central Manigua	069036100005548	872.264.468,00	1.228.780,00	24.905.681,00

indirecta Central Manigua	069036100005583	977.807.540,00	1.247.915,00	27.922.052,00
indirecta Central Manigua	069036100005603	759.383.808,00	210.258,00	21.607.084,00
indirecta Central Manigua	069036100005604	406.836.725,00	507.965,00	11.445.109,00
indirecta Central Manigua	069036100005606	582.021.596,00	726.697,00	16.396.523,00
indirecta Central Manigua	069036100005605	1.607.698.761,00	2.007.330,00	45.668.864,00
indirecta PALMAS DEL PACIFICO	069036100005616	140.981.807,00	176.026,00	3.978.575,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005617	565.346.323,00	848.330,00	15.797.763,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005618	205.834.697,00	257.000,00	5.809.437,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005423	383.039.281,00	598.624,00	95.745,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005615	260.926.904,00	325.787,00	9.656.825,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005589	452.491.830,00	577.485,00	5.188.228,00

indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005590	228.395.527,00	291.485,00	2.620.556,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005591	284.074.504,00	362.545,00	5.939.504,00
indirecta PALMAS DEL PACÍFICO	069036100005549	383.639.472,00	13.256.817,00	116.709,00
Total		**9.980.429.336,00**	**25.228.761,00**	**228.949.726,00**

Total de la deuda:

Obligación directa	1.744.785.206,00	6.454.861,00	41.144.306,00
Obligación indirecta	9.980.429.336,00	25.228.761,00	228.949.726,00
Total	**11.725.214.542,00**	**31.683.622,00**	**270.094.032,00**

3. Ante el incumplimiento de la deudora en el pago de las obligaciones el Banco Agrario inició el cobro ejecutivo, proceso que cursa en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali, radicado con el No. 2015-332.

4. Con fundamento en lo expuesto solicita el apoderado del Banco Agrario al Despacho lo siguiente:

a) Reconocer al Banco Agrario como acreedor hipotecario de cada una de las obligaciones relacionadas, incluyendo el capital y los intereses liquidados a las tasas pactadas, hasta el día de confirmación del acuerdo.

b) Se ordene el ajuste del proyecto de determinación de votos y calificación y graduación de créditos, incluyendo el capital adeudado y los intereses liquidados a las tasas pactadas, hasta el día de confirmación del acuerdo.

c) Autorizar la continuación de la ejecución de la garantía que cursa en el Juzgado referido, con fundamento en lo establecido en la Ley 1676 de 2013 y el Decreto Reglamentario 1835 de 2015.

d) En subsidio de lo anterior, esto es de demostrarse que el bien objeto de la

garantía es operacional, reconocer al Banco Agrario los derechos y privilegios otorgados en la ley de garantías mobiliarias, esto es que se le pague su crédito con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo, cancelando el crédito en las condiciones pactadas inicialmente, según el plan de amortización que se presenta previo el pago de las cuotas vencidas.

e) De validarse el acuerdo extrajudicial, disponer que el mismo no le es oponible al Banco Agrario S.A. por no haberlo votado en forma positiva, de conformidad con lo establecido en el art.2.2.2.4.2.43 del Decreto 1835 de 2015.

5. La deudora, frente a la objeción manifestó que la Ley 1676 de 2013, al hablar de las garantías reales en los procesos de reorganización, se refieren a la prenda, toda vez que los bienes muebles o inmuebles necesarios son los bienes muebles objeto de garantía y los inmuebles por destinación o adhesión. Y los bienes que han sido dados en garantía corresponden a bienes “inmuebles por naturaleza” de aquellos que han sido descritos y caracterizados en el artículo 656 del Código Civil.

6. Afirmó el representante legal que ninguna de las garantías que posee el objetante corresponde a bienes muebles o inmuebles por adhesión o destinación, y menos aún ha acreditado el objetante constancia de registro de una garantía mobiliaria que pueda gozar de la aplicación de la Ley 1676 de 2013 y por consiguiente menos del Decreto 1835 de 2015.

7. También reiteró que:

a) Se mantiene en las cifras presentadas en el proyecto de calificación y graduación de créditos, respecto de cada una de las obligaciones.

b) En cuanto a la continuación de la ejecución de la garantía que cursa en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali, reiteró que los beneficios consagrados para los acreedores garantizados con garantías mobiliarias inscritas dentro del proceso de reorganización, no son extensivas a los acreedores garantizados con garantía hipotecaria con inmuebles por naturaleza, tales como son las garantías que tiene el Banco Agrario.

c) Afirmó que con escrito del 6 de octubre de 2015, se hizo absoluta claridad que los bienes objeto de la garantía otorgada al Banco Agrario son esenciales para la continuación de su objeto social, toda vez que se trata de los terrenos en donde se encuentran plantadas las palmas que son objeto de la explotación de la deudora.

d) Solicitó se tenga como prueba la exposición de motivos de la Ley 1676 de 2013, gaceta No. 320 de 2012, y se desestimen las solicitudes realizadas por el apoderado del Banco Agrario.

Consideraciones del despacho

En primera medida el Despacho manifiesta, frente al ámbito de las garantías mobiliarias que ya realizó un estudio detallado, unificando su posición, en especial en la proferida el 19 de febrero de 2016, la cual consta en el acta 400-000359.

Para este efecto, en primer lugar (I) se analizó el concepto mismo de acreedor garantizado, como titular de derechos especiales en los concursos recuperatorio y liquidatorio; posteriormente, a efectos de ordenar la aplicación de la ley de garantías en la insolvencia, se hicieron unas (II) precisiones respecto de los ámbitos de aplicación temporal y personal del estatuto de garantías en el concurso, a saber:

(I) Los negocios jurídicos de hipoteca que se hayan perfeccionado antes de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, es decir, antes del 21 de febrero de 2014, conservan en el concurso la calificación derivada de las normas vigentes al momento de su constitución.

(II) Los negocios jurídicos de hipoteca perfeccionados del 21 de febrero de 2014 en adelante, gozarán de los privilegios concursales, en lo que corresponda, previstos en los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013.

(III) La noción de acreedor concursal con garantía inmobiliaria no corresponde, conceptualmente, a la de acreedor garantizado del artículo 8 de la Ley 1676 de 2013.

(IV) Por tanto, corresponde a la jurisprudencia concursal determinar, in concreto, las reglas relativas a los derechos de los acreedores concursales con garantía inmobiliaria, sobre la base de que el ámbito de eficacia de las normas que regulan la materia inmobiliaria en la ley citada está restringido al escenario de la insolvencia.

(V) La presente interpretación rige hacia el futuro, por lo que las decisiones anteriores proferidas por el Despacho permanecerán incólumes".

Ahora bien, revisados los documentos aportados al proceso por las partes se observa que la hipoteca sobre los inmuebles de la concursada identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 252-0019774/0011549/0012088/0007718, fue constituida mediante Escritura Pública No. 1053 de 25 de marzo de 2008, es decir con anterioridad a la Ley 1676 de 2013 que entró en vigencia el 21 de febrero del 2014.

En virtud de lo expuesto, el juez del concurso no despachará favorablemente la ejecución de garantía constituida sobre los citados bienes inmuebles, por cuanto tal y como lo ha reiterado el Despacho, la hipoteca fue constituida antes de la entrada en vigencia de la citada ley y no opera la técnica de tránsito legislativo.

En cuanto al valor del crédito hipotecario a favor del Banco Agrario, encuentra el Despacho que en el proyecto de calificación y graduación de créditos presentado por la concursada, la obligación está calificada por la suma de $1.612.237.914 en tercera clase y en quinta clase $ 155.186.656, valor que fue objetado por dicha entidad financiera, por cuanto según los pagarés firmados por la deudora y como deudor solidario, el valor del crédito es por capital **$11.725.214.542**, intereses **$31.683.622**, y otros conceptos **$270.094.032**.

A folios 474 a 523 de la actuación No. 3 del expediente 79682 del proceso de validación de la concursada, se encuentran los avalúos y certificados de tradición de cada uno de los inmuebles de propiedad de la concursada, así:

Los inmuebles objeto de hipoteca constituida mediante escritura pública No. 1053 de 25 de marzo de 2008, son:

Matricula inmobiliaria	Valor
252-0019774-Los Almendros	128.957.750
252-0011549 La Siria	174.454.683
252-0012088-El Lucero	1.460.240.905
252-0007718-La Florida	302.230.653
Total	**2.065.883.991**

Los inmuebles objeto de hipoteca constituida mediante escritura pública No. 1594 de 9 de mayo de 2014, son:

Matricula inmobiliaria	Valor
252-11425 El Danubio 1	39.126.500
252-11427 La Trinidad 1	35.138.791
252-1220 El Danubio 2	68.060.946
252-11426 La Lucha 1	380.600.234
252-1830 La Trinidad 2	410.232.569
252-1874 La Lucha 2	68.766.820
Total	**1.001.925.860**

Teniendo en cuenta los anteriores valores, y que por parte de la deudora no se

aportaron documentos que acreditaran que se hicieron pagos, que desvirtuaran las sumas reclamadas por el Banco Agrario, el crédito a calificar y graduar como hipotecario es la suma de los valores de estos inmuebles que garantizan las obligaciones, esto es, $3.067.809.851, y la diferencia entre los $11.725.214.542 reclamados por capital, y el valor de los bienes inmuebles que amparan la hipoteca, es la suma de $8.657.404.691, crédito a reconocer como quirografario.

Igualmente la suma reclamada como otros conceptos $270.094.032,00 se tendrá como un crédito quirografario. *En cuanto a los intereses, estos serán objeto del acuerdo de reorganización.*

Con respecto a las solicitudes hechas por el apoderado del Banco Agrario sobre los beneficios de la Ley de Garantías Mobiliarias, el Despacho encuentra pertinente hacer las siguientes aclaraciones:

1. Como ha quedo sentado, las hipotecas que fueron constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley de Garantías Mobiliarias, no pueden beneficiarse del régimen creado por esta. Ahora bien, en el presente caso, algunas de las hipotecas que le fueron concedidas al Banco Agrario tienen una fecha de constitución posterior a la entrada en vigor de la Ley 1676 de 2013. Quiere decir lo anterior que en principio, estas garantías inmobiliarias serían susceptibles de recibir el tratamiento de las garantías mobiliarias. En efecto, es lo que se colige de la lectura de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676, que incluyeron las garantías reales sobre bienes inmuebles al esbozar el régimen de las garantías mobiliarias en los diferentes procesos concursales.

2. Ahora bien, el Despacho, en la providencia tantas veces mencionada, de 19 de febrero de 2016, hizo numerosas consideraciones con respecto a la manera como se integran el negocio jurídico de prenda y el negocio jurídico de hipoteca con las disposiciones de la Ley 1676 de 2013. Así, el Despacho concluyó que *"el negocio jurídico prendario fue recalificado como garantía mobiliaria y sus contornos ampliados de manera significativa". En contraposición a ello, el Despacho consideró que "lo que se concluyó respecto del negocio jurídico de prenda no es extrapolable al negocio jurídico de hipoteca"*. En otras palabras, y puesto en términos más sencillos, las prendas fueron recalificadas en garantías mobiliarias, pero las hipotecas no lo fueron.

3. Esa conclusión reviste gran importancia para los hechos que examina hoy el Despacho. En efecto, las garantías mobiliarias están sometidas a un régimen que consagra una multiplicidad de beneficios para el acreedor garantizado cuando el deudor se encuentre en situación de concurso. Entre ellos, la posibilidad de solicitar

autorización para iniciar o continuar la ejecución de los bienes no necesarios antes de la confirmación del Acuerdo de reorganización, mediante enajenación o apropiación; o si se trata de bienes necesarios, la posibilidad de que sus créditos sean relacionados reconociendo el valor de la obligación como garantizada e incluyendo los emolumentos previstos en el artículo 7° de la Ley 1676, el cual menciona los intereses.

Pero, puesto que las hipotecas no son garantías mobiliarias, no se puede concluir que los acreedores en cuyo favor se constituyeron puedan acceder al régimen de las garantías mobiliarias de forma automática.

4. La anterior conclusión abre entonces el interrogante sobre cuáles son las hipótesis en las que un acreedor hipotecario podría beneficiarse del régimen de las garantías mobiliarias. La única respuesta posible a este interrogante es cuando medie la voluntad expresa de las partes. Es decir, las partes en el negocio jurídico de hipoteca deben hacer una mención expresa que permita aplicar el régimen de las garantías mobiliarias a las garantías hipotecarias.

5. Ciertamente, en la escritura pública de constitución de hipoteca No. 1594 de 9 de mayo de 2014 las partes pactaron la siguiente cláusula: El artículo 5 de la escritura pública establece que *“El HIPOTECANTE autoriza a EL BANCO para exigir el pago total de las obligaciones garantizadas con esta hipoteca en cualquier tiempo, sin consideración al vencimiento, ni a los plazos pactados, haciendo efectivos sus derechos extrajudicial o judicialmente si ocurre, además de los eventos de aceleración en los pagos previstos en los respectivos títulos o documentos de deuda, cualquiera de los siguientes hechos”: “(…)” “C) Si a EL HIPOTECANTE Y/O EL GARANTIZADO o a cualquiera de sus fiadores, codeudores o avalistas promueven o les es promovido un proceso concursal, de reorganización o cualquier otro semejante”.*

Sin embargo, el Despacho observa que la redacción de la cláusula en los términos en los que fue pactada, no permite concluir que las partes hicieron una manifestación expresa de voluntad en el sentido de someter la hipoteca a las reglas de la Ley 1676 de 2013. Si las partes quieren someter su hipoteca al régimen de la Ley de garantías mobiliarias, así lo deben expresar, sin ambigüedad alguna, mencionando claramente la identificación de la ley, pues solo de esa manera podrá el juez del concurso someter un negocio jurídico (en este caso la hipoteca) a un régimen jurídico diferente al que su calificación inicial.

6. En conclusión, el Despacho negará las solicitudes que el acreedor Banco Agrario elevó a través de su apoderado, en el sentido de acceder a los beneficios de las Ley

de garantías amparado en un contrato de hipoteca, pues en el mismo no se pactó expresamente esa posibilidad.

7. En consecuencia, el Despacho ordenará al representante legal promotor ajustar el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de votos de acuerdo con lo señalado en esta providencia, reconociendo al Banco Agrario como acreedor hipotecario por $3.067.809.851 y como acreedor quirografario por los valores de $$8.657.404.691 correspondiente al excedente de las obligaciones reclamadas, y $270.094.032 correspondiente a otros conceptos

2. Banco Davivienda S.A.

1. Manifestó la apoderada que la sociedad Inverpacífico S.A. es deudora del Banco Davivienda por la suma de $2.230.530.694, y no por $1.924.713.071, valor que aparece en el proyecto de calificación y graduación de créditos.

2. Presentó los siguientes valores de los créditos así:

Clase de obligación	No. de crédito	Capital	Intereses
Directa Inverpacífico	06301017300183503	234.916.130,23	3.032.892,48
Directa Inverpacífico	07601017300183516	20.422.412,00	3.842,28
Indirecta Central Manigua	06301017300183487	939.643.388,08	11.641.927,88
Indirecta Central Manigua	07601017300183490	80.952.867,00	15.194,93
Indirecta Palmas del Pacífico	06301017300183545	352.197.217,89	4.547.054,02
Indirecta Palmas del Pacífico	07601017300183557	27.840.373,00	5.239,14
Indirecta Palmar del Congo	06301017300183529	528.838.158,56	6.552.161,92
Indirecta Palmar del Congo	07601017300183532	45.720.148,00	8.581,85
Total		**2.230.530.694,76**	**25.806.894,50**

3. Allegó la apoderada de Davivienda el original del pagaré y su carta de instrucciones con hoja de seguridad No. 425985, el cual se encuentra diligenciado por la suma

de $2.230.530.694, suscrito por los representantes legales de las empresas Central Manigua S.A., Palmas del Pacífico S.A., Palmar del Congo e Inverpacífico S.A. y por los señores Harold Blum Capurro y Aniceto Guzmán Sánchez, a nombre propio.

4. Igualmente se allegaron copia de los pagarés con hoja de seguridad, 425983 y 425982 y 001 con su carta de instrucciones, cuyos originales obran en los expedientes de Palmas del Pacífico S.A., Palmar del Congo e Inverpacífico S.A.

5. La deudora, durante el período de traslado manifestó que la sumatoria de los créditos corresponde a la suma de $1.924.713.071, la diferencia entre el valor que pretende el objetante que se le reconozca es de $305.817.623. que corresponden a intereses que han sido llevados al capital.

Consideraciones del despacho

El artículo 29 de la Ley 1116 de 2006 establece que *"la única prueba admisible para el trámite de objeciones será la documental, la cual deberá aportarse con el escrito de objeciones o con el de respuesta a las mismas".*

Observa el Despacho que por parte de la concursada no se aportaron documentos que acrediten el pago de la deuda, o parte de ella. En consecuencia, se ordenará al representante legal el ajuste de los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, reconociendo el crédito a favor de Davivienda por capital la suma de $2.230.530.694, valor que corresponde al original del pagaré aportado por la apoderada de la entidad bancaria.

En cuanto a los intereses estos serán objeto de lo pactado en el acuerdo de reorganización. En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Estimar parcialmente las objeciones presentadas por el Banco Agrario y Davivienda, respecto de los valores del crédito por capital, y en consecuencia ordenar al promotor ajustar el proyecto de calificación y graduación y derechos de voto en los valores señalados en esta providencia.

Segundo. Desestimar las objeciones propuestas por Banco Agrario S.A., respecto a la ejecución de las garantías mobiliarias y pago preferente de las mismas.

Tercero. Aprobar el proyecto de calificación y graduación de créditos y el de

determinación de derechos de voto, presentados por el promotor de la sociedad en concurso ajustados conforme a lo resuelto en esta providencia.

Cuarto. Ordenar al promotor de la deudora diligenciar el informe 32 denominado calificación y graduación de créditos y derecho de voto, el cual debe ser remitido vía internet. El aplicativo se puede obtener en el portal de internet de la Superintendencia de Sociedades http//www.supersociedades.gov.co ingresando por el vínculo software para el envío de la información. Para tal efecto, se deben seguir las instrucciones para descargar e instalar Storm User en su computador.

Quinto. Ordenar al representante legal de la deudora enviar en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, los comprobantes de contabilidad suscritos conjuntamente por el contador y revisor fiscal que se deriven de los ajustes que haya que efectuar a la contabilidad como consecuencia de las decisiones adoptadas en esta providencia.

La decisión es notificada en estrados.

c. Validación del acuerdo extrajudicial de reorganización

(I) Verificación de cumplimiento de los gastos de administración y otros

A continuación, el Despacho concedió la palabra a los presentes en la audiencia para que indicaran si existen obligaciones por concepto de gastos de administración, aportes a seguridad social, retenciones de carácter obligatorio o retenciones efectuadas a trabajadores no pagadas a la fecha, que impidan continuar con el estudio del Acuerdo de reorganización, en atención a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006 y en el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010, a fin de que el representante legal exhibiera los respectivos soportes de pago o propusiera las posibles soluciones frente a dichas reclamaciones.

Intervinieron los siguientes acreedores:

Apoderado	Poderdante
Claudia Ortega	Colpensiones, Porvenir, Colfondos y Protección
Luis Enique Arboleda Giraldo	Positiva Compañía de Seguros.

A continuación se concedió la palabra a los presentes, a fin de que indicaran si fueron depuradas y pagadas las obligaciones por concepto de aportes a seguridad social, pues las mismas impedían la continuación con el estudio del Acuerdo de

reorganización, en atención a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010.

Intervinieron los acreedores antes mencionados y manifestaron no tener inconveniente en continuar con el estudio del Acuerdo extrajudicial de reorganización, siempre que la sociedad en concurso se comprometiera a realizar los pagos con ellos acordados, a la depuración y a pagar si da lugar, para lo cual conceden para las obligaciones de Colpensiones 90 días y para Colfondos y Protección 30 días.

(II) Control de legalidad y observaciones al acuerdo

Resuelto lo anterior, el Despacho realizó algunas precisiones legales referentes a la naturaleza y requisitos esenciales y formales del acuerdo de reorganización para que el mismo se entienda válidamente celebrado. Posteriormente concedió el uso de la palabra a los concurrentes que tuvieran observaciones sobre el contenido del acuerdo.

Intervino la apoderada de Bancolombia para manifestar el voto negativo al acuerdo y reserva expresa de solidaridad, y el apoderado del Banco Agrario, quien solicitó se revisara la votación del acuerdo, teniendo en cuenta el reconocimiento de los créditos realizados y en firme.

El Despacho aceptó la solicitud del apoderado del Banco Agrario y concedió un término de 15 minutos, con el fin de que el representante legal revise y manifieste al Despacho si existe variación en los votos y en consecuencia se deben recomponer.

Cumplido el término concedido, el juez del concurso reanudó la audiencia y manifestó que en virtud de las decisiones que tomó el Despacho y que quedaron en firme, se produjo una notable alteración en la asignación de los derechos de voto, lo cual hace necesario reconsiderar la oportunidad de continuar con este trámite, para lo cual concedió la palabra al representante legal de la concursada, quien manifestó que en el receso se verificaron la asignación de votos de las cuatro sociedades, y consideró que la mejor decisión es retirar la solicitud de validación de Inverpacífico S.A. y Palmar del Congo S.A.

Acto seguido, el juez del concurso señaló que teniendo en cuenta la manifestación del representante legal de las compañías en trámite Inverpacífico S.A. y Palmar del Congo S.A., el Despacho aceptó el retiro de dichos trámites de Validación Judicial de Acuerdo Extrajudicial de Reorganización.

En consecuencia el Despacho profirió el siguiente auto, del cual se transcribe la parte resolutiva:

“Resuelve

Primero. Aceptar el desistimiento de los trámites de validación judicial de acuerdo extrajudicial de reorganización de las empresas Inverpacífico S.A. y Palmar del Congo S.A.

Segundo. Dar por terminado los procesos de validación judicial de acuerdo extrajudicial de reorganización de las empresas Inverpacífico S.A. y Palmar del Congo S.A.

Tercero. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial, entregar al peticionario los documentos aportados, sin necesidad de desglose".

La decisión fue notificada en estrados.

En firme la providencia, a la 10:06 a.m. se dio por terminada la audiencia, y en constancia firma quien la presidió.

Auto 400-004422 de 17 de Marzo de 2016	
Sujeto del proceso	Panthers Machinery S.A.S.
Asunto	Recursos que constituyen el patrimonio autónomo cuando éste ha sido inscrito en el registro de garantías mobiliarias. Resuelve recursos contra auto de 21 de enero de 2016, sobre la fiducia mercantil en el concurso y publicado en el tomo III de jurisprudencia concursal.

Consideraciones del despacho

1. Analizados los memoriales de reposición presentados por los recurrentes, el Despacho encuentra que los argumentos expuestos coinciden en su gran mayoría y por razones de economía procesal, serán resueltos los recursos conjuntamente a través de la presente providencia.

2. De manera general, los recurrentes iniciaron sus memoriales exponiendo cada uno su situación particular frente a la insolvencia de Panthers Machinery S.A.S. Luego, recordaron al Despacho la noción de fiducia y el proceso de formación del patrimonio autónomo, así como los efectos jurídicos del mismo.
Los argumentos expuestos por los recurrentes se pueden resumir así:

a) El contrato de fiducia mercantil constituye un patrimonio autónomo, separado y diferente al patrimonio del fideicomitente y del fiduciario. Por esta razón, los bienes fideicomitidos no pueden ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente ni por los del fiduciario.

b) En el presente caso operó una cesión de derechos económicos, que cumplió con todos los requisitos de ley. Como resultado de dicha cesión, los recursos económicos provenientes de los contratos fueron depositados en las fiducias.

c) La finalidad del proceso de reorganización es solventar las dificultades económicas del deudor, pero no por ello puede desconocerse la existencia de obligaciones anteriores que deben ser reconocidas a los acreedores.

d) Los acreedores simplemente pretenden que el crédito y las garantías sean reconocidas. La incertidumbre en cuanto al respeto de las garantías, genera que las entidades no estén interesadas en realizar contratos de préstamo o que los intereses sean muy elevados pues no habría ninguna manera de mitigar los riesgos que se derivarían de esta clase de operaciones.

e) El juez no puede exigir a terceros la entrega a la sociedad de recursos que garantizan unas obligaciones precisas frente a ciertos acreedores y mucho menos decidir sobre el mismo contrato, cuando él no tiene la facultad para hacerlo, pues son las mismas partes las que celebraron el contrato, que según disposiciones civiles y mercantiles es ley para las partes. Los actos provenientes de la voluntad de las partes no pueden ser modificados por un juez que no es competente y la Ley 1116 de 2006 no atribuyó esa facultad al juez del concurso.

f) El pago que realizaría el fiduciario a los beneficiarios de la fiducia se haría con cargo al patrimonio autónomo y no con cargo al patrimonio de Panthers Machinery S.A.S.

g) De manera general, los recurrentes fundamentaron sus argumentos en normas del Código Civil, del Código de Comercio e incluso algunos hicieron alusión a precedentes jurisprudenciales.

3. Aparte de los anteriores, ciertos recurrentes presentaron dos argumentos que deben ser analizados separadamente por el Despacho. Por un lado, adujeron que las órdenes impartidas en el auto recurrido, desconocieron la jurisprudencia emitida por este mismo Despacho en casos similares, en lo que respecta al uso de los recursos de los patrimonios autónomos dentro del concurso, en especial, aquellos patrimonios de fuente de pago.

En efecto, según el apoderado de Rivera Andrade Estudio Jurídico, el Despacho, con su decisión, no solo pretermitió su propio precedente, sino que también violó el principio constitucional de igualdad y dejó en vilo la estabilidad jurídica.

4. Por otro lado, tanto el apoderado de Rivera Andrade Estudio Jurídico, como la de LW Latin American Short Duration Fund BV, hicieron alusión a la Ley de garantías mobiliarias, indicando que el Despacho no se pronunció sobre este punto al momento de impartir las órdenes contenidas en el auto recurrido.

5. Expuestos así los argumentos de los recurrentes, el Despacho observa que los mismos pueden ser abordados organizándolos en tres ejes temáticos. En primer lugar, la inoperancia del contrato de fiducia en sede concursal.

En segundo lugar, la distinción entre las fiducias Panthers Machinery y otras operaciones fiduciarias relativas a otros precedentes jurisprudenciales emitidos por este Despacho. En tercero y último lugar, la suerte de los recursos que constituyen el patrimonio autónomo cuando éste ha sido inscrito en el registro de garantías mobiliarias.

(I) La inoperancia del contrato de fiducia en sede concursal

6. Los recurrentes centraron sus argumentos en que la decisión del Despacho ignora los efectos del contrato de fiducia, en especial, la formación de un patrimonio autónomo diferente del patrimonio del fideicomitente y del de la fiduciaria. La totalidad de los memorialistas hicieron referencia a que los recursos económicos de los contratos celebrados por la concursada fueron cedidos de manera irrevocable al patrimonio autónomo, razón por la cual los mismos no deben quedar afectos a la reorganización del deudor.

7. Les asiste razón a los memorialistas cuando exponen con precisión la manera cómo opera el contrato de fiducia mercantil, así como el efecto más importante del mismo, la creación de un patrimonio autónomo con la finalidad de aislar los bienes fideicomitidos y ponerlos al abrigo de la persecución tanto de los acreedores del fideicomitente, como de los acreedores del fiduciario. Ahora bien, no puede perderse de vista que las reglas del derecho común, esto es, las del Código Civil y del Código de Comercio, están llamadas a ceder frente a las reglas del régimen de insolvencia.

8. El Despacho, ha hecho abundantes referencias en su jurisprudencia a la naturaleza transitoria, prevalente y excepcional del derecho de insolvencia. Es claro que el derecho de insolvencia entra muchas veces en franca colisión con las normas del derecho común, como ocurre precisamente en el caso de las fiducias mercantiles. Ahora bien, el enfrentamiento entre las normas aplicables a la insolvencia y las normas del derecho común ha de resolverse siempre en beneficio del derecho de insolvencia pues así lo ordena expresamente el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006: *“[l]as normas del régimen establecido en la presente ley prevalecerán sobre cualquier otra de carácter ordinario que le sea contraria”.*

9. Así las cosas, la decisión atacada mediante los recursos no fue fruto de la ignorancia del Despacho con respecto a los contornos conceptuales del contrato de fiducia mercantil, a la constitución de un patrimonio autónomo y a los efectos de la cesión de derechos económicos de un contrato. Por el contrario, la providencia recurrida se encargó de exponer en detalle la manera en que operan los mecanismos contractuales tendientes a aislar una parte del patrimonio del fideicomitente.

Pero también se dijo de manera clara que *“esta figura contractual [la fiducia] no puede desplegar su eficacia cuando el fideicomitente entra en insolvencia, por cuanto permitir el pago a los beneficiarios significaría atentar contra los principios de igualdad y universalidad sobre los que descansa el régimen concursal”.*

10. En ese orden de ideas, es absolutamente claro para el Despacho que la decisión que se tomó en relación a los patrimonios autónomos Panthers Machinery se justifica a la luz del derecho de insolvencia, aun cuando eso implique que el mecanismo fiduciario pierda eficacia y que las normas del Código Civil o del Código de Comercio aplicables al contrato de fiducia, queden paralizadas.

11. Es por eso que ninguno de los argumentos propuestos por los recurrentes son suficientes para que el Despacho reconsidere su posición, pues todos ellos están basados en las normas que serían aplicables si el fideicomitente no estuviera incurso en un régimen de insolvencia. Pero, puesto que la sociedad Panthers Machinery está tramitando un proceso de reorganización, se le deben aplicar primordialmente las reglas de la Ley 1116 de 2006 y no las del Código Civil y el Código de Comercio.

12. Otro de los argumentos expuestos por los recurrentes, en particular por el apoderado de Rivera Andrade Estudio Jurídico, es que el auto desconoce la jurisprudencia aplicada por el Despacho en casos, que según el recurrente, son similares a los aquí analizados.

(II) La distinción entre las fiducias Panthers Machinery y otras operaciones fiduciarias

13. Según el apoderado de Rivera Andrade Estudio Jurídico, la decisión tomada por el Despacho con respecto a las fiducias Panthers Machinery riñe con decisiones proferidas en el pasado por este mismo operador judicial. Según el memorialista, con la decisión atacada, el Despacho ha pretermitido su propio precedente, ha violado el principio constitucional de igualdad y en definitiva ha dejado en vilo la estabilidad jurídica.

14. La acusación del recurrente se apoya particularmente en lo decidido por este Despacho en cuanto a dos patrimonios autónomos, a saber, Campollo y Tisa. El Despacho debe advertir sin embargo, que las decisiones proferidas en los referidos casos, no constituyen precedentes de la decisión proferida con respecto a los patrimonios autónomos Panthers Machinery II y Panthers Machinery III.

15. En efecto, para que una decisión constituya precedente aplicable a otro caso es necesario que exista cierta identidad fáctica. Cuando dos expedientes presentan hechos comparables, el juez debe deducir las mismas consecuencias jurídicas para garantizar de esa manera la seguridad, la igualdad y la estabilidad del ordenamiento jurídico. Frente a hechos similares, el juez debe fallar de la misma manera, de forma que las partes en un litigio tengan una cierta previsibilidad con respecto a la resolución del mismo.

16. Por esa razón, el Código General del Proceso, en el artículo 7 relativo a la legalidad establece que "[c]uando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones de casos análogos". Esta disposición debe leerse en conjunto con el numeral 7 del artículo 42 del mismo estatuto procesal, que al establecer los deberes del juez, le ordena motivar la sentencia y las demás providencias. Dicho numeral advierte que *"[l]a sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7º sobre doctrina probable"*.

17. Ahora bien, el Despacho resalta nuevamente que la obligación de acatar los lineamientos de la doctrina probable o de separarse de ella sólo agotando una carga de motivación que justifique su decisión, la tiene el juez cuando le sean sometidos a consideración hechos similares a aquellos de los que ya ha conocido en el pasado. Pero en este caso en particular, las decisiones que cita el recurrente como precedentes no son en realidad tales.

18. En efecto, la diferencia fundamental entre los patrimonios autónomos Campollo y Tisa, y los patrimonios autónomos Panthers Machinery, radica en que los primeros celebraron contratos en los que asumieron la calidad de acreedores y deudores con terceras personas; fueron los patrimonios autónomos los que se endeudaron directamente con terceros, quienes no tenían la simple calidad de beneficiarios del patrimonio autónomo, sino que eran verdaderos acreedores del mismo.

19. Es evidente, que la presencia de operaciones jurídicas en virtud de las cuales los patrimonios autónomos Campollo y Tisa, se endeudaron y de esta manera asumieron la calidad de deudores frente a terceros, obliga al juez a realizar una tarea interpretativa diferente a aquella que se realizó con respecto a los patrimonios autónomos Panthers Machinery, donde la instituciones financieras no son contraparte contractual en sentido estricto de los patrimonios autónomos sino que tienen la calidad de beneficiarios. Luego, esas instituciones financieras, beneficiarias de los patrimonios autónomos, son contraparte contractual –y por tanto acreedoras– de la sociedad fideicomitente, no del patrimonio autónomo.

En ese orden de ideas, el argumento del recurrente relativo a la pretermisión del precedente tampoco es de recibo.

(III) La suerte de los recursos que constituyen el patrimonio autónomo en caso de inscripción en el registro de garantías mobiliarias

20. Finalmente, el Despacho considera pertinente pronunciarse sobre un tema

de cardinal importancia para el desarrollo actual del régimen de insolvencia de la mano del de garantías mobiliarias. En efecto, se debe precisar cuál es la suerte de los recursos que constituyen el patrimonio autónomo cuando el fideicomitente es admitido a un proceso de reorganización y media inscripción del mismo en el registro de garantías mobiliarias.

21. Sea lo primero recordar que la Ley de garantías mobiliarias creó un régimen de transición aplicable a las garantías constituidas antes de la entrada en vigencia del estatuto. Según ese régimen, es necesario distinguir dos situaciones: por un lado, si el acreedor pretende hacer valer la prelación de su garantía, basta con que la garantía haya sido debidamente constituida según las normas vigentes al momento de la constitución. Por otro lado, si el acreedor, además de la prelación, pretende la ejecución de la garantía en los términos de la Ley 1676 de 2013, ha debido cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro contenidos en dicho estatuto, y para hacerlo, la propia ley estableció una ventana de oportunidad preclusiva, de seis meses, contados a partir de la vigencia de la ley.

22. El régimen de las garantías mobiliarias debe ser analizado con sumo cuidado por este operador para decidir sobre las solicitudes de entrega de recursos que se encuentren en patrimonios autónomos pues, como se sabe, la ley de garantías mobiliarias amplió de manera considerable el elenco de bienes sobre los que el deudor puede constituir una garantía. En virtud de esa ampliación del catálogo de bienes susceptibles de ser entregados en garantía, es posible que un contrato de fiducia sirva a esa finalidad. En efecto, así lo prevé expresamente el artículo 6.6, al establecer que el garante podrá establecer garantías mobiliarias a favor del acreedor sobre *"todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico".*

23. Así las cosas, si el contrato de fiducia fue dado en garantía y si el registro operó dentro del término previsto en la ley para que el acreedor pueda solicitar la ejecución en los términos de la Ley 1676 de 2013, el hecho de que el juez del concurso ordene la entrega de los recursos que están en el patrimonio autónomo al deudor en reorganización puede significar que el acreedor no pueda ejecutar su garantía, pues al hacerlo encontrará un patrimonio autónomo sin recursos.

En este caso en particular, es necesario hacer las siguientes observaciones:

(I) El único acreedor garantizado que registró la garantía dentro del término preclusivo para acceder a los beneficios de ejecución de la Ley 1676 de 2013, con respecto a los patrimonios Panthers Machinery fue Leasing Corficolombiana S.A. En efecto, de acuerdo con el folio electrónico 20140616000021200, el 16 de junio de 2014 se

registró como garantía mobiliaria la Fiducia mercantil de administración y fuente de pago mediante el cual se constituyó el fideicomiso Panthers Machinery III, por un monto máximo de garantía de $7.000.000.000.

(II) El acreedor mencionado en el numeral anterior no presentó recurso de reposición contra el auto que ordenó entregar los recursos a la deudora y tampoco ha solicitado hasta la fecha la ejecución de la garantía mobiliaria.

(III) De acuerdo con el folio electrónico 20160114000060400 el acreedor LW Latin American Short Duration Fund realizó la inscripción de la garantía mobiliaria constituida sobre la Fiducia Panthers Machinery III, por un monto máximo de USD$570.233. Sin embargo, el registro se efectuó el 14 de enero de 2016, por lo que se encuentra por fuera de la ventana preclusiva de oportunidad para que los acreedores garantizados contaran con el beneficio de la ejecución de la garantía en los términos de la Ley 1676 de 2013.

24. Ahora bien, si bien es cierto que el acreedor podría ver afectada la eficacia de su garantía si al solicitar la ejecución encuentra un patrimonio autónomo desprovisto de recursos, no es menos cierto que el estatuto de garantías mobiliarias, en su artículo 50, dispone que a partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución ni ningún otro procesos de cobro en contra del deudor, respecto de bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor.

25. Cierto es que el artículo 50 Ley 1676 de 2013 establece que el deudor debe haber reportado los bienes como necesarios con la solicitud de inicio del proceso. Pero también lo es que, en últimas, es el juez del concurso quien debe decidir sobre la necesariedad o no de los bienes para el desarrollo de la actividad económica del deudor, y lo hará al momento de resolver sobre la solicitud de ejecución que le sea elevada por el acreedor garantizado.

26. Pero en este caso, el contrato de fiducia mercantil implica que la garantía se asienta sobre el dinero afecto al patrimonio autónomo. Visto desde esa perspectiva, no parece verdaderamente relevante entrar a analizar si el dinero es un bien necesario para la actividad económica del deudor, pues se trata del insumo empresarial por excelencia, es el arquetipo de bien necesario. En ese orden de ideas, es evidente que por ser el dinero el bien más necesario de todos, y porque los bienes necesarios deben permanecer en el patrimonio del deudor en concurso, pues como la misma Ley 1676 de 2013 lo dispone, los bienes necesarios no pueden ser ejecutados por el acreedor, el juez del concurso no puede privar al deudor en reorganización de disponer del mismo.

27. Lo anterior no quiere decir que el acreedor garantizado pierda las prerrogativas que son suyas en virtud de la ley de garantías mobiliarias. Simplemente, quiere decir que el deudor en concurso puede disponer de los bienes necesarios con el fin de lograr su recuperación, pero dejando a salvo la posición del acreedor garantizado, quien tiene unos privilegios concursales que se manifiestan, en últimas, en la posibilidad de pedir el pago preferente de su crédito, una vez confirmado el acuerdo de reorganización.

28. En conclusión, el hecho de que el patrimonio autónomo Panthers Machinery III haya sido inscrito en el registro de garantías mobiliarias no es motivo suficiente para que el juez del concurso reconsidere le decisión adoptada en el Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016. A pesar de lo anterior, y dada la delicadeza de la decisión aquí adoptada, el Despacho considera necesario ejercer un control estricto sobre la manera como se va a disponer de los recursos económicos que se entregarán a la deudora. Por eso, además del informe posterior que le fue ordenado en el auto recurrido, el representante legal deberá presentar al Despacho una discriminación detallada de los destinatarios a los cuales pretende hacer los pagos con los dineros provenientes de las fiducias.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos de Insolvencia

Resuelve

Primero. Desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016, el cual permanece incólume en su integridad por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Requerir al representante legal para que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a informar de manera detallada al Despacho cuáles serán los destinatarios de los dineros que entregará la Fiduciaria Corficolombiana S.A., a la concursada, de conformidad con lo ordenado en el Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016.

Tercero. Requerir al representante legal para que dé estricto cumplimiento a la orden consignada en el numeral 6 del Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016, en el sentido de rendir un informe al Despacho, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de los dineros cuya entrega se ordenó, sobre el destino dado a los mismos junto con los soportes de los pagos.

Cuarto. Tener como apoderado al señor Óscar Gómez Mendoza, de Rivera Andrade Estudio Jurídico S.A.S.

Liquidación judicial

Auto 400-011407 de 24 de Julio de 2017	
Sujeto del proceso	Alsacia Constructora de Obras S.A.
Asunto	Acreedores involuntarios, acatamiento de fallos judiciales, graduación de acreencias.

Consideraciones del Despacho

De acuerdo con el artículo 318 CGP, el recurso de reposición debe presentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que se recurre. En este caso, consta que el auto en mención fue notificado en el estado 415-000109 de 9 de junio de 2017, por lo que el plazo para presentar recursos corrió del 12 al 14 de junio de 2017, por lo que los recursos fueron oportunos y así serán resueltos.

En cuanto al recurso de la apoderada Moreno Restrepo, se llamará la atención de la profesional para que en este proceso y en todos en los que participe como apoderada ante cualquier despacho judicial, se abstenga de hacer manifestaciones irrespetuosas como varias de las contenidas en sus memoriales. Su inconformidad con las decisiones judiciales que se adopten no la autoriza a calificarlas como *amañadas*,[23] porque el amañamiento de decisiones judiciales se asimila a una conducta punible que, de haber ocurrido, debe ser denunciada, a lo que la conmina este Despacho. De lo contrario, debe guardar la compostura que se espera de su circunstancia profesional y personal y de la respetabilidad del foro al que concurre.

El Código General del Proceso prevé, como deber de los apoderados "*Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia"* (artículo 78.4 CGP), y como poder del juez adoptar los correctivos que prevén las normas frente "a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas" (artículo 44.1 CGP). En este caso, por no tratarse de una conducta sistemática sino excepcional, solo se llamará la atención expresamente a Laura Moreno Restrepo en el sentido indicado.

En el recurso contenido en memorial 2017-01-008490, la apoderada cuestiona el auto de 8 de junio de 2017 porque supone, dice, un incumplimiento del fallo de 7 de septiembre de 2016, proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de

23 "(…) no son admisibles las interpretaciones amañadas como la que pretende imponer el despacho (…)" (fl. 3 del memorial de recurso); "(…) es obligación de ese despacho dar cumplimiento de manera exacta al fallo proferido por el Tribunal, en la forma en que ha sido proferido y no de forma amañada o en la forma en que decida interpretarlo (…)" (fl. 8 del memorial de recurso).

Bogotá, que ordenó el pago de unas condenas como gastos de administración, y no como créditos de primera clase. De otro lado, en su memorial el apoderado Tamayo Jaramillo formuló dos cargas, que se fundan en la vulneración que la providencia supuso de los principios de legalidad e igualdad, el primero porque no hay referente normativo ni judicial que permita calificar a los acreedores involuntarios como de primera clase, y el segundo, porque el haberlo hecho solo respecto de ciertos acreedores involuntarios, importa un trato discriminatorio para los representados por él, que están en *"idéntica situación"*, porque respecto de los inmuebles, sean propios o prometidos en venta, ya se pronunció en dos instancias el juez del consumo en el sentido de declarar que se violaron en su construcción *"las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad".*

El primer recurso lleva al planteamiento del siguiente problema jurídico: (I) ¿está obligado este despacho a aplicar directamente las órdenes contenidas en el fallo de segunda instancia en el proceso de protección al consumidor, aun cuando dichas órdenes obliguen a lo imposible a los auxiliares de la justicia de los procesos de insolvencia de las compañías del Grupo CDO y aun cuando supongan recalificar como gastos de administración créditos que fueron calificados y graduados como concursales?

El segundo recurso propone dos cargos pasibles de ser planteados a modo de problemas jurídicos, así: (II) ¿puede el operador concursal graduar a los acreedores involuntarios en primera clase, sin referente positivo expreso que así lo disponga?, y (III).

¿Viola el auto atacado el principio de igualdad al haberse limitado a graduar en primera clase solo los créditos de Andrea Henao Martínez y otros, y no los de los demás acreedores-consumidores?.

El ordenamiento jurídico colombiano se construyó a partir de referentes directos del sistema continental europeo, que reconocía a la ley como fuente principal, consecuencia directa de la cruenta reivindicación del sometimiento del poder al derecho, derecho debidamente predispuesto y asequible a los ciudadanos en forma de código.

El derrotero legal trascendió a la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 4 indica que la Carta es norma de normas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 230 *ejúsdem*, según el cual *"Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"*. En el mismo sentido

los artículos 153.1 y 153.15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia[24] establecen los deberes de los funcionarios y empleados judiciales, y el artículo 42.2 del Código General del Proceso indica que el juez debe *"Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga"*.

Con todo, aunque facetas ambas del principio de legalidad que rige la actividad judicial, una cosa es que una decisión se haya adoptado sin referente normativo cierto que le sirva de apoyo, y otra muy distinta es que la providencia se haya proferido contra legem, es decir, a pesar de una expresa norma legal que dispone en contrario. En el presente caso el escenario es el primero, pues el auto atacado no contradice norma expresa alguna sino que, como se duele uno de los recurrentes, se funda en la voluntad del juez a partir de consideraciones doctrinarias y de otros referentes, ninguno de los cuales es una norma positiva.

En el segundo escenario, del que se trata este asunto, cobra especial relevancia el deber del juez previsto en el artículo 42.6 CGP, según el cual es obligación del operador judicial *"Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal". No es procedente ahora profundizar sobre la reconfiguración que del rol del juez que supuso el Código General del Proceso, pero basta revisar el artículo 7 de ese estatuto que desarrolla el principio de legalidad de la decisión judicial, según el cual: "Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina"*.

"Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

"El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley".

En este caso son relevantes dos aristas del problema de la decisión judicial como fuente. Por un lado, la apoderada Moreno Restrepo dice que este operador concursal tiene que aplicar de forma directa, inopinada y obsecuente el fallo de segunda

---

24 Ley 270 de 1996. Artículo 153.1: "Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos". Artículo 153.15 "Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional".

instancia del juez de consumo, y por otro, el apoderado Tamayo Jaramillo sostiene que la providencia judicial atacada no tiene entidad suficiente para ser fuente de derecho en el caso concreto, por ausencia de soporte normativo.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-284 de 2015, se refirió al valor de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico, en el sentido de que esta *"comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial. A pesar de su calificación como criterio auxiliar, este Tribunal ha concluido que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales"*.[25] Posición que armoniza con la que se esbozó luego en el fallo de constitucionalidad del citado artículo 7 del estatuto procesal, en estos términos: *"La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutiva de la decisión. La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas sino que establece las formulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutiva, debe llevar la normatividad a los casos concretos".*[26]

Sin embargo, la fuerza vinculante de las decisiones previas[27] se enmarca dentro de determinados límites, toda vez que debe entenderse que *"existe una obligación prima facie de seguirlo* [el precedente] *y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente".*[28] En estos términos queda claro que la jurisprudencia debe ser concebida como una posibilidad de actualizar el Derecho a las dinámicas constitucionales y sociales sobrevinientes, lo que permite que el juez pueda apartarse del precedente siempre y cuando cumpla con las cargas argumentativas que para el efecto se exigen.

---

25 Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015.

26 Corte Constitucional , Sentencia C-621 de 2015

27 Si bien los términos "jurisprudencia", "precedente" y "sentencia judicial" están íntimamente relacionados, no son sinónimos. Ver. MORENO CRUZ, PABLO, Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015, Cit.

Así las cosas, el cargo de insuficiencia de la decisión judicial para resolver en ausencia de norma expresa no tiene vocación de prosperidad, pues ello implicaría deferir al legislador la sisífica labor de anticipar toda posible contingencia y regularla expresamente para que el operador judicial pueda, con ese insumo y solo con él, resolver litigios concretos. Eso sería poco menos que la paralización del ordenamiento jurídico.[29] En el caso particular, como ha dicho este Despacho en repetidas oportunidades en este mismo proceso, no hay norma especial que regule la situación del consumidor - acreedor concursal, como sí existen para el consumidor - deudor concursal (artículos 531 y ss. CGP).

La analogía que en su momento se propuso para extender la graduación en segunda clase de los promitentes compradores de vivienda cuyo promitente vendedor está en liquidación, a aquellos promitentes compradores cuyo promitente vendedor está en reorganización –situación no prevista-, no puede servir de base para, por esa vía, extender la preferencia especial a los compradores de vivienda, porque las situaciones de los dos grupos de acreedores son bien distintas: mientras los promitentes compradores de vivienda están desapercibidos del dinero –o de parte de él- y de la propiedad, los compradores de vivienda, si bien ya no tienen el dinero, sí tienen la propiedad. El remedio legal consistió en disponer, con cierta impropiedad, que el crédito del promitente comprador sería de segunda clase, es decir, con preferencia especial, a pesar de que cuando la preferencia es relativa a un inmueble, lo procedente es graduar el crédito en tercera clase, como hipotecario. En otras palabras, era viable asimilar, y así se hizo, las situaciones del promitente comprador - acreedor en *concurso liquidatorio* a la del promitente comprador - acreedor en concurso recuperatorio, porque se trata de dos modalidades de la insolvencia, pero no era jurídicamente posible asimilar, como se vio, las situaciones del promitente comprador a la del comprador.

La norma que se echó de menos era una que permitiera graduar los créditos de los consumidores de vivienda - acreedores - demandantes en sede de protección al consumidor, en clase distinta a la quinta y en condición de pendencia litigiosa. Esa norma no existe, de modo que, en puridad, dichos acreedores debían permanecer en quinta clase, pero ya no como titulares de créditos litigiosos sino ciertos, luego de la firmeza de la decisión del juez del consumo. Fue esa, precisamente, la circunstancia que cambió y que justificó, de contera, la decisión de este Despacho de asignar un tratamiento distinto a los acreedores indicados. En efecto, los dos recursos propuestos se quejan del cambio de posición en esta materia, cuando

29 Sin esta posibilidad no habrían tenido lugar los preciosos desarrollos judiciales de instituciones como la simulación contractual, el contrato de dación en pago; la disolución de contratos por mutuo disenso tácito; la indexación de prestaciones dinerarias, etc. Cfr. ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ, Principio de completitud y creación judicial del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

es lo cierto que son cosas distintas un derecho declarado a uno no declarado. La situación de los acreedores - consumidores - demandantes, es distinta a la de los acreedores - consumidores - beneficiarios de un fallo en firme. Antes la situación era litigiosa, pero una vez en firme el fallo, deja de serlo. Y fue, precisamente, la consecuencia derivada de la certeza del fallo la que llevó a este operador a las consideraciones que desembocaron en lo resuelto en el auto impugnado.

Ahora bien, no es fortuita la conclusión de que los acreedores involuntarios, en este caso consumidores de vivienda reconocidos judicialmente como titulares del derecho a la reparación, deben ser graduados en primera clase, pues en situación de normalidad crediticia, es decir, en un contexto no concursal, quien causa un daño debe responder por él con todo su patrimonio, lo que se traduce en sede concursal en una *preferencia* general y no especial, como las de segunda y tercera clases.[30] Se trata, esta sí, de una asimilación fáctica razonable pues en ambos escenarios, el de normalidad crediticia y el de concursalidad, para la víctima del daño emerge un crédito a la reparación oponible a todo el patrimonio del agente del daño.

Lo hasta aquí expuesto permite desatar el primer problema jurídico planteado por el apoderado Tamayo Jaramillo[31], en el sentido de que este Despacho, como operador concursal, sí está habilitado para resolver como lo hizo, a partir de una integración normativa y principalística, consecuente con la realidad de ciertos acreedores involuntarios, que reúnen las condiciones de ser consumidores de vivienda, víctimas de un daño judicialmente declarado. En cuanto al segundo problema jurídico[32], la respuesta es no, porque las situaciones de los acreedores con sentencia en firme son distintas de las de los acreedores con una expectativa litigiosa en ciernes, de manera que no puede alegarse trato desigual cuando las circunstancias lo son. De esto se sigue, a las claras, que una vez resuelta la pendencia de los consumidores de vivienda representados por el Dr. Tamayo Jaramillo, en caso de que sea estimatorio y final el fallo, su suerte en el concurso de sus deudores será idéntica.

No es admisible el argumento según el cual en procesos similares ya se declaró la responsabilidad del productor, pues los efectos de los procesos de responsabilidad por efectividad de la garantía o por daño causado por productos defectuosos, son *inter partes*. De otro lado, en relación con el problema jurídico que deriva del recurso formulado por la Dra. Moreno Restrepo[33], la respuesta es no. El acatamiento del fallo

30 La ley concursal española (22 de 2003) prevé, precisamente, esta solución para los acreedores involuntarios, en los términos de su artículo 90.5.

31 ¿Puede el operador concursal graduar a los acreedores involuntarios en primera clase, sin referente normativo expreso que así lo disponga?

32 ¿Viola el auto atacado el principio de igualdad al haberse limitado a graduar en primera clase solo los créditos de Andrea Henao Martínez y otros, y no los de los demás acreedores - consumidores?

33 ¿Está obligado este despacho a aplicar directamente las órdenes contenidas en el fallo de

mutatis mutandis es un imperativo de estricta juridicidad, porque (I) dicha providencia –y en particular la orden de pago– fue proferida en atención a circunstancias procesales especiales, con la concurrencia de determinados sujetos, pero no de todos los potencialmente afectados por ella en los procesos de insolvencia del productor vencido en juicio.

Sobre este punto conviene advertir que es artificioso el argumento según el cual la orden de pagar como gastos de administración las condenas tiene un efecto patrimonial neutro para los deudores, porque el flujo de caja incorporado al acuerdo de reorganización de Calamar CDO no da cuenta de dicha contingencia, es decir, no está prevista una erogación como la ordenada, de suerte que la compañía se vería eventualmente abocada a la liquidación judicial, caso en el cual los gastos de administración de la reorganización quedarían subordinados a los gastos y créditos propios de la liquidación, y así no solo se destruiría la fuente de pagos, sino que el efecto sería más gravoso para los consumidores.

La competencia para decidir el *orden de pagos* en la insolvencia, por expresa asignación legal de competencia, es privativa del juez del concurso. Los demás operadores judiciales, en los casos de créditos litigiosos, lo son para definir los montos a pagar, pero carecen de competencia funcional para pronunciarse sobre la forma en que dichos créditos deben ser pagados en el concurso[34]. Cuando un crédito ha sido calificado y graduado en la etapa procesal pertinente, dicha decisión hace tránsito a cosa juzgada, de manera que emerge una limitación material para modificarla, incluso para el propio operador concursal, salvo que medie fraude u otra razón de similar entidad que permita revisar el asunto. Sería tanto como si el juez mercantil resolviera que hay relación comercial donde el juez competente ya resolvió, con tránsito a cosa juzgada, que hay relación de consumo.

Por último, el recurso subsidiario de apelación propuesto por la apoderada Moreno Restrepo será rechazado por improcedente, en atención a la configuración de los procesos de insolvencia como de única instancia.

---

segunda instancia en el proceso de protección al consumidor, aun cuando dichas órdenes obliguen a lo imposible a los auxiliares de la justicia de los procesos de insolvencia de las compañías del Grupo CDO y aun cuando suponga recalificar como gastos de administración créditos que fueron calificados y graduados como concursales?

34 “La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicios del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Requerir a la abogada Laura Moreno Restrepo, identificada con cédula de ciudadanía 43.260.344 y tarjeta profesional 120.682, del Consejo Superior de la Judicatura, para que se abstenga de hacer manifestaciones irrespetuosas contra el juez de esta causa, so pena de la imposición de las sanciones previstas en el Código General del Proceso.

Segundo. Desestimar los recursos de reposición interpuestos con memoriales 2017-02-008490 y 2017-02-008518 de 14 de junio de 2017.

Tercero. Rechazar por improcedente, el recurso de apelación formulado por la apoderada Laura Moreno Restrepo.

Acta 405-001274 de 4 de Julio de 2017	
Sujeto del proceso	Bayco Internacional S.A.S. en liquidación judicial.
Asunto	Improcedencia de la exclusión de garantías mobiliarias constituidas sobre gravámenes judiciales.

Audiencia de resolución de objeciones

Fecha	23 de Junio de 2017
Hora	10:30 A.M.
Convocatoria	AUTO 405-009834
Lugar	Superintendencia de Sociedades
Sujeto del proceso	Bayco Internacional S.A.S. en liquidación judicial
Liquidador	Mónica Alexandra Macías Sánchez
Expediente	85175

Objeto de la audiencia

Tiene como fin la presente audiencia, la resolución de objeciones, calificación y graduación de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación del inventario valorado.

Instalación de la audiencia

Este Despacho mediante Auto 405-009834 de fecha 7 de Junio de 2017, proferido dentro del proceso liquidatorio de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial, convocó a la audiencia de Resolución de Objeciones, Reconocimiento de Créditos, Asignación de Derechos de Voto y Aprobación del Inventario Valorado de bienes, para el día 23 de junio de 2017, a la hora de las 10:30 a.m.

Identificación de quien preside y asistentes

Llegados el día y la hora señalados, se hicieron presentes en las instalaciones de la sala de audiencias de la Superintendencia de Sociedades, la doctora María Victoria Londoño Bertín Coordinadora del Grupo de Liquidaciones, la doctora Mónica Alexandra Macías Sánchez liquidadora de la sociedad concursada y los acreedores que firman el listado anexo y que hace parte integral del acta. Una vez resueltas las objeciones al proyecto de graduación y calificación de créditos, derechos de voto e inventario valorado, tal como da cuenta el medio magnetofónico, el Despacho

profirió el auto que en su parte resolutiva dispuso:

Primero. No está llamada a prospera las objeción presentada por parte del apoderado de los ex trabajadores de la sociedad en liquidación, señores: Héctor Darío Díaz Rodríguez, Yesid Gómez Jiménez, José Raimundo Sánchez García, Álvaro Enrique Mesa Nova, Efraín Huertas Romero, Raúl Quintero Díaz y Pablo Antonio Simbaqueba, así como del señor Wilson Martínez, Luisa Fernanda de Castro Pérez, Iván Castiblanco y Jaime Triana Sánchez, respecto del inventario valorado, conforme las consideraciones arriba dispuestas.

Segundo. Requerir al apoderado del acreedor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. antes ISS, para que junto con la liquidadora de la sociedad en liquidación, presenten la depuración definitiva de la deuda antes de la Audiencia de Confirmación del Acuerdo dentro del proceso de Liquidación Judicial, de conformidad con lo ordenado en las consideraciones arriba señaladas.

Tercero. Advierte el Despacho respecto de los créditos condicionales presentados por parte de la DIAN, los mismos quedarán sujetos a la condición de su depuración, para lo cual se concede el término de diez (10) días siguientes para que el liquidador entregue a la DIAN la información correspondiente, para que esta a su vez dentro de los diez (10) días determine la cuantía de la obligación, so pena de rechazo del presente crédito condicional.

Cuarto. Reconocer de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los créditos incluidos en el proyecto de calificación y graduación de créditos a cargo de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial.

Quinto. Asignar los derechos de voto a los acreedores de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial, de acuerdo con el proyecto elaborado por el liquidador.

Sexto. Las partes deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.

Séptimo. Aprobar el activo de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en liquidación Judicial, en la suma de $40.036.482,29, conforme lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Octavo. Advertir a la liquidadora que de acuerdo con lo señalado en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, cuenta con el término de veinte (20) días a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para presentar al juez de insolvencia el acuerdo de adjudicación al que se llegare con los acreedores de la misma.

Noveno. Advertir al liquidadora sobre su obligación de verificar en la contabilidad y en sus respectivos soportes, si la sociedad en insolvencia pagó inversiones representadas en Bonos para la Seguridad y/o Bonos para la Paz, caso en el cual deberá verse reflejada en la contabilidad en la cuenta de inversiones, estableciendo la fecha exacta en que el Estado debe redimir esta inversión. Esta providencia queda notificada en estrados.

Dicha providencia fue objeto de solicitud de aclaración por parte de:

1. La doctora Claudia Ortega, apoderada de Protección S.A. y Colpensiones manifestó: "… respecto a protección la liquidadora se allanó luego se reconocía el crédito de protección como se presentó; pero en la parte resolutiva la doctora no hizo mención a este crédito de Protección, por lo anterior solicito la adición en la parte resolutiva del allanamiento que tiene que ver con Protección…".

2. Asimismo manifestó "…en relación con Colpensiones y de manera mutua con la liquidadora se renunciará al termino de los diez (10) días que otorga el Despacho para la depuración del crédito, teniendo en cuenta que ya quedó depurada en la suma indica en el proveído…"

De igual manera dicha providencia fue objeto de recurso por parte de:

1. El señor Wilson Martínez, interpuso recurso de reposición contra la providencia dictada, solicitando: *"…que habían unos bienes distintos y que a los extrabajadores no los involucraron en el proceso de venta…".*

2. El doctor José Arley Guerrero Orozco, en su calidad de apoderado de los extrabajadores de la sociedad en insolvencia, presenta recurso de reposición y en subsidio apelación, así: "…en cuanto a la objeción que se presentó sobre el avalúo y la venta de los bienes, téngase en cuenta, que dichas pruebas obran dentro del proceso, dichos paquetes de bienes fueron presentados por valor de $163.349.538,oo, un segundo paquete de bienes por $434.184,oo para un valor total de $597.533.538,oo; asimismo, en el acta de recibo de entrega de los bienes a la liquidadora se indicó que los bienes relacionados se encontraban en regular estado de conservación, entonces no hay lugar a que los bienes se hayan vendido por alto deterioro de los mismos, lo cual, dichas pruebas obran dentro del proceso, por lo anterior no se dio cumplimiento en lo normado en el Decreto 1730 de 2009, asimismo, la contabilidad más reciente, dan cuenta de los valores de los bienes que aquí se relacionan, por tanto dicho avalúo tuvo que tenerse en cuenta; por lo tanto aquí hubo una depreciación muy alta de dichos bienes, porque esto se vendieron a un menor valor; por lo anterior, no se garantiza con esa venta las acreencias

laborales de los trabajadores…”.
Descorre traslado al recurso presentado, los siguientes:

1. El señor Jaime Triana, descorre el recurso de reposición presentado, solicitando que necesita saber el valor del hurto de los bienes de la sociedad en liquidación.

2. El doctor José David Torres Herrera, en su calidad de apoderado especial de las sociedades Transflora Carga S.A. y Agencia de Aduanas S.A. –Aduanamos, indica que: “…coadyuva los recursos impetrados en la medida que para el Despacho no existen pruebas documentales que permitan tomar una decisión en cuanto a las objeciones presentadas, téngase en cuenta que para los acreedores es imposible presentar prueba, porque las mismas obran en el expediente y que todas están en poder de la concursada, por lo tanto solicito se tenga como pruebas los registros fotográficos de las respectivas visitas y adicional la contabilidad y los estados financieros que presentó la concursada al momento de presentar la solicitud de admisión de la liquidación de la sociedad, lo anterior, con base en el artículo 264 del C.G.P. el cual establece que los papales del comerciante son plena prueba en los procesos judiciales…”

3. La doctora Mónica Macías, en su calidad de liquidadora de la sociedad en liquidación, descorre los recursos presentados indicando lo siguiente: “… en primera medida yo aporte al despacho los registros fotográficos de los bienes de la sociedad donde se demuestra que el inventario si presenta deterioro; de igual manera el presente informé lo presente al Despacho sin que a la fecha ninguna de las partes se pronunciara al respecto, tenga en cuenta que al momento de ofertar dichos bienes los mismos ya no son una unidad económica productiva por encontrarse la sociedad en liquidación; así las cosas se contrató un perito para el avalúo de los mismos, de otra parte solicitó señor juez como prueba testimonial se escuche en la presente audiencia a la persona que hizo dicha compra…”

De acuerdo con las consideraciones expuestas, respecto de las aclaraciones y recursos de reposición, se dispuso:

Primero. Se adiciona la providencia y se indica que el Despacho acoge los allanamientos efectuados por la liquidadora y, se reconocen por el valor de los créditos que fueron inicialmente presentados.

Segundo. Asimismo, el Despacho accede a la solicitud de la apoderada y de la liquidadora, en el sentido de que el crédito de Colpensiones ya está depurado y asciende a la suma de 10.143.911,oo, por lo tanto, no hay lugar al término aquí estipulado.

Tercero. El Artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, establece textualmente *"…la única prueba admisible para el trámite de objeciones será la documental, la cual deberá aportarse con el escrito de objeciones o con el de respuesta a las mismas…"*, por lo tanto la decisión del Despacho se basó básicamente en la presente norma legal. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que ninguna de las personas que presentaron recurso de reposición y descorre a los recursos presentados se evidencia que ninguno desacredito la posición del Despacho en cuanto a que no hay una evidencia de prueba documental, por lo anterior, el Despacho confirma su decisión.

Cuarto. En cuanto a la prueba que indica el apoderado de los ex trabajadores de la sociedad en liquidación, hace relación es la rendición de cuenta del ex representante legal, esto no conlleva a un avalúo, es una relación que él presenta y a los cuales él da un valor estimado, por lo tanto no es una prueba técnica, no corresponde a un avalúo, mucho menos para dar aplicación al artículo 1074 que incorpora el Decreto 1730 de 2009 en cuanto al tema de validez en el tiempo de avalúo.

Quinto. Respecto de la inexistencia de bienes, respecto de los argumentos de los recurrentes, se advierte que la liquidadora responde por los bienes que le fueron entregados en la diligencia de secuestro de bienes, tal como consta en el Acta que reposa en el expediente de la sociedad en liquidación, por lo tanto, si los acreedores están en desacuerdo respecto de que faltan bienes, a ellos les corresponde iniciar una acción judicial que es la contemplada en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.

Sexto. Respecto de la venta por debajo del avalúo de los bienes, tampoco fue desacreditado con los argumentos expuestos, por lo que el Despacho reitera que es una facultad contenida en la Ley, en la cual la liquidadora en criterio cuando los bienes amenacen deterioro o que amenacen deteriorarse puede hacer uso de esta facultad, lo cual fue puesto en conocimiento de los acreedores mediante providencia que se notificó por estado y respecto de la cual tampoco hubo pronunciamiento por partes de los acreedores.

Séptimo. El Despacho rechaza la solicitud de prueba testimonial de la liquidadora, de conformidad con el Artículo 29 ibídem.

Octavo. El Despacho rechaza por improcedente el recurso de apelación, toda vez, que este proceso es de única instancia conforme lo establece el Artículo 6º de la Ley 1116 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior el reconocimiento de créditos, derechos de voto y aprobación de inventario valorado, queda de la siguiente manera:

Aprobar la calificación y graduación de créditos a cargo de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial, la cual quedará así:

AUTO
Superintendencia de sociedades

Sujeto del proceso
Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial

Liquidador
Mónica Alexandra Macías Sánchez

Asunto
Reconocimiento de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación de inventario valorado.

Proceso
Liquidación Judicial

Expediente
85175

I. Antecedentes

1. Mediante auto 405-014214 de 20 de septiembre de 2016, se decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial.

2. Con escritos 2016-01-611287 de 16 de diciembre de 2016 y 2017-01-195317 de 24 de abril de 2017, radicados en esta Entidad por la liquidadora de la concursada, allegó el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto e inventario valorado, respectivamente.

3. De conformidad con lo estipulado en el artículo 53 de la Ley 1116 de 2006 (artículo 29 ibídem), modificado por el artículo 36 de la Ley 1429 de 2010, se ordenó correr traslado a los interesados por el término de cinco (5) días del citado proyecto y del inventario valorado, término que corrió del 2 al 8 de mayo de 2017.

4. Surtido en legal forma el traslado, se presentaron las siguientes objeciones:

Radicación	Acreedor
2017-01-237067	Distrito Capital . Secretaría de Hacienda Distrital
2017-01-244802	Protección S.A.
2017-01-244813	Colpensiones
2017-01-245815	José Arley Guerrero apdo. judicial de los extrabajadores de la sociedad en liquidación: Héctor Darío Díaz Rodríguez, Yesid Gómez Jiménez, José Raimundo Sánchez García, Álvaro Enrique Mesa Nova, Efraín Huertas Romero, Raúl Quintero Díaz y Pablo Antonio Simbaqueba
2017-01-247858	Wilson Martínez
2017-01-247883	Luisa Fernanda de Castro Pérez
2017-01-247913	Iván Castiblanco
2017-01-248677	Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2
2017-01-247916	Jaime Triana Sánchez ex trabajador de la sociedad en liquidación

5. A través de escritos 2017-01-275972 la liquidadora descorrió el traslado de las objeciones presentadas al proyecto de calificación y graduación de créditos e inventario valorado, y; con memorial 2017-01-27579 de 16 de mayo de 2017 la comisionada de la DIAN de igual manera presentó escrito de descorre de objeciones y argumentó: *"…que no se aportó prueba que permita determinar con certeza sobre que bienes aplica la garantía mobiliaria, solicito rechazar de plano la objeción formulada por parte del apoderado de la sociedades TRANSFLORA CARGO S.A. Y AGENCIA DE ADUANAS ADUANAMOS S.A., NIVEL 2…".*

6. Con memorial 2017-01-308407 de 1 de junio de 2017, la Auxiliar de la Justicia informó de las resultas de los acercamientos para conciliar las objeciones presentadas, relacionadas así:

Radicación	Acreedor	Acta	Conciliada	Motivo
2017-01-308407	Distrito Capital - Secretaría de Hacienda Distrital	Conciliación	No	*"…La liquidadora procedió incluir el ICA periodo 2016-2 por capital en la suma de $5.993.000,oo…"*

2017-01-275972	Protección S.A.	Liquidadora se allanó	No	*"…La liquidadora procedió a la calificación del crédito presentado, como crédito de primera clase – seguridad social…"*
2017-01-275972	Colpensiones	Liquidadora se allanó	No	*"…Sujeto a depuración…"*
2017-01-308407	José Arley Guerrero apdo. judicial de los extrabajadores de la sociedad liquidación: Héctor Darío Díaz Rodríguez, Yesid Gómez Jiménez, José Raimundo Sánchez García, Álvaro Enrique Mesa Nova, Efraín Huertas Romero, Raúl Quintero Díaz y Pablo Antonio Simbaqueba	No	No	*"…no hubo acuerdo entre las partes, respecto al avalúo del inventario y enajenación de los referidos bienes…"*
2017-01-308407	Wilson Martínez	25-May-2017	No	*"...No hubo acuerdo entre las partes, respecto al valor presentado del inventario de bienes de la sociedad en liquidación…"*

2017-01-275972	Luisa Fernanda de Castro Pérez	25-May-2017	No	*"...No hubo acuerdo entre las partes, respecto al valor presentado del inventario de bienes de la sociedad en liquidación…"*

II. Consideraciones del despacho

1. Respecto de las objeciones presentadas por parte de los acreedores Distrito Capital - Secretaría de Hacienda Distrital y Protección S.A., el Despacho evidencia que la liquidadora se allanó a lo solicitados por los referidos acreedores y por encontrarlas ajustadas a derecho, las mismas quedarán graduadas y calificadas conforme lo indicado por parte de la liquidadora en memorial 2017-01-308407 de 1 de junio de 2017.

2. Conforme la objeción presentada por parte de Colpensiones y lo indicado por la liquidadora en memorial 2017-01-275972 de 16 de mayo de 2017 que, "el crédito está sujeto a depuración", el Despacho procederá aprobar el crédito presentado por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, antes ISS, por el valor inicialmente presentado, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, lo anterior, no sin antes advertir que antes de la celebración de la Audiencia de Confirmación del Acuerdo de Adjudicación, el apoderado del citado acreedor en conjunto con la liquidadora, dentro del término de diez (10) días, presenten a este Despacho la depuración de la deuda con el fin de que se puedan realizar adjudicaciones con base en una cifra cierta. En este sentido, se requerirá a la liquidadora.

Acreedor	Valor total $
Colpensiones, antes ISS	10.143.911,oo

Nota aclaratoria

El crédito, tiene reconocido crédito postergado por concepto de intereses, por valor de $1.605.491,00

3. Respecto de las objeciones al inventario manifiestas por parte del apoderado de los extrabajadores de la sociedad en liquidación, señores: Héctor Darío Díaz Rodríguez, Yesid Gómez Jiménez, José Raimundo Sánchez García, Álvaro Enrique Mesa Nova, Efraín Huertas Romero, Raúl Quintero Díaz y Pablo Antonio

Simbaqueba, así como del señor Wilson Martínez, Luisa Fernanda de Castro Pérez, Iván Castiblanco y Jaime Triana Sánchez, los cuales manifiestan lo siguiente:

• *"…Con relación al avalúo pericial, estos fueron enajenados antes del traslado, violándose el precepto indicado en el Art 57 de la Ley 1116 de 2006 y el Decreto Nacional 1730 de 2009. Según Acta de secuestro y entrega de bienes del 21 de octubre de 2016, los bienes ascienden a la suma de $597.533.538, y fueron avaluados por la suma igualmente irrita de $40.000.000.oo…*

Escrito 2017-01-01-244815 de 8 de mayo de 2017, Wilson Javier Martínez Estepa, presenta objeción al avalúo por que debe ser mayor a $40.000.000 y porque en el inventario no aparece cuentas por cobrar.

Escrito 2017-01-01-247883 de 8 de mayo de 2017, Luisa Fernanda de Castro Pérez, presenta inconformidad al valor del inventario presentado por $40.000.000.

Escrito 2017-01-01-247913 de 8 de mayo de 2017, Iván Danilo Castiblanco, presenta objeción sobre el valor del inventario presentado por la liquidadora ($40.000.000).

Escrito 2017-01-01-247916 de 8 de mayo de 2017, Jaime Triana Sánchez, en desacuerdo del inventario presentado por la liquidadora. A mi saber y entender tenían valor mayor a $40.000.000, motivo por el cual solicito una reliquidación del inventario…"

• La liquidadora con escrito 2017-01-275972 de 16 de mayo de 2017, descorrió el traslado de las objeciones indicando lo siguiente:

a) Mediante proveído 405-018594 de 14 de diciembre de 2016, el Despacho advirtió sobre la aplicación de lo dispuesto en el Articulo 2.2.2.13.1.6 del Decreto 1074 de 2015, *"…es exclusiva responsabilidad del liquidador, para lo cual si lo considera pertinente deberá proceder a dar cumplimiento de lo dispuesto en la citada normatividad y con el dinero producto de la venta de los mismos, constituya un título de depósito judicial en el Banco Agrario a nombre de esta entidad, cuenta 110019196110, Superintendencia de Sociedades – Grupo de Liquidaciones…".*

b) Con memorial 2016-01-616610 de 20 de diciembre de 2016, el apoderado especial de la sociedad Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2, interpuso recurso de reposición contra el Auto indicado en numeral anterior, el cual por medio de Auto 405-008177 de 8 de Mayo de 2017, se dispuso

confirmar el referido Auto y advirtió al apoderado que la solicitud de exclusión seria resuelta en Audiencia de Resolución de Objeciones.

c) Con proveído 405-000764 de 19 de enero de 2017, el Despacho designó a la firma Creciendo Ltda. para efectuar el inventario y avalúo de la sociedad Bayco Internacional S.A.S., además, en el numeral tercero de la referida providencia se advirtió lo siguiente:

"…Tercero. *Advertir al perito avaluador que:*

a) En virtud de lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2009, incorporado al Decreto 1074 de 2015, el perito avaluador tiene la calidad de auxiliar de la justicia, y responde como tal.

b) El inventario y avalúo deberá ajustarse a lo señalado en el Decreto 1730 de 2009, incorporado al Decreto 1074 de 2015 y debe ser rendido al liquidador dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente proveído…"

d) En fecha enero 17 de 2017, escrito 2017-01-009599 la liquidadora allegó el avalúo de bienes por parte del perito designado.

e) Con escrito 2017-01-055678 de 16 de febrero de 2017, la liquidadora informó sobre un hurto ocurrido en las instalaciones donde están almacenados los bienes propiedad de la sociedad en liquidación.

f) A través de memorial 2017-01-079624 de 24 de febrero de 2017, la liquidadora manifestó que algunos de los bienes de la sociedad fueron vendidos, de conformidad con lo dispuesto con el Decreto 1730 de 2009 por encontrarse los bienes de la sociedad en alto grado de deterioro, además, indicó que la casa arrendada se encontraba con graves daños en la estructura, lo cual influenció al robo de los bienes.

g) Con Auto 405-007057 de 7 de abril de 2017, el Despacho requirió a la liquidadora con el fin de que informara sobre los bienes hurtados, asimismo, realizara el denuncio correspondiente, como también remitiera certificación de activos de la sociedad concursada.

h) Con memorial 2017-01-175178 de 12 de abril de 2017, la Auxiliar de la Justicia remitió informe sobre el hurto de los bienes de la sociedad concursada.

I) Con Auto 405-007636 de abril 27 de 2017, el Despacho puso en conocimiento

de los acreedores y terceros interesados dentro del proceso el informe presentado por la liquidadora respecto de los bienes hurtados de la sociedad.

j) En proveído 405-010064 de 13 de junio de 2017, se requirió nuevamente a la liquidadora diera cumplimiento al Auto indicado en literal anterior, respecto del denuncio de los bienes hurtados de la sociedad.

k) Con memorial 2017-01-337801 de 22 de junio de 2017, la liquidadora allegó denuncia penal, la cual realizó ante la Fiscalía General de la Nación - Seccional Bogotá, Oficina de Asignaciones.

Con base en lo anterior, el Despacho entrará a resolver, no sin antes hacer las siguientes precisiones:
Respecto del inventario:

a) El proceso de liquidación judicial está sometido al principio de universalidad consagrado en el artículo 4.1 del régimen de insolvencia, en sus dimensiones subjetiva y objetiva. Esta última, implica que todos los bienes de la sociedad quedan vinculados al proceso desde su inicio y que el patrimonio es prenda común de los acreedores.

b) Entre las obligaciones del liquidador, según el artículo 48.9 de la Ley 1116 de 2006, está la de elaborar un inventario de todos los bienes de la concursada, con el fin de ser valorados por un experto para determinar el grado de satisfacción de las deudas calificadas. En el mismo sentido, el artículo 57 del estatuto concursal dispone que el liquidador debe propender por la venta de los bienes de la sociedad, una vez sea aprobado el inventario por el juez, y por no menos del valor del avalúo.

c) No obstante, el parágrafo del artículo 2.2.2.13.1.6 del Decreto 1074 de 2015, establece una excepción a la venta de bienes, cuando el liquidador, en desarrollo de las facultades de representación legal, puede vender sin necesidad de avalúo, sin autorización previa del Juez y por fuera de la etapa procesal prevista, si considera que los bienes están en deterioro o lo amenazan.

d) La norma establece que la venta en estas circunstancias excepcionales debe realizarse en las mejores condiciones de mercado y por el medio que se considere más expedito, e impone la carga al auxiliar de informar al Juez sobre su gestión, acreditando naturaleza de los bienes enajenados y su deterioro o amenaza.

e) Consta en el expediente, que en memorial 2017-01-079624 de 24 de febrero

de 2017, la liquidadora informó al Despacho sobre la venta de bienes con base en la facultad citada, justificando su decisión en la evidencia de deterioro de los bienes que se pudo verificar en la diligencia de secuestro realizada el día 21 de octubre de 2016, además, indicó que la casa arrendada se encontraba con graves daños en a la estructura.

f) Así las cosas, y para resolver la presente objeción, el Despacho pone de presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 y 30 de la Ley 1116, 36 y 37 de la Ley 1429 de 2010: *"….La única prueba admisible para el trámite de objeciones será la documental, la cual deberá aportarse con el escrito de objeciones o con el de respuesta a las mismas…."*, por consiguiente si alguno de los acreedores está interesado en objetar, debe presentar la prueba suficiente y documental para proceder a que el Despacho se pronuncie al respecto.

En ese sentido, los aquí objetantes, no allegaron ninguna prueba documental, simplemente expresaron la inconformidad respecto del valor presentado del avalúo de los bienes de la sociedad.

g) No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta los fines del proceso concursal en sede de liquidación judicial consagrados en el Artículo 1º de la Ley 1116 de 2006, se requiere de medidas judiciales que garanticen la protección del crédito a través de la conservación integral del valor comercial de todos los activos de la concursada en procura de una pronta y ordenada realización del patrimonio del deudor.

h) Es por ello que dentro de las medidas consagradas en el régimen general de insolvencia establecido en la Ley 1116 de 2006, y, demás normas complementarias especialmente el artículo 6 del Decreto 1730 de 2009, se facultó a la liquidadora en su condición de representante legal para enajenar los activos de la concursada cuando estos se estén deteriorando o amanecen deteriorarse; en este sentido, el Despacho advirtió a la liquidadora para que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2009, incorporado al Decreto 1074 de 2015, el perito avaluador tenía la calidad de auxiliar de la justicia, y respondería como tal, como también el inventario y avalúo debería ajustarse a lo señalado en los referidos Decretos.

I) Así las cosas, la presente objeción será RECHAZADA, toda vez que no existe prueba documental aportada al escrito de objeciones para que el Despacho pueda pronunciarse al respecto.

j) Ahora bien, respecto de la venta de bienes antes de la presente audiencia, encuentra el Despacho que la auxiliar de la justicia efectuó la misma por valor

superior al avalúo, y teniendo en cuenta el costo beneficio, respecto de la continuación del contrato de arrendamiento para bodegaje de los bienes frente a la venta efectuada, salta a la vista que con la enajenación se protegió el activo, el cual se hubiere destinado al pago de los cánones de arrendamiento, por lo cual el Despacho no encuentra motivo para objetar dicha venta por valor superior al avalúo.

Respecto del hurto de los bienes de la sociedad:

a) Respecto al hurto de los bienes de la sociedad, téngase en cuenta que mediante Autos 405-007057, 405-007636 y 405-010064 de 7 y 27 de abril y 13 de junio de 2017, respectivamente, el Despacho requirió a la liquidadora para que presentara el respectivo denunció de los bienes propiedad de la sociedad en liquidación.

b) Que conforme las órdenes impartidas por parte del Despacho, la liquidadora mediante escrito 2017-01-337801 de 22 de junio de 2017, allegó denuncia penal, la cual realizó ante la Fiscalía General de la Nación - Seccional Bogotá, Oficina de Asignaciones, respecto de los bienes hurtados.

Respecto de las cuentas por cobrar:

La liquidadora mediante escrito 2017-01-338027 de 23 de junio de 2017, informó al Despacho que las cuentas por cobrar en la contabilidad de la sociedad en liquidación ascendió al valor de $354.527.000,oo, por lo cual, el Despacho lo tendrá como activo contingente; en la medida que una vez se recaude esta cartera se volverá un activo cierto e ingresará a la masa para el pago de las acreencias, a lo cual se advierte a la liquidadora que deberá adelantar las gestiones de cobro jurídico y prejurídico respectivo e informar al Despacho.

4. Respecto de los bienes encontrados en la diligencia de secuestro en la ciudad de Barranquilla:

a) En diligencia de secuestro de bienes y entrega de documentos contables de la sociedad, llevada a cabo el día 21 de octubre de 2016, a los funcionarios comisionados por parte de la Superintendencia les fue informado por parte del ex representante legal de la sociedad en liquidación, que en la dirección carrera 47 No. 72-165 de la ciudad de Barranquilla se encontraban otros bienes propiedad de la sociedad, a lo cual el Despacho procedió a fijar fecha para llevar el secuestro de los bienes referidos por el exrepresentante legal.

b) En fecha 3 de octubre de 2016, el Despacho procedió a trasladarse a la dirección arriba indicada, al momento de la diligencia a los funcionarios de la Superintendencia los atendió el señor Meriño Daza, quien hizo entrega al Despacho de un escritorio, una silla, una nevera pequeña color blanco, dos sillas color negro, todo lo anterior en mal estado de conservación, tal como consta en registro fotográfico que obra en el expediente - Acta 405-002500 de 9 de noviembre de 2016.

5. Respecto de la objeción del apoderado de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas ADUANAMOS S.A. Niel s.

a) En cuanto a la objeción presentada por parte del apoderado de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2, este Despacho indica que efectivamente mediante escritos 2016-01-547530 y 2016-01-547536 de 10 de noviembre de 2016 el referido apoderado solicitó exclusión de la masa del patrimonio de la sociedad en liquidación, las medidas cautelares decretadas por el Juzgado 29 Civil Municipal de Bogotá.

b) Mediante proveído 405-008177 de 8 de mayo de 2017, el Despacho indicó al apoderado de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2, que la solicitud de exclusión de bienes, sería resulta en Audiencia de Resolución de Objeciones; lo anterior, de conformidad con el inciso 3º del artículo 2.2.2.4.2.47, norma que señala, que el juez del concurso resolverá la solicitud de exclusión una vez en firme la calificación y graduación de créditos, la asignación de derechos de voto y el inventario valorado, por lo que no era procedente decidir sobre la exclusión antes de la realización de esta audiencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho procederá de conformidad con el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, a reconocer los créditos y establecer derechos de voto con indicación de su naturaleza, cuantía y prelación y aprobar el inventario valorado, lo cual se discrimina a continuación:

1. CRÉDITOS RECONOCIDOS EN PRIMERA CLASE conforme el artículo 2509 del C.C.:

1. Créditos primera clase - Laborales

No.	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $	Cuantía reconocida $
1	Galenys Julieth Meriño Cortesano	2.101.563	2.101.563

2	Pablo Antonio Simbaqueba Simbaqueba	70.058.855	70.058.855
3	Efraín Huertas Romero	17.159.382	17.159.382
4	Álvaro Enrique Mesa Nova	59.571.587	59.571.587
5	Héctor Darío Díaz Rodríguez	14.543.283	14.543.283
6	Yesid Gómez Jiménez	14.946.553	14.946.553
7	José Raimundo Sánchez	19.740.648	19.740.648
8	Raúl Quintero Díaz	28.473.636	28.473.636
9	Ariz Manuel Cardona Pérez	1.740.830	1.740.830
10	Yesid Cardona Tapias	320.000	320.000
11	Luisa Fernanda de Castro Pérez	26.382.840	26.382.840
12	Ilma Elisa Ramos Amézquita	135.700.000	135.700.000
13	Jaime Triana Sánchez	29.743.900	29.743.900
14	Luis Antonio Lavacude	9.202.794	9.202.794
15	Angélica del Pilar Molano Araque	14.234.818	14.234.818
16	Wilson Javier Martinez Estepa	58.343.356	58.343.356
17	Iván Danilo Castiblanco	10.889.523	10.889.523
18	Denis Alberto Celis Góngora	68.069.630	68.069.630
19	María del Carmen Medellín Valbuena	19.655.484	19.655.484
20	Nadya Castro Alarcón	2.147.050	2.147.050
21	María Marcela Díaz Correa	16.201.071	16.201.071
	Subtotales laboral	**619.226.803**	**619.226.803**

2. Créditos primera clase - Seguridad Social

No.	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $	Cuantía reconocida $
23	Salud Total	11.734.820	6.939.000
24	Colpensiones	11.749.402	10.143.911
25	E.P.S. Famisanar Ltda.	36.358	36.358

26	Protección S.A.	133.403	121.503
27	Cruz Blanca	261.000	183.000
Subtotal seguridad social		**23.914.983**	**17.423.772**

Nota aclaratoria:

• Los créditos Nos. 23, 24, 26 y 27, tienen reconocido crédito postergado
• El crédito No. 24, sujeto a depuración

3. Créditos primera clase - Entidades fiscales

No.	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $	Cuantía reconocida $
28	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian	372.797.000	264.958.000
29	Distrito Capital - Secretaría Distrital de Hacienda	6.771.000	5.993.000
Subtotal fiscales		**379.568.000**	**270.951.000**

Nota aclaratoria:

• Los créditos Nos. 28 y 29, tienen reconocido crédito postergado

Crédito condicional No.	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $	Cuantía Reconocida $
31	Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales – DIAN	6.731.000	3.690.000
Subtotal Fiscales		**6.731.000**	**3.690.000**

Nota aclaratoria:

• El crédito condicional de la DIAN, corresponde a retenciones en la fuente CREE periodo 2013-12, 2015-02 y 2015-03 presentadas sin pago total; igualmente, tiene reconocido crédito postergado.

Crédito condicional No.	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $
32	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN	Cuantía indeterminada
Subtotal fiscales		**Cuantía indeterminada**

Nota aclaratoria:

• El crédito condicional de la DIAN en cuantía indeterminada, corresponde a Renta 2015-1, Renta CREE 2015-1, impuesto a la riqueza 2016-1, ventas 2016-2,3, Retención en la Fuente 2015-1,2,3,8,10 y 12, Retención en la Fuente 2016-3,4,5,6,7 y 8, Retención en la Fuente CREE 2015-10 y 12, Retención en la Fuente CREE 2016-3,4,5,6,7 y 8.

• Advierte el Despacho respecto de los créditos condicionales presentados por parte de la DIAN, los mismos quedarán sujetos a la condición de su depuración, para lo cual se concede el término de diez (10) días siguientes para que el liquidador entregue a la DIAN la información correspondiente, para que esta a su vez dentro de los diez (10) días determine la cuantía de la obligación, so pena de rechazo del presente crédito condicional.

4. Créditos primera clase - Entidades parafiscales

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $	Cuantía reconocida $
33	sena	18.876.448	14.764.438
Subtotal parafiscales		**18.876.448**	**14.764.438**

Nota aclaratoria:

• El crédito No. 33, tienen reconocido crédito postergado

5. Créditos quinta clase – Quirografario

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía solicitada $	Cuantía reconocida $
34	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN	7.380.000	7.380.000

35	Eurokit Colombia S.A.S.	20.670.551	20.670.551
36	Cocinas Venezzia Colombia S.A.S.	22.682.613	22.682.613
37	Malfero S en C - Luis Fernando Atuesta	24.914.550	24.914.550
38	Jorge García Hurtado	239.234.585	196.530.751
39	Agencia de Aduana – Aduanamos S.A. Nivel 2	4.231.541	4.231.541
40	Transflora Cargo S.A.	50.990.855	50.990.855
41	Transflora Cargo S.A.	36.622.453	36.622.453
42	María Eugenia Leyva Leyva	30.039.638	30.039.638
43	José Meriño Daza	1.600.000	1.600.000
Subtotal quirografarios		**438.366.786**	**395.662.952**

Nota aclaratoria:

• El crédito No. 34, corresponde a “sanción” estimadas por retención en la fuente 2013-12, 2015-2 y 2015-3.

• El crédito No. 38, tiene reconocido crédito postergado.

Total créditos calificados y graduados en el proceso de liquidación judicial	1.321.718.965

2. CRÉDITOS POSTERGADOS, de conformidad con el artículo 69 de la ley 1116 de 2006:

a. Correspondientes entidades de seguridad social:

No. de crédito	Nombre acreedor	Causal	Cuantía reconocida $
23	Salud Total	Se postergan los intereses	4.795.820
24	Colpensiones	Se postergan los intereses	1.605.491
25	E.P.S. Famisanar Ltda.	Se postergan los intereses	11.900
26	Protección S.A.	Se postergan los intereses	78.000
Subtotal créditos postergados seguridad social			**6.491.211**

b. Correspondientes entidades fiscales:

No. de crédito	Nombre acreedor	Causal	Cuantía reconocida $
28	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian	Se postergan los intereses	107.839.000
29	Distrito Capital - Secretaría Distrital de Hacienda	Se postergan los intereses	778.000
subtotal créditos postergados entidades fiscales			**108.617.000**

No. de crédito	Nombre acreedor	Causal	Cuantía reconocida $
31	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian	Se postergan los intereses	3.041.000
Subtotal fiscales			**3.041.000**

c. Correspondientes Entidades parafiscales:

No. de crédito	Nombre acreedor	Causal	Cuantía reconocida $
33	SENA	Se postergan los intereses	4.112.110

Intereses	
Subtotal créditos postergados entidades parafiscales	4.112.110

d. Postergados por Extemporáneos – Quinta Clase – Quirografarios

No. de crédito	Nombre acreedor	Casual	Cuantía reconocida $
38	Jorge García Hurtado	Se posterga por extemporáneo	42.703.834
Subtotal créditos quinta clase quirografarios			**42.703.834**

Total créditos postergados	164.965.155

3. Determinación de derechos de voto:

Grupo	No. de acreedores	Capital reconocido $	Derechos de voto
Laborales	21	619.226.803	619.226.803
Entidades de seguridad social	5	17.423.772	17.423.772
Entidades fiscales	2	274.641.000	274.641.000
Entidades parafiscales	1	14.764.438	14.764.438
Quinta Clase - Quirografarios	10	395.662.952	395.662.952
Total	**39**	**1.321.718.965**	**1.321.718.965**

a. Grupo A - laborales:

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía reconocida $	Derechos de voto
1	Galenys Julieth Meriño Cortesano	2.101.563	2.101.563
2	Pablo Antonio Simbaqueba Simbaqueba	70.058.855	70.058.855
3	Efraín Huertas Romero	17.159.382	17.159.382
4	Álvaro Enrique Mesa Nova	59.571.587	59.571.587
5	Héctor Darío Díaz Rodríguez	14.543.283	14.543.283
6	Yesid Gómez Jiménez	14.946.553	14.946.553
7	José Raimundo Sánchez	19.740.648	19.740.648
8	Raúl Quintero Díaz	28.473.636	28.473.636
9	Ariz Manuel Cardona Pérez	1.740.830	1.740.830
10	Yesid Cardona Tapias	320.000	320.000
11	Luisa Fernanda de Castro Pérez	26.382.840	26.382.840
12	Ilma Elisa Ramos Amézquita	135.700.000	135.700.000

13	Jaime Triana Sánchez	29.743.900	29.743.900
14	Luis Antonio Lavacude	9.202.794	9.202.794
15	Angélica del Pilar Molano Araque	14.234.818	14.234.818
16	Wilson Javier Martínez Estepa	58.343.356	58.343.356
17	Iván Danilo Castiblanco	10.889.523	10.889.523
18	Denis Alberto Celis Góngora	68.069.630	68.069.630
19	María del Carmen Medellín Valbuena	19.655.484	19.655.484
20	Nadya Castro Alarcón	2.147.050	2.147.050
Subtotal laborales		**619.226.803**	**619.226.803**

b. Grupo B – entidades de seguridad social:

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía reconocida $	Derechos de voto
23	Salud Total	6.939.000	6.939.000
24	Colpensiones	10.143.911	10.143.911
25	E.P.S. Famisanar Ltda.	36.358	36.358
26	Protección S.A.	121.503	121.503
27	Cruz Blanca	183.000	183.000
Subtotal entidades de seguridad social		**17.423.772**	**17.423.772**

c. Grupo C - entidades fiscales:

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía reconocida $	Derechos de voto
28	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian	264.958.000	264.958.000
29	Distrito Capital - Secretaría Distrital de Hacienda	5.993.000	5.993.000
Subtotal entidades fiscales		**270.951.000**	**270.951.000**

d. Grupo D - entidades parafiscales:

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía reconocida $	Derechos de voto
33	sena	14.764.438	14.764.438
Subtotal entidades parafiscales		**14.764.438**	**14.764.438**

e. Grupo E - Quinta Clase - Quirografarios:

No. de crédito	Nombre acreedor	Total cuantía reconocida $	Derechos de voto
34	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN	7.380.000	7.380.000
35	Eurokit Colombia S.A.S.	20.670.551	20.670.551
36	Cocinas Venezzia Colombia S.A.S.	22.682.613	22.682.613
37	Malfero S en C - Luis Fernando Atuesta	24.914.550	24.914.550
38	Jorge García Hurtado	196.530.751	196.530.751
39	Agencia de Aduana - Aduanamos S.A. Nivel 2	4.231.541	4.231.541
40	Transflora Cargo S.A.	50.990.855	50.990.855
41	Transflora Cargo S.A.	36.622.453	36.622.453
42	María Eugenia Leyva Leyva	30.039.638	30.039.638
43	José Meriño Daza	1.600.000	1.600.000
Subtotal quinta clase – quirografarios		**395.662.952**	**395.662.952**

Total créditos calificados y graduados en el proceso de liquidación para derechos de voto	1.321.718.965	1.321.718.965

4. En cuanto al inventario valorado de los bienes:

Dado el inventario de bienes, el Despacho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 de la ley 1116 de 2006 en concordancia con el artículo 53 ibídem, lo declarará aprobado en los términos de la radicación número 2017-01-195317 y 2017-01-175178 de 12 y 24 abril 2017, tal como se indica a continuación:

Tipo de bien	Valor $
1. Títulos judiciales 400100005869106 $36.482,29 400100005927425 $8.000.000,oo 400100005927421 $32.000.000,00	$36.482,29 $8.000.000,oo $32.000.000,00
Total	**40.036.482,29**

• Activo contingente, correspondiente a cuentas por cobrar por valor $354.527.000,oo

Finalmente, y teniendo en cuenta que los bienes de la concursada ya fueron enajenados, el Despacho pone de presente que de conformidad con lo señalado en el párrafo segundo del artículo 57 de la ley 1116 de 2006, la liquidadora cuenta con el término de veinte (20) días a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para presentar al juez de insolvencia el acuerdo de adjudicación al que se llegare con los acreedores de la misma. En mérito de los expuesto, la Coordinadora del Grupo de Liquidaciones,

Resuelve

Primero. No están llamadas a prosperar las objeciones presentada por parte del apoderado de los extrabajadores de la sociedad en liquidación, señores: Héctor Darío Díaz Rodríguez, Yesid Gómez Jiménez, José Raimundo Sánchez García, Álvaro Enrique Mesa Nova, Efraín Huertas Romero, Raúl Quintero Díaz y Pablo Antonio Simbaqueba, así como del señor Wilson Martínez, Luisa Fernanda de Castro Pérez, Iván Castiblanco y Jaime Triana Sánchez, respecto del inventario valorado, conforme las consideraciones arriba dispuestas.

Segundo. Teniendo en cuenta que el apoderado del acreedor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, antes ISS, y la liquidadora de la sociedad en liquidación, presentaron la depuración definitiva de la deuda, será este valor el que se tendrá como cierto.

Tercero. Advierte el Despacho respecto de los créditos condicionales presentados por parte de la DIAN, que los mismos quedarán sujetos a la condición de su depuración para lo cual se concede el término de diez (10) días siguientes para que el liquidador entregue a la DIAN la información correspondiente para que esta, a su vez, dentro de los diez (10) días determine la cuantía de la obligación, so pena de rechazo del presente crédito condicional.

Cuarto. Reconocer, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta

providencia, los créditos incluidos en el proyecto de calificación y graduación de créditos a cargo de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial.

Quinto. Asignar los derechos de voto a los acreedores de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en Liquidación Judicial, de acuerdo con el proyecto elaborado por el liquidador.

Sexto. Las partes deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.

Séptimo. Aprobar el activo de la sociedad Bayco Internacional S.A.S. en liquidación Judicial, en la suma de $40.036.482,29, conforme lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Octavo. Advertir a la liquidadora que de acuerdo con lo señalado en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, cuenta con el término de veinte (20) días a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para presentar al juez de insolvencia el acuerdo de adjudicación al que se llegare con los acreedores de la misma.

Noveno. Advertir al liquidadora sobre su obligación de verificar en la contabilidad y en sus respectivos soportes, si la sociedad en insolvencia pagó inversiones representadas en Bonos para la Seguridad y/o Bonos para la Paz, caso en el cual deberá verse reflejada en la contabilidad en la cuenta de inversiones, estableciendo la fecha exacta en que el Estado debe redimir esta inversión.

Esta providencia quedó notificada en Estrados.

Solicitiud de exclusión de bienes

Conforme lo dispone el artículo 2.2.2.4.2.47 del Decreto 1835 de 2016, en firme la providencia de calificación y graduación de créditos, como en efecto lo está, procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud del apoderado de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2, conforme las siguientes precisiones:

a) A la luz del artículo 2.2.2.4.2.48 del Decreto 1835 de 2015 y conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, el efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial respecto de las obligaciones garantizadas, es que la totalidad de los bienes del deudor –hayan sido o no dados en garantía–, así como la totalidad de sus acreedores, quedan vinculados al proceso de liquidación judicial.

b) Dispone el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, que los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial pueden excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la *garantía siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias.*

c) La solicitud de exclusión recae sobre medidas cautelares decretadas en procesos ejecutivos singulares sobre los bienes de propiedad de la concursada, medidas que quedaron a disposición de este juez de insolvencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1116 de 2006.

d) Mediante Auto 405-018041 de 29 de noviembre de 2016, se requirió a la liquidadora para que se pronunciara sobre la pertinencia de las solicitudes de exclusión.

e) En memorial 2016-01-570495 de 6 de diciembre de 2016, la liquidadora dijo que las solicitudes de exclusión debían ser rechazadas por improcedente, por ausencia de contrato de garantías mobiliarias, pues de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1676 de 2013 *"las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos"*; y por tratarse de la inscripción de una medida de embargo surgida de un proceso ejecutivo.

f) En Auto 405-009928 de 9 de junio de 2017, se dispuso incorporar el expediente ejecutivo singular de menor cuantía 2016-0575, remitido con escrito 2017-01-282286 de 9 de junio de 2017 por el Juzgado 29 Civil Municipal de Bogotá, promovido por Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A.

Nivel 2 contra Bayco Internacional S.A.S., dentro del cual, el referido juzgado, en Audiencia de fecha 10 de mayo de 2016, dispuso lo siguiente:

*"**Primero:** acoger la petición de nulidad propuesto por la liquidadora de la sociedad demandada.*

***Segundo:** declarar nulos los autos proferidos de fecha 11 de octubre y 3 de noviembre de 2016.*

***Tercero:** ordenar a la Secretaría remitir de manera inmediata el presente asunto para que sea incorporado al proceso iniciado en la Superintendencia de Sociedades según la petición realizada por la liquidadora…"*

g) Verificado el expediente, se observó que con memoriales 2016-01-547530 y

2016-01-547536 de 10 de noviembre de 2016, el apoderado de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2, aportó certificados de garantía mobiliaria expedido por Confecámaras, que acreditan la inscripción de las medidas cautelares decretadas por el Juzgado 29 Civil Municipal de Bogotá, base de la exclusión:

• Registro de Garantías Mobiliarias – Formulario de Inscripción Inicial 20160915000049700, fecha: 15-Sep-2016, monto máximo de la obligación garantizada (peso Colombiano) $4.231.541,oo

• Registro de Garantías Mobiliarias – Formulario de Inscripción Inicial 20160915000048900, fecha: 15-Sep-2016, monto máximo de la obligación garantizada (peso Colombiano) $4.231.541,oo

h) De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1676 de 2013, una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el garante y el acreedor garantizado o en los casos en que la garantía surge por ministerio de la ley como los referidos a los gravámenes judiciales, tributarios o derechos de retención de que trata el artículo 48 de la citada ley, que regula la prelación de garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía.

I) Por su parte, el artículo 2.2.2.4.1.2 del Decreto 1835 de 2015 establece la definición de gravamen judicial, entendido como el acto que proviene de autoridad judicial o administrativa competente como por ejemplo, un embargo, y cuya inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias es efectuada por el beneficiario de la medida, en cuyo favor se expide esta para efectos de oponibilidad y prelación, y en el mismo sentido se limitan los efectos en el caso del gravamen tributario en el artículo siguiente.

j) Conforme a las normas expuestas, si bien el gravamen judicial es considerado como garantía mobiliaria en situaciones de normalidad, los efectos de este tipo de cauciones en los procesos de insolvencia no son, ni pueden ser, los mismos que se derivan de las garantías mobiliarias de origen contractual.

k) Uno de los efectos principales de la apertura del concurso consiste en el fuero de atracción que este ejerce sobre los procesos ejecutivos que se adelanten contra el deudor, cuyas medidas cautelares quedan, en consecuencia, a disposición del juez del concurso (artículos 20, 48 numeral 3 y 50 numeral 12 de la Ley 1116 de 2006). En el momento en que ello ocurre, las medidas cautelares decretadas en el proceso ejecutivo pierden la calidad que originalmente habían tenido, esto es, la de asegurar los derechos del acreedor demandante, y se transforman en

una caución a favor del concurso, que favorece a la totalidad de los acreedores y sujeta a los principios de universalidad objetiva y subjetiva que caracterizan a este tipo de procedimientos.

l) Así las cosas, sería contrario a toda lógica pensar que una garantía que, en virtud de la apertura del concurso, pasó a órdenes del juez del concurso en beneficio de la totalidad de los acreedores, pueda ser excluida para favorecer a uno solo de ellos. Iniciada la liquidación, cambió la naturaleza de la medida cautelar: dejó de ser un derecho a favor de uno solo de los acreedores y pasó a ser una prerrogativa constituida a favor de todos, situación de suyo incompatible con la exclusión solicitada.

m) Refuerza todo lo anterior la literalidad de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan los casos en que los gravámenes judiciales deben ser entendidos como garantías mobiliarias, en las que se hace mención expresa a las reglas de prelación y oponibilidad, pero no a las de ejecución ni mucho menos al tratamiento que las garantías mobiliarias negociadas reciben en los procesos de liquidación judicial, en los que se prevé la exclusión de los bienes sobre los cuales recaen.

n) Así las cosas, el legislador reglamentario no previó que los efectos de la garantía mobiliaria que deviene de un gravamen judicial sean los correspondientes al artículo 52 de la Ley 1676 de 2013 sino que los limitó a oponibilidad y prelación, de manera que no pueden arrogarse la facultad de ejecución, vía exclusión de la masa, los acreedores beneficiarios de una medida cautelar inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias.

n) En suma, la posición según la cual el acreedor beneficiario de una medida cautelar en proceso judicial o de cobro tributario, que la haya registrado como garantía mobiliaria, tiene derecho a ejecutarla como tal en sede concursal, no solo es contraria a las normas que regulan la materia, en virtud de las cuales para estos gravámenes los efectos de la inscripción son relativos a oponibilidad y prelación de la garantía, sino que además choca con el régimen especial que en materia de insolvencia, tienen las medidas cautelares decretadas en procesos de cobro ajenos al concurso.

Resuelve

Primero. Negar la solicitud de exclusión de la garantía mobiliaria solicitada por parte del apoderado especial de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2 y procederá a calificar en quinta clase el crédito presentado.

Esta providencia queda notificada en estrados. Dicha providencia fue objeto de recurso por parte del apoderado especial de Transflora Cargo S.A. y Agencia de Aduanas Aduanamos S.A. Nivel 2, con base en los siguientes argumentos:

"…el primer argumento, es que se está haciendo uso de la Ley 1116 de 2006, la cual es claramente anterior a la Ley 1676 de 2013, en ese orden de ideas los asuntos se deben discernir con base en la Ley posterior; en segundo lugar, el legislador no distinguió entre las garantías mobiliarias provenientes de contratos y las provenientes por ministerio de la Ley, en la definición de gravamen e el Decreto 1835 de 2015 establece que los efectos del registro son para efectos de prelación y oponibilidad, lo cual no quiere decir que el efecto del gravamen judicial como garantía mobiliaria sea solamente ese, por lo tanto, siento que esta decisión es más política que jurídica, por lo que se incurre en dos defectos uno factico y otro sustantivo, lo que conlleva a que se vulneren derechos fundamentales, como el debido proceso y el efectivo acceso a la administración de justicia…"

El recurso fue puesto en traslado, el cual no fue descorrido por parte alguna. Por lo anterior, el Despacho al no encontrar en el argumento expuesto ninguno que haga evidenciar un yerro en la decisión adoptada, resolvió confirmar la decisión.

Auto proferido en audiencia Acta 400-001192 de 14 de junio de 2017	
Sujeto del proceso	Frigoríficos Ganaderos de Colombia S. A.
Asunto	Exclusión de garantías mobiliarias cuando los activos tienen la condición de estar integrados a un sistema de producción tipo planta.

Audiencia de resolución de objeciones

Fecha	14 de junio de 2017
Hora	10:00 a.m.
Convocatoria	Auto 400 - 008912 de 18 de mayo de 2017
Lugar	Superintendencia de sociedades
Sujeto del proceso	Frigoríficos ganaderos de colombia s. a. - friogan s.a. en liquidación judicial
Liquidador	Luis fernando arboleda montoya
Expediente	51942

I. Instalación
II. Desarrollo
1. cuestiones previas
- incidente de remoción del liquidador
2. resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y
determinación de derechos de voto
3. resolver objeciones al inventario
4. de las solicitudes de exclusión de bienes
III. Cierre

I. Instalación

Preside la audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia.

El Despacho advierte que se anexa al acta la lista de asistencia a la audiencia y el CD que contempla todo el desarrollo de la misma. De igual forma, se informa que el acta solo tendrá la parte resolutiva de las providencias que profieran en la audiencia (art. 107 del C.G.P.).

De conformidad al poder actúa como:

Apoderado	Poderdante
Claudia Elena Ortega	Protección
Claudia Elena Ortega	Colpensiones
Carlos Arturo León Padilla	Departamento del Meta
Héctor José González Zapata	Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural
Daniel Salamanca Pérez	Banco Colpatria S.A.

1. Cuestiones previas

Incidente de remoción del liquidador

Realizado el recuento de los antecedentes del incidente propuesto por Néstor Anyelo Martínez el Despacho, previo a las consideraciones dadas en audiencia dictó el auto del cual se transcribe la parte resolutiva a continuación:

"**Resuelve**

Primero. Desestimar los cargos propuestos por Néstor Anyelo Martínez, frente al incidente de remoción del liquidador.

Segundo. Cerrar el incidente.

Tercero. Archívense las actuaciones del incidente propuesto."

La anterior providencia quedó notificada y ejecutoriada en estrados.

2. Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto e inventario valorado.

Una vez realizadas las correspondientes consideraciones frente a las objeciones planteadas contra el proyecto de Graduación y Calificación de Créditos, Determinación de Derechos de Voto y el Inventario Valorado, el Despacho continuó dictando las siguientes providencias, de las cuales se transcribe la parte resolutiva:

"**Resuelve**

Primero. Aceptar los allanamientos realizados por la concursada respecto de las objeciones presentadas por Credicorp Capital, Fiduciaria Bancolombia y Fondo Nacional del Ganado contra el proyecto de calificación y graduación de créditos.

Segundo. Aceptar las conciliaciones celebradas por el liquidador de la concursada con la Asociación de Ganaderos de Puerto López, Luis Alexander Díaz y Unigas.

Tercero. Desestimar las objeciones de Salud Total y Porvenir, según lo expuesto.

Cuarto. Estimar las objeciones de Protección y Colfondos reconociendo los créditos presentados en primera clase laboral, según lo expuesto.

Quinto. Desestimar las objeciones presentadas por Transglacial LTDA. y Sociedad Ganadera. De Exportaciones - Ganexpo S.A.S, reconociendo los créditos presentados en los legalmente postergados, según lo expuesto y en las condiciones señaladas.

Sexto. Estimar la objeción presentada por Pablo Muñoz Gómez (Promotor del terminado proceso de reorganización de Friogan), quedando graduado y calificado en quinta clase pos acuerdo, según lo expuesto.

Séptimo. Desestimar las objeciones presentadas por Banco Colpatria y Banco de Occidente contra el proyecto de Graduación y Calificación de Créditos y Determinación de Derechos de Voto, según lo anotado.

Octavo. Desestimar la objeción presentada por Colpatria y Banco de Occidente contra el Inventario Valorado, en los términos y condiciones señaladas.

Noveno. Aprobar la graduación y calificación de créditos de la sociedad concursada y ajustados conforme a lo resuelto en la audiencia de resolución de objeciones.

Décimo. Aprobar la determinación de derechos de voto de la sociedad concursada y ajustados conforme a lo resuelto en la audiencia de resolución de objeciones.

Décimo Primero. Aprobar el inventario valorado de bienes de la deudora radicado con el número 2017-01-116319.

Décimo Segundo. Advertir al liquidador sobre su obligación de verificar en la contabilidad y en sus respectivos soportes, si la sociedad en insolvencia pagó inversiones representadas en Bonos para la Seguridad y/o Bonos para la Paz, caso en el cual deberá verse reflejada en la contabilidad en la cuenta de inversiones, estableciendo la fecha exacta en que el Estado debe redimir esta inversión.

Esta providencia queda notificada en estrados. En este punto, los siguientes acreedores presentaron solicitud de aclaración frente a la providencia proferida:

Banco de Occidente, Pablo Muñoz, BBVA Colombia Unigas, Ministerio de Agricultura, Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) y Banco Colpatria.

Las anteriores aclaraciones se dieron con la lectura de la parte resolutiva en los términos señalados y se advirtió que la intervención del IDEA constituye un Recurso de Reposición y se resolverá conforme sea el respectivo espacio en la audiencia. La decisión quedó notificada y ejecutoriada en estrados.

Acto seguido y conforme a lo dispuesto, IDEA recurre la decisión solicitando se dé el mismo tratamiento que al Banco de Occidente, frente al crédito garantizado, frente al cual el liquidador descorre el traslado indicando que no posee las mismas garantías y sus intereses deben ser postergados.

El Despacho desestima el recurso, dado que el recurrente no posee la misma calidad de garantizado como si lo demostró el Banco de Occidente.

Recurre la apoderada de Colpensiones y Protección, señalando que después de un trabajo de depuración, sus representadas arrojan un saldo de deuda de $2.200.oo pesos como deuda real y 2´267.000.oo como deuda presunta para Colpensiones y $104.633.oo como capital y $330.400.oo de intereses para Protección, a lo cual el Liquidador en el descorre se allana.

El Despacho, en atención a lo manifestado, accede a lo argumentado por la recurrente, estimando el respectivo recurso. Interpone recurso de reposición el apoderado del Banco Colpatria, argumentando que su acreencia debe ser reconocida en su totalidad dado que nos encontramos en el escenario de la liquidación y no en el recuperatorio, al haber desistido de su objeción en la reorganización, no hubo pronunciamiento de fondo frente a su acreencia.

El liquidador descorre el traslado argumentando que no se trata de un crédito nuevo y que se está tratando de revivir etapas ya precluidas.

El Despacho desestima el respectivo recurso, haciéndose las consideraciones frente a los efectos que trae el artículo 314 del C.G.P., con respecto al desistimiento. Interpone recurso Pablo Muñoz, solicitando que su acreencia reconocida sea gasto de administración, dado que se tratan de honorarios por su calidad de promotor.

El Despacho desestima el recurso, considerándose el hecho objetivo de su causación. La decisión quedó notificada y ejecutoriada en estrados, siendo las 12:30 m., se da un receso, para reanudar a las 2:30 pm.

AUTO PROFERIDO EN LA AUDIENCIA

Superintendencia de sociedades

Antecedentes

Mediante Escritura Pública 1689 de 15 de octubre de 1998, de la Notaría 61 de Bogotá, modificada por Escritura Pública 4730 de 11 de agosto de 2006, de la Notaría 20 de Bogotá y Otrosí 2 del 4 de noviembre de 2009, se celebró el contrato de Fiducia Mercantil irrevocable de garantía, entre Fiduciaria Bancolombia S.A. y Friogan S.A., que originó el Patrimonio Autónomo FRIGORÍFICOS GANADEROS DE COLOMBIA S.A., al que fue fideicomitido el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 106-22158 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de La Dorada, así como las demás cosas que conforman la planta de sacrificio de la Dorada, Caldas. El patrimonio autónomo tiene como beneficiario a: Fedegan, Bancolombia, Banco BBVA, Banco de Bogotá y Banco Colpatria.

De otro lado, con Escritura Pública 2753 de 27 de noviembre de 2012, de la Notada 35 de Bogotá, se celebró contrato de Fiducia Mercantil de garantía, entre Fiduciaria Credicorp Capital Fiduciaria S.A., y Friogan, que originó el patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO FRIOGAN PLANTA DE VILLAVICENCIO”, al que fue fideicomitido el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 230-85083 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Villavicencio, así como los demás inmuebles por adhesión o destinación que conforman la planta de sacrificio de Villavicencio. En este patrimonio autónomo, los beneficiarios son los fideicomitentes, el inicial y el cesionario, pero se reconocen como acreedores financieros al IDEA, Banco Colpatria, Bancolombia, Banco BBVA, Banco de Occidente y Banco de Bogotá.

De conformidad con lo resuelto en audiencia del 18 de diciembre de 2015, los siguientes sujetos tienen garantía real de sus créditos, en virtud de los contratos de fiducia, así:

Créditos de la segunda clase			
Nombre acreedor	**Valor reconocido capital**	**Valor intereses**	**Identificación bien en garantía**
Banco Bilbao vizcaya argentaria Colombia S.A.- BBVA Colombia	$ 3.278.807.893	$ 1.062´134.655	Derechos fiduciarios

Banco de Bogotá	$ 450.000.000		Derechos fiduciarios
Instituto para el desarrollo de Antioquia-idea	$ 7.045.638.308		Derechos fiduciarios

Créditos de la tercera clase			
Nombre acreedor	**Valor reconocido capital**	**Valor intereses**	**Identificación bien en garantía**
Banco de Occidente	$ 19.998´725.985	$6.583´281.120	Hipoteca
Banco Colpatria	$ 7.793´164.011		Derechos fiduciarios
Bancolombia S.A.	$ 4.902´500.000		Derechos fiduciarios

En este proceso de liquidación, los siguientes acreedores solicitaron exclusión de bienes en virtud de lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006, en la Ley 1676 de 2015 y en el Decreto 1835 de 2015:

Acreedor beneficiario	Solicitud
Bancolombia	2016-01-437354
Bbva	2016-01-439636
Colpatria	2016-01-566823
Banco Colpatria	2016-01-566823
Bancolombia	2016-01-437354
Banco De Occidente	2016-01-439601 / 2016-01-439592

Se considera

Este Despacho tiene dicho[35] que:

El artículo 55 del estatuto insolvencia dispone un catálogo de bienes pasibles de ser excluidos de la masa liquidable, y en el parágrafo establece que *"el Gobierno Nacional reglamentará los casos en los cuales los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia".*

35 Auto 400-005267 de 28 de febrero de 2017, Andean Pacific Iron Corp., Sucursal Colombia, en liquidación judicial.

Por su parte, el artículo 56 *ejúsdem*, se ocupa del trámite que debe surtirse para la entrega de los bienes excluidos, e impone la carga, a quien solicita la entrega, de que la petición sea presentada dentro de los seis meses siguientes al inicio del proceso, acompañada de prueba siquiera sumaria del derecho que le asiste.

El artículo 12 del Decreto 1038 de 2009 (que corresponde al artículo 2.2.2.12.12 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015), desarrolló el artículo 55 del estatuto de insolvencia y fijó los supuestos que deben cumplir los bienes transferidos a un fideicomiso con fines de garantía, para que puedan ser excluidos, a saber, (I) que hayan sido transferidos para obtener financiación del deudor, y (II) que el contrato se haya inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro correspondiente, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes.

Ahora bien, la Ley 1676 de 2013, promulgada el 20 de agosto de 2013, introdujo nuevas normas relativas a las garantías sobre bienes en Colombia. La nueva normativa derogó expresamente algunas disposiciones, modificó otras y previó una fórmula, en el artículo 91, según la cual la ley deroga *"expresamente las disposiciones que le sean contrarias".*

El parágrafo del artículo 3 de la Ley 1676 de 2013, indica que *"Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la precitada ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto del comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006".*

En consecuencia, de los requisitos previstos en artículo 2.2.2.12.12 del Decreto 1074 de 2015, el de la inscripción del contrato en el registro mercantil de la Cámara de Comercio o en el registro correspondiente de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, perdió vigencia y, de otro lado, surgió la carga de inscribirlo en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Esta sujeción a la nueva normativa, para efectos concursales, ya fue reconocida por la Superintendencia Financiera, en su Circular Básica Jurídica, en la que dispone lo siguiente, respecto del negocio de fiducia en garantía: *"Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros.*

"A los contratos de fiducia en garantía le (sic) son aplicables en lo referente al registro,

oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario y (sic) las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013, de conformidad con el parágrafo del art. 3 de la misma ley.

"Adicionalmente, se señala que el registro establecido en la citada disposición, tiene para los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del art. 55 de la Ley 1116 de 2006"[36] (énfasis añadido).[37]

En consecuencia, para la aplicación del nuevo régimen de garantías a negocios preexistentes, debe determinarse la procedencia de la solicitud a la luz del artículo 85 de la Ley 1676 de 2013, y de las pautas de interpretación definidas por esta delegatura, pues si se *"busca que sean aplicables las reglas sobre ejecución de la garantía, el titular debió cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro contenidos en el estatuto, y para hacerlo la propia ley estableció una ventana de oportunidad preclusiva, de seis meses contados a partir de la vigencia de la ley"*.[38] La Ley 1676 de 2013 fue promulgada a través de su publicación en el Diario Oficial 48.888 de 20 de agosto de 2013. Entró en vigor el 21 de febrero de 2014 y, según la fórmula prevista en la propia ley, los titulares de garantías preexistentes a la ley debieron registrarlas, para efectos de ejecución, en oportunidad que expiró el 21 de agosto de 2014.

En el caso particular, frente a cada uno de los acreedores garantizados, deben ser estudiadas a la luz de la Ley 1676 de 2013 y no del artículo 2.2.2.12.12 del Decreto 1074 que, como se vio, fue derogado en atención a lo previsto en el artículo 91 del estatuto de garantías.

De los documentos aportados por los peticionarios se concluye que los contratos de fiducia mercantil de garantía que originaron los patrimonios autónomos referidos, son preexistentes a la ley de garantías de 2013, por lo que deben distinguirse dos situaciones jurídicas particulares: (I) la de las garantías mobiliarias debidamente constituidas y eficaces según las normas vigentes en su momento, que conservarán

36 Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica, en los términos en que fue modificada por la Circular Externa 024 de julio de 2016.

37 Artículo 85. Aplicación de la ley a las garantías mobiliarias constituidas antes de la vigencia de la ley. La presente ley aplica a todas las garantías mobiliarias, aun aquellas que hayan sido constituidas previamente a la entrada en vigencia de esta ley. "Una garantía mobiliaria que haya sido debidamente constituida y sea efectiva según la legislación anterior a la entrada en vigencia de esta ley, continuará siendo efectiva y se aplicarán las reglas de prelación establecidas en esta ley. Para efectos de la aplicación de las reglas de ejecución deberá cumplir los requisitos de oponibilidad y registro establecidos en la presente ley, y de requerirse el registro deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, manteniendo la prelación con la que contaba al momento de expedirse la presente ley".

38 Acta 400-000359 de 19 de febrero de 2016, Proceso de Daniel Fernando Arenas, en reorganización.

eficacia en el marco de la nueva normativa, para efectos de la aplicación de las nuevas reglas de prelación, que se entienden incorporadas de pleno de derecho a esos negocios; (II) pero, para efectos de la ejecución de las garantías preexistente al amparo del nuevo marco normativo, los titulares debieron cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro contenidos en el estatuto dentro de oportunidad legal prevista.

A. Frente a los acreedores garantizados del Patrimonio Autónomo P.A. FRIGORÍFICOS GANADEROS DE COLOMBIA S.A, administrado por Fiduciaria Bancolombia S.A. (La Dorada):

I) **Bancolombia:**

solicitó exclusión de bienes mediante memorial de 30 de agosto de 2016, y aportó certificado de garantía mobiliaria 2015029000064900, en donde se indica que cubre un monto máximo de $5.883´000.000. No obstante, la garantía mobiliaria fue inscrita el 29 de octubre de 2015, es decir, por fuera del término establecido en el artículo 85 de la Ley 1676 de 2013, lo que frustra la pretensión de la entidad financiera.

II) **Banco BBVA Colombia:**

Solicitó exclusión de bienes mediante memorial de 31 de agosto de 2016, y aportó dos certificados de garantía mobiliaria, a saber, el 20140815002399600 y el 20140815002399800, ambos con fecha de registro el 15 de agosto de 2014 en donde se indica que cubren unos montos máximos de $1.962´000.000 y $3.000´000.000, respectivamente, para un monto total de $4.962´000.000.

Como se ve, el registro fue oportuno y, en consecuencia, se estima la solicitud del acreedor financiero.

III) **Banco Colpatria:**
Solicitó exclusión de bienes mediante memorial de 1 de diciembre de 2016, pero entre los soportes arrimados por el solicitante no figura el certificado de garantía mobiliaria, no obstante lo cual el Despacho consultó el Registro de Garantías Mobiliarias y no encontró registro alguno a favor de este acreedor. En consecuencia, la solicitud de este acreedor debe ser desestimada.

B. Frente a los acreedores garantizados del FIDEICOMISO FRIOGAN PLANTA DE VILLAVICENCIO – Administrada por Correval (antes Credicorp):

I) **Bancolombia:**

Solicitó la exclusión de bienes mediante memorial de 30 de agosto de 2016, y aportó al efecto el certificado de registro de garantía mobiliaria 20150313000034100, en donde se indica que cubre un monto máximo de $1.792´275.399. No obstante, la garantía mobiliaria fue inscrita el 13 de marzo de 2015, es decir, por fuera del término establecido en el artículo 85 de la Ley 1676 de 2013, por lo que la solicitud será desestimada.

II) **Banco BBVA Colombia:**

Solicitó la exclusión de bienes mediante memorial de 31 de agosto de 2016, pero no aportó el certificado de garantía mobiliaria, no obstante lo cual el Despacho consultó el Registro de Garantías Mobiliarias y no encontró registro alguno a favor de este acreedor. En consecuencia, la solicitud de este acreedor debe ser desestimada.

III) **Banco Colpatria:**

Solicitó la exclusión de bienes mediante memorial de 1 de diciembre de 2016, pero entre los soportes arrimados por el solicitante no figura el certificado de garantía mobiliaria, no obstante lo cual el Despacho consultó el Registro de Garantías Mobiliarias y no encontró registro alguno a favor de este acreedor. En consecuencia, la solicitud de este acreedor debe ser desestimada.

IV) **Banco de Occidente:**

Solicitó la exclusión de bienes mediante memoriales de 31 de agosto de 2016, y entre las pruebas aportadas obra certificado de garantía mobiliaria 20140816000036700, en donde se indica que cubre un monto máximo de $7.309´026.656. Esta garantía fue registrada el 16 de agosto de 2014, es decir, de manera oportuna, razón por la cual se estima la solicitud.

Ahora bien, dadas las particularidades de este proceso de liquidación, en el que el activo es suficiente para cubrir el pasivo, y en el que los activos tienen la condición de estar integrados a un sistema de producción tipo planta, la materialización de las exclusiones autorizadas con fundamento en la Ley 1676 de 2013 debe ser consecuente con esas circunstancias, lo que se traduce en que (I) por un lado, el valor que se tiene en consideración para estos efectos, es el aprobado en el inventario valorado, de manera que son inaplicables las disposiciones contractuales que prevén la disminución gradual del precio con cada intento de venta, y (II) de

otra parte, por no estar individualizados los bienes en garantía afectos a los créditos beneficiarios de la exclusión sino integrados a un sistema de producción, lo que supone que el derecho recaiga sobre un porcentaje de ellos, se debe aplicar la regla prevista en el artículo 2.2.2.4.2.47 del Decreto 1835 de 2005, según la cual el liquidador debe proceder a la venta de la unidad y *"la exclusión se materializará en el valor de enajenación del bien en garantía con relación al monto insoluto de la obligación garantizada".*

En consecuencia, una vez surtida la venta de los bienes afectos a las garantías cuya exclusión se acepta, el liquidador debe pagar antes que a los demás acreedores reconocidos, a los garantizados beneficiarios de la exclusión.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

Resuelve

Primero: Negar la solicitud de exclusión de bienes elevada por Bancolombia y Colpatria, de conformidad con lo anotado.

Segundo: Acceder a la exclusión de bienes elevada por el BBVA y Banco de Occidente en los términos y condiciones definidos en esta audiencia.

Tercero: Ordenar a BBVA y Banco de Occidente para que en conjunto con el liquidador, dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 1676, en concordancia con el artículo 2.2.2.4.2.47 del Decreto 1835 de 2015, en lo pertinente teniendo en cuenta que los bienes excluidos hacen parte de la unidad económica de la concursada.

Cuarto: Ordenar al liquidador y a BBVA y Banco de Occidente, que dentro de los dentro de los 5 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, determinen el valor de la obligación garantizada y el respectivo ajuste a la calificación y graduación de créditos e inventario de la concursada.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Interpone recurso de reposición la apoderada del BBVA, argumentando que su la exclusión solicitada fue frente a la planta de Villavicencio bajo el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 y La Dorada bajo la Ley 1676 y por tanto el tratamiento es diferente.

Por otra parte, interpone recurso el apoderado del Banco Colpatria, allegando

precedente de la Superintendencia de Sociedades frente a hechos similares en proceso de Datapoint y señalando en la misma vía que el anterior recurso.

El Despacho agrupa los dos recursos y los desestima, teniendo en cuenta lo señalado en el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1676, y aclara que no existen dos vías diferentes para la exclusión de bienes, por temas de garantías frente a los contratos de fiducias.

Interpone recurso de reposición el liquidador apara que se suspendan los efectos de la exclusión dada la orden del ordinal 4 del Auto de Apertura de Friogan, que conmina al liquidador que se busque una reorganización empresarial. Este Recurso fue descorrido por Banco de Occidente y BBVA, solicitando se mantenga la decisión.

El Despacho desestima el recurso, dado que la parte resolutiva fue clara, y los términos de Ley son perentorios y se deben tener en cuenta para que se estudie y se proceda a la reorganización, hasta antes que se efectúe la respectiva adjudicación de bienes.

La decisión quedó notificada y ejecutoriada en estrados. A las 3:19 p.m., se da por terminada la audiencia, y en constancia firma quien presidió,

Auto 400-009849 del 8 de Junio de 2017	
Sujeto del proceso	Alsacia Constructora de Obras S.A.
Asunto	Graduación de créditos, acreedores quirografarios, reparación de los consumidores de vivienda familiar.

Consideraciones del despacho

1. En atención a que *"cumplir con las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social de Derecho"*[39] y a la solicitud expresa de la liquidadora, es deber de este operador disponer lo necesario para que sea eficaz la orden proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, como juez natural para determinar los asuntos relativos a la ordenación de deudas para su pago, en el marco de los procesos judiciales de insolvencia sometidos a su conocimiento, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1116 de 2006, y sin perjuicio de las consideraciones hechas en audiencia de 24 de febrero de 2017 en el proceso de Calamar Constructora de Obras S.A.S.

2. En el presente caso concurren circunstancias ciertamente especiales, que ameritan una aproximación particular. Los deudores y ahora responsables del daño están incursos en procesos de insolvencia; los acreedores y víctimas del daño son consumidores, y las cosas dañadas son unidades de vivienda familiar. Esta particular conjunción ubica a los acreedores - consumidores en situación de verdadera vulnerabilidad, pues las reglas del concurso comprometen la satisfacción de un crédito del que nunca quisieron ser acreedores.

3. Esta circunstancia la tuvo en consideración la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, sin embargo, como juez del consumo, su laborío se contrajo a la pugna binaria entre consumidores y productores, y en esa lógica no tenía por qué considerar intereses que, en cambio, al juez concursal no le es dable ignorar, pues también están concernidos los demás acreedores afectados por la insolvencia, además del propio interés concursal, que es una manifestación concreta del orden público económico que subyace a los procedimientos de insolvencia. En esta medida, en esta providencia se dotará de eficacia real el fallo del juez del consumo, armonizado con los demás intereses en juego en el contexto de la insolvencia del deudor.

4. Los consumidores de inmuebles destinados a vivienda familiar, sean víctimas de un daño causado por un producto defectuoso del concursado o titulares del derecho a restituir el bien defectuoso y recibir el precio que pagaron, que han

39 Corte Constitucional, Sentencia C- 367 de 2014; postura reiterada en las sentencias T- 1686 de 2000, T 216 de 2015, T- 554 de 1992 y C 1006 de 2008 y el Auto 222 de 2016.

sido reconocidos en el concurso como titulares de créditos litigiosos, una vez sus créditos cobren certeza, es decir, cuando quede en firme la providencia judicial que declara la responsabilidad e impone las condenas, deben gozar de privilegio en lo que respecta a las condenas directamente relacionadas con el daño declarado.

5. A efectos de desarrollar los argumentos que llevan a esta conclusión, es necesario recordar que el régimen de insolvencia empresarial colombiano, en sus distintos instrumentos legales y reglamentarios, reconoce los siguientes tipos de acreedores, agrupados en clases, así:

(I) **Primera clase**. 1. Los créditos a favor de menores de edad, por alimentos;[40] 2. Los créditos por salarios y todas las prestaciones derivadas del contrato de trabajo[41], créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales[42], créditos causados o exigibles por concepto cesantías y demás prestaciones;[43] 3. Los créditos por costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores[44]; 4. Los créditos del fisco por impuestos y parafiscales[45]; 5. Los créditos por aportes al Sistema de Seguridad Social[46] y los exigibles por concepto de cotizaciones e intereses.

(II) **Segunda clase**. Los créditos de los acreedores garantizados[47]; los créditos de los acreedores prendarios hasta concurrencia del valor de venta del bien[48]; los créditos por cuotas que hayan pagado los promitentes compradores de bienes inmuebles destinados a vivienda[49] en los procesos concursales de constructores y

---

40 Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2002
41 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 157
42 Ley 50 de 1990, artículo 36
43 Código Civil, artículo 2495
44 Código Civil, artículo 2495
45 Código Civil, artículo 2495. Son parafiscales los aportes de carácter obligatorio que realizan los empleadores y cuyo recaudo está a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, destinados al subsidio familiar, SENA, ESAP, etc
46 Ley 100 de 1993, artículo 270
47 Ley 1676 de 2013, artículos 50, 51 y 52. Si bien estas normas del estatuto de garantías no indican una graduación específica, esta Delegatura ha concluido que la citada ley no derogó ni alteró la prelación de créditos, de manera que los acreedores garantizados, que en el caso de la reorganización tienen la posibilidad de concurrir al acuerdo recuperatorio, deben ser graduados en segunda o en tercera clase, según la naturaleza del bien sobre el que recaiga la garantía, sin perjuicio de las especiales prerrogativas concursales que les fueron asignadas por la ley de garantías.
48 Código Civil, artículo 2497
49 Ley 66 de 1968, artículo 21; Ley 388 de 1997, artículo 125, parágrafo 3. A pesar de la norma se refiere a “los casos de liquidación”, por vía jurisprudencial, a partir de una analogía rigurosa, se ha asimilado el tratamiento a estos acreedores cuando el proceso es recuperatorio, en atención a la idéntica naturaleza concursal de los procedimientos. Vid. Auto de 11 de diciembre de 2015, proferido en Audiencia recogida en Acta 400-002626, en el proceso de reorganización de Alsacia CDO S.A.

comercializadores de vivienda, excepto en aquellos eventos en los que sea posible la aplicación del artículo 51 de la Ley 1116 de 2006; los créditos amparados por fiducias y encargos fiduciarios con fines de garantía, cuando los bienes fideicomitidos sean muebles.[50]

(III) **Tercera clase**. Los créditos garantizados con hipoteca que integra las normas de la Ley 1676 de 2013; los créditos hipotecarios[51]; los créditos amparados por negocios fiduciarios con fines de garantía, cuando los bienes fideicomitidos sean inmuebles.[52]

(IV) **Cuarta clase**. Los créditos del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales[53]; los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios.[54]

(V) **Quinta clase**. Quirografarios o sin privilegio.[55]

6. Además de los tipos enmarcados en el sistema de prelación de créditos del Código Civil[56], en el contexto concursal también se reconoce al acreedor de gastos de administración o de créditos contra la masa, como una especie diferenciada y con un privilegio, consistente en su carácter predeductible,[57] en razón al hecho objetivo de la fecha en que se causó el crédito, siempre posterior a la apertura del proceso concursal.

---

50 Ley 1116 de 2006, artículo 59

51 Código Civil, artículo 2499

52 Ley 1116 de 2006, artículo 50.7, inciso 3

53 Código Civil, artículo 2502

54 Ibídem, en los términos en que fue reformado por el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006

55 Código Civil, artículo 2509

56 En esta relación de los acreedores de deudores sometidos a insolvencia empresarial no se incluyeron otros tipos de acreedores previstos en el Código Civil, que son: (i) de primera clase por expensas funerarias necesarias del deudor; (ii) de primera clase por gastos de última enfermedad del deudor; (iii) de primera clase por artículos de subsistencia; (iv) de segunda clase del posadero; (v) de segunda clase del transportador; (vi) de cuarta clase de los hijos frente al padre administrador de sus bienes; (vii) de cuarta clase del sometido a tutela o curatela frente al tutor o curador. Sin embargo, es posible encontrar algunos de estos créditos en insolvencia empresarial, cuando el sujeto del proceso es la persona natural comerciante

57 La predeductibilidad de los créditos contra la masa o gastos de administración significa que gozan de preferencia respecto de su pago por encima de los créditos del concurso. Se trata, entonces, de gastos necesarios para el desarrollo del proceso concursal y que surgen como consecuencia de su inicio. Cfr. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, Los Acreedores Involuntarios en el Concurso, en “Créditos, garantías y concurso”, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ruiz de Velasco. Thomson Reuters, España, 2010, pp 391- 434

7. La prelación de créditos, entendida como sistema de organización de deudas para su pago, supone de entrada una ruptura del principio de paridad entre acreedores. Se trata de la opción legislativa prevista en el Código Civil y desarrollada en los sucesivos estatutos de insolvencia que han regido en Colombia.

En palabras de Hinestrosa, *"en todas esas hipótesis [de ejecución universal], de no haber dinero suficiente para cubrir completos todos los créditos, vendrán la presión de los distintos acreedores y el conflicto entre ellos. Cada cual aspira a ser satisfecho totalmente y antes que los demás. Elemental es la regla de la proporcionalidad; sin embargo, de muy atrás fueron surgiendo razones y argumentos en favor de gradaciones, y como era de esperar, el empeño de tantos de colocarse en un escalón de ventaja: los privilegia exigendi. Se habla, entonces, de acreedores privilegiados que comparten a prorrata su posición y de otros que en el mismo grado van en orden sucesivo, y en fin, de acreedores rasos (nomina chirografaria) a quienes va el remanente que se distribuyen entre sí a escote. O sea que al rompe se presenta la contraposición entre la igualdad (proporcionalidad) o pars condicio, y la prelación, el privilegio y el apremio de justificar la ruptura de aquel principio, ora invocando la calidad personal del acreedor, ora, y esto es lo más frecuente, la naturaleza del crédito o, más bien, su origen (causa), que en los tiempos que corren encuentra respaldo en la exigencia de ´igualdad sustancial´, por encima de la formal (art. 1 C.P.), que se traduce en puja por ingresar el respectivo crédito en la lista preferencial, manifiesta en las sucesivas leyes al respecto"*.[58]

8. La Corte Constitucional, por su parte, lo ha reconocido en estos términos: *"El legislador prevé un sistema de preferencias, dependiendo de la calidad del crédito. La prelación de crédito es el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; solo existen aquellas expresamente contempladas en la ley".*[59]

9. En suma, es un mecanismo de ordenación razonable y necesario ante la escasez de activos, no muy diferente de los que operan en otros ordenamientos[60],

---

58 FERNANDO HINESTROSA, Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 692 y 693

59 Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002

60 En el sistema de insolvencia norteamericano, por ejemplo, se reconocen dos clases principales de acreedores: (i) los que tienen garantía (secured creditors), y (ii) los que no la tienen (unsecured creditors). A partir de esta categorización, que en el caso de los no garantizados, a su vez, se desdobla en subtipos de créditos, se aplica el principio de prioridad absoluta de pago (absolute priority rule), según la cual los primeros deben ser satisfechos antes que los segundos. En España, de otro lado, la ley concursal prevé tres clases de créditos, a saber, (i) privilegiados, que admiten

en atención a las distintas situaciones jurídicas en que pueden estar los sujetos activos de relaciones de crédito, pues es claro que aunque empíricamente todos los acreedores son iguales, es decir, todos son titulares del derecho a exigir una conducta (pago) al deudor, hay elementos subjetivos y objetivos de distinción entre ellos, reconocidos por la ley, de manera que el principio de paridad cede en el plano general, para cobrar eficacia en el contexto más restringido de las distintas clases.

En otras palabras, a pesar de ser la regla general,[61] no se les asigna el mismo trato al acreedor laboral y al acreedor quirografario, pero sí a dos o más acreedores laborales del mismo grado entre ellos o a dos o más quirografarios entre ellos. Con todo, como la prelación supone asignar tratos diferenciales, el legislador sustancial buscó que fuera una categorización *numerus clausus,* cerrada, y eso explica la perentoria expresión del artículo 2508 c.c., según la cual *"la ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en los artículos precedentes".*

10. Ahora bien, es evidente que el desenvolvimiento de las relaciones de comercio y la mutación de los referentes normativos tradicionales, en particular los de orden superior, imponen ajustes hermenéuticos que parecieran desconocer centenarias normas sustanciales, pero que en realidad persiguen acompasarlas al contexto socio jurídico actual. Por ejemplo, la Ley 1676 de 2013 introdujo un privilegio concursal a partir de la existencia y oponibilidad de un contrato de garantía mobiliaria.

En este caso, la ley *"creó una nueva especie de acreedor, le asignó un régimen diferenciado y mejoró su expectativa de satisfacción del crédito, a través del reconocimiento de una preferencia especial, es decir, relativa a un bien o derecho determinado o determinable, que es, precisamente, aquel sobre el cual recae la garantía"*.[62] Es evidente que, aunque el acreedor garantizado de que trata esta ley no está previsto en ninguno de los artículos anteriores al 2508 c.c.,[63] es un acreedor con preferencia especial y régimen diferenciado, cuyos derechos son perfectamente eficaces en sede de insolvencia.

---

las modalidades de privilegio general y especial, (ii) ordinarios y (iii) subordinados, por citar solo dos referentes legislativos comparados, sobre los que regresaremos.

61 Como se deduce, en palabras de la Corte Constitucional, de lo que dispone en el artículo 2492 c.c., en el sentido de que los privilegios están previstos en nuestro ordenamiento "como excepción a la satisfacción proporcional de los acreedores", luego la regla general es la paridad, salvo que haya "causas especiales para preferir ciertos créditos", como indica la norma citada. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-664 de 2006

62 Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto de 19 de febrero de 2016, proceso de Daniel Fernando Arenas

63 A raíz de la reciente entrada en vigor de la ley de garantías, es un hecho que coexisten acreedores prendarios con acreedores garantizados, y aunque tengan vocación de convergencia en una única categoría, lo cierto es que a la fecha son diferentes, pues tienen atributos concursales distintos, más favorables a los garantizados

11. Entonces, a partir de esta comprobación, predicable también del acreedor de gastos de administración, es claro que el régimen de insolvencia no puede ser un sistema inflexible y hermético, inmune a los continuos desarrollos sociales, económicos y normativos, y que es posible y deseable estructurar reglas específicas que respondan a los retos de justicia que plantea el vasto fenómeno de la crisis empresarial. Bien sea en el ejercicio legislativo o en el judicial, en desarrollo del artículo 2 de la Constitución Política, el Estado *"asume la función de garante de los derechos constitucionales de las personas, de manera que tiene la carga de establecer mecanismos dirigidos a asegurar que sus propios órganos respeten los derechos constitucionales (función liberal, si se quiere), lograr la protección frente a las actuaciones de los particulares y generar condiciones de promoción de los mismos".*[64]

12. No otra cosa hizo la Corte Constitucional en el fallo citado de 2002, cuando dispuso que, a pesar del carácter cerrado y taxativo de los créditos privilegiados, todos ceden frente a créditos a favor de menores de edad: *"A la luz de estas consideraciones, se hace necesario hacer efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, entendiendo por estos tanto a los infantes como a los adolescentes, esto es, a todo menor de 18 años, de modo que sus créditos por concepto de alimentos prevalezcan sobre los créditos de los demás acreedores incluidos en la primera clase".*[65]

13. Ahora bien, estos acreedores, los recogidos en las cinco clases del Código Civil, lo son porque concurrieron libremente y, al menos en principio, en condiciones óptimas, a la satisfacción de sus intereses a través de relaciones de crédito con el deudor[66], sean de índole comercial, civil, administrativa o laboral, o porque el

---

64 Corte Constitucional, Sentencia T- 222 de 2004

65 Corte Constitucional, C-092 de 2002, OpCit

66 Las condiciones óptimas de contratación serán aquellas que contemplan la asignación de la totalidad de los riesgos asociados a su ejecución. En este orden de ideas, los contratantes (acreedor y deudor) deberán, antes de concluir el contrato, "ponerse de acuerdo sobre la imputación de la totalidad de los riesgos asociados a su ejecución, deberán asesorarse sobre cualquier eventualidad, para imputar el riesgo a una de ellas y determinar qué prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca aquel" (Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil, p. 261. Tecnos. Madrid 1991). Así mismo lo entiende la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia la cual, en sentencia de 21 de febrero de 2012, sostuvo que: "el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, ceñidas a los legales, la buena fe y la paridad prestacional, tienen libertad para acordar el contenido del negocio, disciplinar la relación, los derechos, prestaciones, la estructura económica y los riesgos. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen

vínculo obligacional tiene fuente en la ley, como ocurre con las deudas fiscales o las originadas en el ejercicio del ius puniendi del Estado por hechos previos al concurso. Pero esta situación difiere de la de aquellos que se convirtieron en acreedores en virtud de un daño causado por el deudor, incluso en el marco de una relación previa entre acreedor y deudor subyacente a la que genera el crédito, en este caso, la relación de consumo. Estos últimos devinieron acreedores en contra de su voluntad, por un hecho jurídico, el daño, que es fuente de la obligación de reparar (artículo 1494 c.c.).

14. En efecto, los acreedores típicos tienen, en principio, la oportunidad de anticipar y valorar los riesgos de sus créditos, "ajustarlos", a partir del despliegue de mínimas conductas de diligencia que les permita conocer a su contraparte contractual, prever y localizar los riesgos y adoptar medidas para paliar las consecuencias de una eventual situación de insolvencia; tienen, en términos generales y no sin excepciones, un nivel de experticia que les permite hacerlo y capacidad económica para ello. Este espacio de valoración en que se concretan, en mayor o menor medida, las distintas proyecciones de la libertad contractual, no existe para los acreedores involuntarios, lo que amerita en consecuencia, y en aplicación de los más elementales criterios de equidad y justicia, tratamiento diferente en procura de alcanzar la igualdad material.[67]

Esta conclusión deriva de la armonización e interpretación conjunta de una serie de normas, pero a partir de un razonamiento primario de ascendencia constitucional[68],

---

razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (nemo auditur propiam turpitudinem allegans) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (venire contra factum proprium) o contrariar la confianza legítima (Vertrauenschutz, legitímate expectations, legittimo affidamento, estoppel) (rev.civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01). En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio, conveniencia e interés y la justicia contractual."

67 Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C- 178 de 2014, puntualizó "que el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales".

68 La Corte Constitucional ya ha calificado esta tarea como "una labor hermenéutica en la que los elementos configuran un todo dotado de sentido y no simplemente una sumatoria de partes

en atención a dos situaciones jurídicas particulares y excepcionales, a saber, (I) el compromiso directo del derecho de los acreedores a la vivienda digna, y (II) la especial naturaleza de los acreedores – consumidores.[69]

Si bien la categoría *acreedor involuntario* no obra en el derecho concursal legislado, no se trata de un exotismo. Abundantes doctrina y jurisprudencia, de distintos ordenamientos[70], ilustran el contenido de este instituto concursal. Esta misma Corte de Insolvencia ha reconocido a acreedores involuntarios, víctimas de daños extracontractuales.[71]

15. En el caso particular, se trata de valorar la situación de acreedores quirografarios, reconocidos en el concurso como titulares de derechos litigiosos en pleitos en que se pretendió la asignación de responsabilidad al productor de bienes consumidos por ellos. Es decir, se trata de un tipo especial de acreedor cuyo derecho de crédito deriva del daño causado por situaciones que no estaba obligado a precaver: la violación del empresario del régimen de protección al consumidor y la insolvencia de éste como consecuencia de esa violación. Si bien al momento de la calificación y graduación de créditos no había sido declarada la responsabilidad del empresario deudor, la situación cambió al convertirse en crédito cierto por el fallo en firme, lo cual amerita un replanteamiento de las consideraciones de este Despacho.

---

separables. Cuando una situación se aleja de lo corriente, el juez debe inspirarse en la idea de equidad. A la justicia entendida como conformidad con la ley, Aristóteles opone, cuando ello es necesario, una justicia superior fundada en la equidad". Sentencia T- 234 de 1994.

69 Desde la óptica concursal, el consumidor ha recibido tratamiento especial como deudor, a través del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, previsto en el Código General del Proceso, a partir del artículo 531; pero como acreedor, no es sujeto de protección normativa expresa.

70 BEBCHUK y FRIED desarrollaron la categoría de los acreedores sin capacidad de ajustar su crédito (non-adjusting creditors), de la que se desprenden las especies (i) acreedores involuntarios o extracontractuales32 y (ii) acreedores voluntarios sin capacidad de ajustar su crédito. El hecho de que un acreedor contrate voluntariamente con una empresa que deviene insolvente, no lo convierte en un acreedor con la capacidad de ajustar su crédito en las mismas condiciones de los demás acreedores voluntarios, por no contar con el poder económico para ello. Muchos de los acreedores voluntarios son consumidores y empleados que tienen acreencias relativamente pequeñas, poco poder de negociación y, en casi todos los casos se adhieren a contratos pre establecidos por la empresa. El costo para cualquier acreedor de ajustar los términos de su vínculo con el deudor para que refleje de manera precisa su riesgo de pérdida o el daño que sufrirían, resulta sustancial pues comprendería el costo del acceso a la información necesaria para anticipar la posibilidad de sufrir un daño causado por el deudor y de la posterior insolvencia del mismo. Cfr. BEBCHUK y FRIED, The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy, Yale Law Journal, 1995/6, n°. 105, pp. 857–934; BEBCHUK y FRIED, The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and Reply to Critics, Cornell Law Review, 1996/7, n°. 82, pp. 1279–1348

71 Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto 400-001209 de 29 de enero de 2014, proceso de Continental de Transporte Ltda.

16. Desde su consagración en la Constitución Política la protección de los derechos del consumidor es un principio que irradia todo el ordenamiento, incluso en aquellas disposiciones que no hacen mención expresa a ellos, por lo que debe buscarse una fórmula de armonizar las normas existentes de derecho concursal con los derechos constitucionales de los consumidores[72], sobre todo cuando hay conexidad con un derecho fundamental, como el derecho a la vivienda, en razón al bien consumido.[73]

Así, este operador encuentra que el derecho a la reparación de los consumidores de vivienda familia, reconocidos como acreedores litigiosos de la concursada durante el trámite de sus acciones de protección el consumidor, debe prevalecer en el concurso y es necesario, en consecuencia, flexibilizar la prelación legal para asignarles tratamiento de primera clase, aunque después de los acreedores laborales y fiscales, pues es deber indisponible del juez del concurso armonizar el mandato superior de protección al consumidor con fallo en firme que así lo declare, con los intereses comprometidos en el concurso, pero con el criterio orientador de la eficacia real y realización efectiva de las medidas de reparación a favor del consumidor.[74]

17. La función de los principios que irradian el derecho del consumo, en clave constitucional, es integrar el ordenamiento de manera que las relaciones de consumo se desarrollen en condiciones que favorezcan mayormente un contexto de equidad, morigerando en lo posible las evidentes desigualdades entre los extremos de la relación, y es así como el carácter tuitivo de los principios constitucionales

---

72 La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado". Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2000, reiterada en la sentencia C-133 de 2014.

73 Sobre la relación entre dignidad humana, vivienda digna y mínimo vital, Vid. Corte Constitucional, Sentencia T -662 de 2013.

74 "La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado", Ibídem.

de protección al consumidor integran las relaciones de los deudores insolventes responsables de daños con sus acreedores involuntarios.

18. Ahora bien, el juez del consumo ad quem, el Tribunal Superior de Bogotá, buscó con su orden hacer valer las condenas como gastos de administración para dotar de eficacia real la reparación, pero dicha solución es incompatible con la configuración normativa del proceso de insolvencia, porque solo son gastos de administración los causados materialmente después del inicio del proceso concursal, de manera que es jurídicamente imposible considerar y tratar como gasto de administración un crédito previo al concurso. En este caso, los hechos que originaron el pronunciamiento judicial fueron anteriores a la insolvencia, así la declaración judicial sea posterior. Para ello, precisamente, existe la categoría del crédito litigioso, que es el que se les asignó a los consumidores en los procesos de reorganización y de liquidación en los que fueron reconocidos.

19. En efecto, el proceso concursal se estructura a partir del concepto de *causación*, según el cual todos los hechos económicos que dan lugar al nacimiento de obligaciones a cargo del concursado, se clasifican según el momento en que sucedieron, y en virtud de ello se determina la forma en que el deudor debe solventar el pago. Quiere decir esto que el principio de universalidad del concurso, regulado en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, solo se aplica respecto de aquellas obligaciones causadas hasta el día anterior al inicio del proceso, pues el artículo 71 del estatuto de insolvencia indica que las causadas luego son gastos de administración y tienen preferencia sobre aquellas objeto de reorganización o de liquidación judicial.

Entonces, no hay duda de que existe un pago preferente para el pasivo causado con posterioridad, mientras que el pasivo vinculado al proceso queda sometido a las reglas del concurso y sus titulares no pueden procurar su pago por fuera de este escenario pues, como ha dicho la doctrina especializada,[75] *"por su importancia, el establecimiento del sistema de preferencias concursales ha sido justamente identificado como el eje principal de todo sistema concursal, en la medida en que condiciona el funcionamiento del sistema y se constituye en el principal elemento de ponderación de los intereses en conflicto y de generación de incentivos para el comportamiento de los acreedores ante la eventual insolvencia de su deudor común".*

20. Los gastos de administración o créditos contra la masa, son una especie diferenciada y con privilegio, consistente en su carácter predeductible, en razón al hecho objetivo de la fecha en que se causó el crédito. Quiere decir que la naturaleza de un gasto de administración en el concurso proviene de la Ley y no puede un juez cambiar la fuente de este tipo de obligaciones.

75 OP. Cit. P.2

21. Así, no obstante haber procurado el tribunal encontrar una salida que no afectara sustancialmente al concurso, no es cierto que por el simple hecho de que salga dinero en efectivo y entren unos bienes inmuebles la masa no se verá afectada pues, el carácter predeductible de los gastos de administración afecta la liquidez de la misma a un punto en que podría llegar a afectar el correcto desarrollo de la liquidación en lo atinente a la administración y conservación ordinaria de los bienes, en perjuicio de los acreedores concursales.[76]

22. En este orden de ideas, el alcance de la flexibilización de la prelación legal debe llegar hasta el privilegio general, ya que no se trata de una relación que afecte solo a productor y deudor, sino que en este escenario el juez del concurso debe velar por la protección de los derechos de los demás a creedores a la igualdad y la legalidad.

Parafraseando el análisis de necesidad de la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de 2007, el principio de necesidad persigue que la búsqueda de eficacia en la protección de los consumidores de vivienda familiar frente al concurso no conduzca a la adopción fácil –pero ilegítima– de los medios más costosos (la violación de la preferencia concursal de créditos causados con anterioridad a la apertura del concurso) para los acreedores o a costa de algunos principios del ordenamiento como el de legalidad.

Lo que se busca, es que se implementen medidas que, al tiempo que garantizan eficacia instrumental (idoneidad) para el logro de una finalidad deseable (restablecer las condiciones de igualdad material de los consumidores frente a los empresarios mediante la configuración de una regla jurisprudencial aplicada al proceso concursal, que permita asegurar el pago de la indemnización a la que tienen derecho frente incumplimiento de las condiciones de calidad y seguridad de los bienes inmuebles que adquirieron al grupo CDO), no sacrifiquen de una manera excesiva (es decir, innecesaria) otros derechos e intereses (debido proceso, legalidad, protección del crédito, incluso de créditos laborales).

23. En efecto en el caso de la insolvencia del grupo CDO, la flexibilización de la prelación legal mediante la asignación de un privilegio general en primera clase, mejora la situación de los consumidores sin que ello implique el pago preferente de sus indemnizaciones deformando el supuesto fáctico de la norma que dio lugar al nacimiento de los gastos de administración, ni la esencia del sistema concursal.

---

76 En esto coincide SÁNCHEZ GRAELLS, Op. Cit p. 33, cuando indica que otorgar un superprivilegio a los acreedores involuntarios “impediría el adecuado desarrollo del procedimiento concursal y frustraría cualquier intento de continuación de la actividad profesional o empresarial del quebrado e, incluso, la administración y conservación ordinaria de los bienes integrados en la masa activa, en perjuicio de los acreedores concursales”.

En este sentido, como indica SÁNCHEZ GRAELLS,[77] *"se reduciría el volumen de créditos prededucibles y se incrementaría la posibilidad de satisfacción de los acreedores concursales. Además, la comparación entre el trato dispensado a unos y otros acreedores en el concurso resultaría más sencilla, su régimen jurídico más homogéneo y, en general, el procedimiento concursal, más transparente".*

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Advertir a la liquidadora y a las partes sobre las pautas para el cumplimiento del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 7 de septiembre de 2016

Segundo. En firme esta providencia, remitir copia al expediente de la sociedad Calamar S.A., en reorganización, para las decisiones que correspondan frente al acuerdo de reorganización en ejecución.

Tercero. Remitir copia de esta providencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, Delegaturas de Asuntos Jurisdiccionales y de Protección al Consumidor, y al Honorable Tribunal Superior del Distritito Judicial de Bogotá.

77 Op. Cit. P. 34

Auto 400-007309 de 20 de Abril de 2017	
Sujeto del proceso	Datapoint de Colombia S.A.S.
Asunto	Créditos del fisco, sanciones tributarias, graduación de acreencias

Consideraciones del despacho

1. La DIAN presentó para su reconocimiento los siguientes valores:

Impuestos	Intereses	Sanción
$1.571.368.000	$639.189.000	$1.066.406.000

*Intereses postergados de conformidad con el artículo 69 Ley 1116 de 2006

Analizada la prueba allegada y los documentos obrantes en el expediente, este Despacho calificará los créditos de la siguiente manera:

Acreedor	Clase	Concepto	Valor reconocido	Intereses*
Dian	1	Impuestos	$1.571.368.000	$639.189.000
Total			**$1.571.368.000**	**$639.189.000**

Acreedor	Clase	Concepto	Valor reconocido
Dian	5	Sanciones	$1.066.406.000
Total			**$1.066.406.000**

3. Estima el Despacho conveniente recordar que la posición respecto de las sanciones varió su línea hace ya bastantes decisiones. Para extender lo referido, se recoge el argumento del auto proferido en la audiencia de resolución de objeciones al proyecto de calificación y graduación de la sociedad Prebuild Construcciones y Servicios de Construcción S.A.S en Liquidación Judicial (Acta 400-002274 de 10 de octubre de 2016), así como Concentrados Cresta Roja S.A., cuyas líneas se destacan de la siguiente manera:

"(…) Respecto de las sanciones de carácter tributario, se ha dicho, en efecto, en una línea de decisión bastante extendida, que por el hecho que el acreedor de esa sanción es la DIAN, se debía considerar que se trata de un crédito fiscal de primera clase, de aquellos previstos en la norma del estatuto sustancial, sin embargo, revisando el alcance real de esa norma, el Despacho ha concluido también, y lo ha hecho ya en repetidas oportunidades, primero en reorganización y después en liquidación, que la sanción que se expida con base en normas tributarias no es un crédito que

se deba por impuestos sino por el ejercicio del ius puniendi del Estado, y el hecho de que esa sanción no tenga origen en una deuda propiamente tributaria, es decir, por concepto de impuesto, tasa o contribución, no debe estar en primera clase, debe estar en quinta clase y por supuesto que eso implica una ruptura respecto de la línea de decisión precedente, eso no significa que las decisiones anteriores sean ilegales, la Corte Constitucional se ha empeñado a fondo en determinar los efectos de los cambios o de las variaciones en los precedentes judiciales y ha dicho que es perfectamente lícito variar de posición, siempre que se agoten ciertas cargas: I) la carga de transparencia y II) la carga de argumentación. La carga de transparencia consiste en dejar expresa la posición del Despacho, en el momento en que se genera el cambio de precedente, ilustrar a los usuarios de la administración de justicia sobre cuál es el estado actual de las cosas; y la carga de argumentación se traduce en la justificación o elaboración de la argumentación que soporta la variación en la jurisprudencia".

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Calificar como ciertas las siguientes acreencias, presentadas por la Dian, en los siguientes términos:

Acreedor	Clase	Concepto	Valor reconocido	Intereses*
Dian	1	Impuestos	$1.571.368.000	$639.189.000
Total			**$1.571.368.000**	**$639.189.000**

*Intereses postergados de conformidad con artículo 69 Ley 1116 de 2006.

Acreedor	Clase	Concepto	Valor reconocido
Dian	5	Sanciones	$1.066.406.000
Total			**$1.066.406.000**

Cuidador que efectúe el respectivo ajuste en los registros contables, teniendo en cuenta lo reconocido en esta providencia.

Quinto. Adicionar el inventario de bienes de la sociedad Pollos P.L.G. S.A.S. En liquidación Judicial, con el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-60894, ubicado en la carrera 33 No. 10 A 51/53/59 lote 4, manzana j, Urbanización Pensilvania (carrera 33 No. 10 A 51, dirección catastral), de la ciudad de Bogotá, así

como con los bienes muebles objeto de la dación en pago.

Sexto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial que remita copia del avalúo de bienes practicado dentro del proceso verbal No. 2013-802-017, a fin de adicionar el inventario de bienes de la sociedad en liquidación en los términos del artículo 174 del Código General del Proceso

Auto 400-005958 de 13 de Marzo de 2017	
Sujeto del proceso	Prebuild Colombia S.A.S. en liquidación judicial
Asunto	Consolidación patrimonial - Grupo de empresas

Consideraciones del despacho

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.2.14.4.1 del Decreto 1074 de 2015, el juez del concurso es competente para conocer de esta solicitud, y según la misma norma el liquidador está legitimado para presentarla. La solicitud puede hacerse desde la apertura de los procesos de liquidación, siempre que sea posible preservar todos los derechos adquiridos frente a la masa patrimonial consolidada.

2. Para el cumplimiento de la finalidad del régimen de insolvencia, el juez del concurso puede ordenar la reducción de costos, coordinar los procesos de insolvencia y, con miras al pago, ordenar medidas de consolidación patrimonial.

3. Por Auto 400-000553 de 13 de enero de 2016, se ordenó la coordinación de los procesos de liquidación judicial de las sociedades del denominado Grupo Prebuild.

4. Mediante Resolución 300-001387 de 20 de abril de 2016, la Superintendencia de Sociedades declaró la situación de grupo empresarial, conformado por la sociedad extranjera Prebuild SGPS S.A., domiciliada en Portugal, como controlante, y las sociedades colombianas Prebuild Colombia S.A.S. en liquidación judicial, Pretek S.A.S. en liquidación judicial, Prebuild Estructuras Metálicas S.A.S., Prebuild Aluminios S.A.S. en liquidación judicial, Levira y Kind S.A.S. en liquidación judicial, Prebuild Plásticos S.A.S. en liquidación judicial, Aleluia Revestimientos S.A.S. en liquidación judicial, Porama S.A.S. en liquidación judicial, Prebuild Construcciones S.A.S. en liquidación judicial, Prebuild Construcciones y Servicios de Construcción S.A.S. en liquidación judicial, Prebuild Distribuciones S.A.S. en liquidación judicial, Ekko Promotora S.A.S. en liquidación judicial, Prebuild Proyectos Inmobiliarios S.A.S. en liquidación judicial y D.V.M. Colombia S.A.S. en liquidación judicial, en calidad de subordinadas.

5. Le asiste razón al auxiliar de la justicia cuando dice que las diligencias de entrega de bienes y documentos por parte de los ex representantes legales de las sociedades no se realizaron, pues no hubo nadie de la concursada en el domicilio registrado que las atendiera ni se encontraron bienes en ese momento. Los pocos bienes incorporados al proceso corresponden a los dineros que retuvo Terranum Corporativo S.A.S., en cumplimiento del contrato suscrito con la concursada, porque de los demás bienes no se ha tenido noticia y no se sabe si existen o no ni dónde puedan estar.

6. Es de anotar que los exrepresentantes legales tenían conocimiento de la gestión que venía realizando la Delegatura de Inspección Vigilancia y Control de esta Superintendencia, por lo que su no comparecencia a las diligencias y la desaparición por completo de los administradores, se torna en un indicio que debe ser apreciado por este operador, en conjunto con los demás medios de convicción que obran en los expedientes, tal como lo disponen los artículos 240, 241 y 242 C.G.P.

7. En este sentido, las conductas de los exrepresentantes legales y administradores son censurable pues no corresponden, en absoluto, al estándar de comportamiento de administradores y comerciantes profesionales, de quienes se espera un grado de diligencia especial en atención a su calificada condición.

8. En efecto, actuaron –o mejor, se abstuvieron de actuar–, a sabiendas de las investigaciones en curso y de la situación de los acreedores frustrados que confiaron en su gestión como administradores o representantes legales de estas compañías. Los administradores sociales, como profesionales, saben o deben saber que en sede de insolvencia tienen unas obligaciones especiales, de las que no se pueden sustraer sin violar sus deberes fiduciarios por crítica que sea la situación de la empresa. Más aún, es sabido que las situaciones de crisis empresarial son propicias para incentivar comportamientos altamente oportunistas y lesivos de derechos de los acreedores insatisfechos, que entran en conflicto con los intereses de otros acreedores, como los internos, y con los de los administradores y representantes legales designados por éstos, por lo que sus conductas deben ser apreciadas con especial rigor en este contexto ruinoso.

9. Los comportamientos perfectamente acreditados en los procesos de marras deben ser valoradas, junto con los soportes que obran en los expedientes, como constitutivos de fraude, pues no puede considerarse fortuita la convergencia de contabilidad irregular, por un lado, y no comparecencia de los obligados a llevarla, por otro. Esto permite deducir un evidente ocultamiento de bienes, al menos parcial, en los términos en que se regula en el artículo 83.7 de la Ley 1116 de 2006, a lo que se suman las acciones penales por alzamiento de bienes promovidas por el liquidador, según él mismo informó al Despacho. En consecuencia, se abre paso la posibilidad de consolidar los patrimonios comprometidos.

10. En efecto, dispone el artículo 25.2 del Decreto 1749 de 2001, incorporado al Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, que una de las causas de consolidación patrimonial se verifica cuando *“el insolvente partícipe del Grupo de Empresas practicó alguna actividad fraudulenta o ejecutó algún negocio sin legitimidad patrimonial alguna, que impidan el objeto del proceso y que la consolidación patrimonial sea esencial para enderezar dichas actividades o negocios”.*

11. Ahora bien, no cualquier conducta fraudulenta lleva a la consolidación patrimonial, sino una de las previstas en los numerales 1, 7, 8, y 9 del artículo 83 de la Ley 1116 de 2006. Para el caso, como se indicó, se halla configurada la contenida en el ordinal 7 citado, es decir, "distracción, disminución u ocultamiento total o parcial de bienes", como se desarrolló en precedencia. Esto, por cuanto esta medida supone, en la práctica, una desestimación del atributo de separación de patrimonios, propio de las sociedades de capital, es decir, la medida comporta una comunicación de patrimonios de ordinario compartimentados

12. Conforme a lo expuesto, es claro que se cumplen los presupuestos del artículo 25.2, del Decreto 1749, incorporado al DUR 1074 de 2015, y a mayor abundamiento se debe precisar que de acuerdo con lo resuelto en la audiencia de resolución de objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos de estas sociedades, los pasivos reconocidos ascienden a la suma de $253.120.835.202 en tanto que los activos son de $9.677.790.740. De esto se infiere que solo tienen vocación de pago los acreedores que representan el 3.86% del pasivo calificado.

Desde otra óptica, quedarán insolutos $243.000.000.000, correspondientes a pasivos reconocidos de las cuatro sociedades.

13. Esta consolidación patrimonial busca, entonces, el pago efectivo de la totalidad del pasivo laboral reconocido en los procesos en mención, pues no de otra forma se podría honrar la totalidad estos créditos, porque si bien es cierto que los activos de las cuatro sociedades no alcanzan para pagar siquiera el 4% de los pasivos calificados, al recoger en una sola masa el patrimonio liquidable es viable el pago del 100% del pasivo laboral.

Lo anterior con base en lo previsto en el artículo 27 del Decreto 1749 de 2011, recogido en el artículo 2.2.2.14.4.3. del Decreto 1074 de 2015, según el cual *"La prelación y los privilegios de los acreedores de un Grupo de Empresas respecto del cual proceda una orden de consolidación, se mantendrán en idéntica forma a como se reconocerían respecto de cada partícipe del Grupo de Empresas antes de emitirse la orden de consolidación, salvo que se trate de deudas con trabajadores o pensionados en donde su preferencia se extenderá al activo de todas las empresas que son objeto de la consolidación o salvo que la deuda garantizada sea puramente interna entre partícipes del grupo de empresas y haya quedado cancelada por efecto de la consolidación".*

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Ordenar la consolidación patrimonial de las sociedades Prebuild Construcción y Servicios de Construcción S.A.S., Prebuild Colombia S.A.S., Ekko Promotora S.A.S. y Prebuild Distribución S.A.S., todas en liquidación judicial.

Segundo. La orden de consolidación patrimonial tendrá como efecto la preferencia en el pago de las acreencias laborales con el activo de las empresas cuyos patrimonios se ordena consolidar.

Tercero. Ordenar la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de los sujetos de la orden de consolidación. Líbrense los oficios.

Cuarto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial que, una vez ejecutoriada esta providencia, se incorporen sendas copias en los expedientes de las sociedades citadas.

Auto 400-005267 de 28 de Febrero de 2017	
Sujeto del proceso	Andean Pacific Iron Corp., Sucursal Colombia, en liquidación judicial
Asunto	Garantías mobiliarias, fiducia en garantía

Consideraciones del despacho

1. El artículo 55 del estatuto insolvencia dispone un catálogo de bienes pasibles de ser excluidos de la masa liquidable, y en el parágrafo establece que *"el Gobierno Nacional reglamentará los casos en los cuales los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia".*

2. Por su parte, el artículo 56 *ejúsdem*, se ocupa del trámite que debe surtirse para la entrega de los bienes excluidos, e impone la carga, a quien solicita la entrega, de que la petición sea presentada dentro de los seis meses siguientes al inicio del proceso, acompañada de prueba siquiera sumaria del derecho que le asiste.

3. El artículo 12 del Decreto 1038 de 2009 (que corresponde al artículo 2.2.2.12.12 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015), desarrolló el artículo 55 del estatuto de insolvencia y fijó los supuestos que deben cumplir los bienes transferidos a un fideicomiso con fines de garantía, para que puedan ser excluidos, a saber, (I) que hayan sido transferidos para obtener financiación del deudor, y (II) que el contrato se haya inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, o en el registro correspondiente de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes.

4. Ahora bien, la Ley 1676 de 2013, promulgada el 20 de agosto de 2013, introdujo nuevas normas relativas a las garantías sobre bienes en Colombia. La nueva normativa derogó expresamente algunas disposiciones, modificó otras y previó una fórmula, en el artículo 91, según la cual la ley deroga *"expresamente las disposiciones que le sean contrarias".*

5. El parágrafo del artículo 3 de la Ley 1676 de 2013, indica que *"al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la precitada ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto del comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006".*

6. En consecuencia, de los requisitos previstos en artículo 2.2.2.12.12 del Decreto

1074 de 2015, el de la inscripción del contrato en el registro mercantil de la Cámara de Comercio o en el registro correspondiente de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, perdió vigencia y, de otro lado, surgió la carga de inscribirlo en el Registro de Garantías Mobiliarias.

7. Esta sujeción a la nueva normativa, para efectos concursales, ya fue reconocida por la Superintendencia Financiera, en su Circular Básica Jurídica, en la que dispone lo siguiente, respecto del negocio de fiducia en garantía: *"Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de tercero.*

"A los contratos de fiducia en garantía le (sic) son aplicables en lo referente al registro, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario y (sic) las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013, de conformidad con el parágrafo del art. 3 de la misma ley.

"Adicionalmente, se señala que el registro establecido en la citada disposición, tiene para los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del art. 55 de la Ley 1116 de 2006"[78] (énfasis añadido).

8. En consecuencia, para la aplicación del nuevo régimen de garantías a negocios preexistentes, debe determinarse la procedencia de la solicitud a la luz del artículo 85[79] de la Ley 1676 de 2013, y de las pautas de interpretación definidas por esta Delegatura, pues si se *"busca que sean aplicables las reglas sobre ejecución de la garantía, el titular debió cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro contenidos en el estatuto, y para hacerlo la propia ley estableció una ventana de oportunidad preclusiva, de seis meses contados a partir de la vigencia de la ley".*[80]

9. La Ley 1676 de 2013 fue promulgada a través de su publicación en el Diario Oficial 48.888 de 20 de agosto de 2013. Entró en vigor el 21 de febrero de 2014 y,

78 Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica, en los términos en que fue modificada por la Circular Externa 024 de julio de 2016

79 Artículo 85. Aplicación de la ley a las garantías mobiliarias constituidas antes de la vigencia de la ley. La presente ley aplica a todas las garantías mobiliarias, aun aquellas que hayan sido constituidas previamente a la entrada en vigencia de esta ley "Una garantía mobiliaria que haya sido debidamente constituida y sea efectiva según la legislación anterior a la entrada en vigencia de esta ley, continuará siendo efectiva y se aplicarán las reglas de prelación establecidas en esta ley. Para efectos de la aplicación de las reglas de ejecución deberá cumplir los requisitos de oponibilidad y registro establecidos en la presente ley, y de requerirse el registro deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, manteniendo la prelación con la que contaba al momento de expedirse la presente ley".

80 Acta 400-000359 de 19 de febrero de 2016, Proceso de Daniel Fernando Arenas, en reorganización.

según la fórmula prevista en la propia ley, los titulares de garantías preexistentes a la ley debieron registrarlas, para efectos de ejecución, en oportunidad que expiró el 21 de agosto de 2014.

10. En el caso particular, entonces, las solicitudes de exclusión presentadas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y LW Securities y Proskauer, deben ser estudiadas a la luz de la Ley 1676 de 2013 y no del artículo 2.2.2.12.12 del Decreto 1074 que, como se vio, fue derogado en atención a lo previsto en el artículo 91 del estatuto de garantías.

11. De los documentos aportados por los peticionarios, se deduce que el contrato de fiducia mercantil de garantía del que derivó el *Fideicomiso Garantía Iron*, fue suscrito el 2 de junio de 2013, y fue inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias el 29 de agosto de 2014. De otro lado, el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pago, pagos y garantía, del que derivó el *Fideicomiso Iron*, fue suscrito el 19 de diciembre de 2013, y fue inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias el 26 de noviembre de 2015.

12. Como se ve, se trata de unas garantías preexistentes, a las que la ley de garantías les asignó dos situaciones jurídicas particulares: (I) las garantías mobiliarias debidamente constituidas y eficaces según las normas vigentes en su momento, conservarán eficacia en el marco de la nueva normativa, para efectos de la aplicación de las nuevas reglas de prelación de garantías, que se entienden incorporadas de pleno de derecho a esos negocios; (II) pero, para efectos de la ejecución de las garantías preexistente al amparo del nuevo marco normativo, los titulares debieron cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro contenidos en el estatuto dentro de oportunidad legal prevista.

13. En efecto, según jurisprudencia de esta agencia judicial *"el estatuto rige a futuro para las garantías mobiliarias que se constituyan en vigor de la ley. Pero respecto de las situaciones consolidadas o garantías preexistentes, rige de manera retrospectiva para las garantías mobiliarias regularmente constituidas en punto al sistema de prelación de garantías, y se previó un régimen de transición para quienes quisieran acceder a las reglas de ejecución del estatuto, según el cual, a pesar de tratarse de una garantía preexistente, el titular puede gozar de los beneficios de la ejecución previa acreditación de ciertos requisitos. En ese orden de ideas, en lo que toca a la ejecución, sería una especie de retrospectividad sometida a la condición de haberse efectuado el registro en la oportunidad señalada en la ley".*[81]

14. En el caso que nos ocupa, como se ve, las fechas de registro no favorecen las

81 Ibídem.

reclamaciones presentadas, por lo que las peticiones de exclusión presentadas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y LW Securities y Proskauer, no tienen vocación de prosperidad, y así se resolverá.

En mérito de lo expuesto el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Negar las solicitudes contenidas en memoriales 2016-01-151399 y 2016-01-093173.

Auto 400-017280 del 10 de Noviembre de 2016	
Sujeto del proceso	Pollos P.L.G. S.A.S. en liquidación judicial
Asunto	Efectos de la ineficacia de pleno derecho

Consideraciones del despacho

1. Surtidas las actuaciones propias del incidente, y en razón a la sentencia proferida por el Grupo de Procesos Especiales de la Superintendencia de Sociedades, en la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda de acción revocatoria, por versar sobre un acto ineficaz de pleno derecho, deberá este Despacho verificar si se cumplen los presupuestos de ineficacia descritos en los artículos 17, 19 y 74 de la Ley 1116 de 2006.

2. De los documentos allegados al expediente del proceso verbal 2013-802-017 que se tramitó ante el Grupo de Procesos Especiales de esta Entidad, se tiene que:

a. El proceso de reorganización de la sociedad Pollos P.L.G. S.A.S. inició el 6 de noviembre de 2008, en consecuencia a partir de allí, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.5 de la Ley 1116 de 2006, el deudor concursado solo podía realizar enajenaciones que estuvieran comprendidas dentro del giro ordinario de sus negocios y no podría realizar pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones.

b. El contrato de transacción se celebró el 2 de mayo de 2013, antes de que el Juzgado de Conocimiento librara mandamiento de pago, y la escritura de dación en pago entre la sociedad Pollos P.L.G. S.A.S., en reorganización y la sociedad Entregass S.A.S. se suscribió el 18 de mayo de 2013, como consta en la Escritura Pública 1098 de 18 de mayo de 2013, de la Notaría 43 del Círculo de Bogotá.

c. En el mismo sentido el contrato de dación en pago sobre los bienes muebles se celebró luego de la apertura del proceso de reorganización.

3. Lo anterior, sin mayor dificultad permite concluir que al momento de celebrarse la transacción que dio lugar a la dación en pago de los bienes de la sociedad concursada a favor de la sociedad Entregass S.A.S., la capacidad de la sociedad concursada estaba limitada legalmente para realizar transacciones de esta naturaleza y no recibió habilitación del juez del concurso para poder hacer la negociación que condujo a la satisfacción de la obligación a favor de Entregass S.A.S., a través del mecanismo de dación en pago, teniendo prohibido la sociedad concursada, so pena de ineficacia, realizar cualquier tipo de acto de disposición de bienes de los contemplados en el

artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, dentro de los que se encuentran las daciones en pago, caso que nos ocupa, por lo que es evidente que se cumplen los presupuestos para dar aplicación a la sanción de ineficacia.

4. Como consecuencia de lo anterior, el contrato de transacción que condujo a la dación en pago de los bienes de la sociedad concursada a favor de la sociedad Entregass S.A.S., no produjo efectos a su favor, de conformidad con el artículo 897 del Código de Comercio, que refiere que cuando se diga que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

5. Ahora bien, el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia conlleva el retrotraimiento de los efectos del negocio ineficaz al mismo estado en el que se habrían hallado las partes si dicho acto no hubiese existido nunca. En otras palabras, una vez verificados los presupuestos de ineficacia, corresponde al juez del concurso ordenar las restituciones mutuas a que haya lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil: *"pronunciamiento que comporta, háyase o no solicitado la expresión al respecto, la ruptura del vínculo y la decadencia de todos los efectos finales a que él daba vocación y, cuando se haya ejecutado o empezado a practicar, la retrotracción de las cosas al estado que tenían con anterioridad al negocio"*[82]

6. Si bien la citada norma se refiere a las consecuencias legales de la declaratoria de nulidad (absoluta o relativa) de los actos o negocios jurídicos, considera este Despacho que debe aplicarse también a los eventos en que se reconocen los presupuestos de ineficacia de pleno derecho. Diversas consideraciones sustentan dicha conclusión.

7. Recuerda el Despacho que las reglas relacionadas con las restituciones mutuas buscan realizar el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa, como lo ha sostenido de tiempo atrás la jurisprudencia civil.

"[L]os actos cumplidos en razón de él [el contrato nulo], en el lapso que media entre la celebración y el pronunciamiento de nulidad, se liquidan siguiendo las reglas que sancionan el enriquecimiento sin causa a expensas de otro. Es evidente que el legislador colombiano consagra estas últimas normas en la segunda parte del artículo 1746 del C.C. para regular los efectos retroactivos de la nulidad pronunciada sobre un contrato de esa especie.

---

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1968, GJ CXXIV, p. 169.

"Esas reglas del enriquecimiento sin causa, (…) no son mecánicas sino de equidad o equivalencia".[83]

8. En desarrollo de lo anterior, es necesario no restringir la regla de las restituciones mutuas a los eventos de ineficacia de pleno derecho, teniendo en cuenta que se trata de una aplicación de un principio general del derecho que debe ser extendido a otros supuestos, además de la nulidad, que es el caso previsto por el legislador. Sobre el punto, debe recordarse cuál es el papel del juez frente a los principios generales del derecho:

"El juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales. "Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática).

"La interpretación sistemática conduce a aplicar la ley a hipótesis que el legislador no previó, es decir, a dar al texto legal un alcance superior al que se desprende de su tenor literal; conduce también a extender las aplicaciones singularizadas que de un principio general se hizo a otros casos análogos"[84]

9. Esta clase de interpretación, que también ha sido llamada por algunos *"analogía iuris",* es perfectamente aplicable al caso concreto: las restituciones mutuas previstas en el artículo 1746 del Código Civil como consecuencia de la nulidad son la aplicación de un principio general del derecho (el de enriquecimiento sin causa), y en esta medida deben extenderse a otros casos en los que, como consecuencia de una decisión judicial se desconocen los efectos negociales o finales a un acto jurídico y se altera el equilibrio de la situación patrimonial de quienes fueron parte en el negocio viciado de alguna especie de ineficacia.

10. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha permitido su aplicación a otras formas en que el ordenamiento priva de efectos a los actos de voluntad, como la inexistencia: *"En efecto, bien que se diga que esa ineficacia se predicó a título de nulidad o ya porque consideró el sentenciador inexistente el acto, en uno y otro caso ha sostenido la jurisprudencia iguales efectos en lo tocante a las consecuencias de dicha declaración. Pues, tanto desde antes de la consagración positiva de la inexistencia de los actos jurídicos como después, cuando tomó cuerpo*

---

83 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, aclaración de 25 de julio de 1936 a la sentencia de 27 de marzo de 1936, GJ, XLIII, p. 739.

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de junio de 1958, GJ LXXXVIII, p. 241.

como figura autónoma en la legislación mercantil, equiparó la Corte sus efectos a los de la nulidad".[85]

11. Lo expuesto por la sentencia transcrita sobre las consecuencias de la inexistencia es perfectamente predicable a las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho.

Es cierto que una y otra figuras tienen diferencias en cuanto a las causas que las producen. La inexistencia procede en todos los casos en los que hicieron falta los elementos esenciales del negocio o las solemnidades esenciales dispuestas en la ley para su constitución (artículo 898 del Código de Comercio). La ineficacia de pleno derecho, por su parte, requiere de tipicidad legal, o sea, de una norma que expresamente prevea la procedencia de dicha sanción en un caso concreto (artículo 897 ibídem).

Sin perjuicio de lo anterior, la inexistencia y la ineficacia de pleno derecho tienen un idéntico tratamiento en cuanto a lo relacionado con los efectos de su reconocimiento.

La inexistencia, ha expresado la Corte Suprema de Justicia, *"opera, por regla general, de pleno derecho, en el sentido de que cuando uno de los motivos a través de los cuales se la concibe brota en forma diamantina u ostensible, se produce automáticamente, ipso iure, sin necesidad de un fallo judicial que la declare".*[86] *La ineficacia de pleno derecho prevista en el artículo 897 del estatuto mercantil, por su parte, conlleva "la privación automática de los efectos propios del negocio, en tanto esa negativa actúa ope legis, o, lo que es lo mismo, de manera inmediata por mandato legal", que opera "sólo por ministerio normativo, (y que por ello) no exige la actividad jurídico-procesal destinada a restar esas consecuencias".*[87]

12. No en vano, la comisión revisora del proyecto de Código de Comercio utilizó la expresión "ineficacia de pleno derecho" como un sinónimo de "inexistencia", tal como resulta de las actas de las sesiones en que se debatió la redacción del que luego sería el artículo 897 del estatuto mercantil:

"Manifiesta el Dr. ESCOBAR que quizás fuera mejor emplear la palabra 'inexistencia' en cambio de ineficacia, pues por ejemplo, en materia de interpretación de la Ley se habla de normas vigentes pero que son ineficaces. Se podría entender que (sic) con la palabra ineficaz que el acto subsiste, en cambio con la otra no.

---

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC10097-2015 de 31 de julio de 2015, Rad. 11001-31-03-004-2009-00241-01.

86 5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 05001-3103-017-2002-00189-01.

87 Ibídem.

"Propone el Dr. ROBLEDO que para evitar ese problema se podría incluir las dos palabras, esto es, decir 'que es ineficaz o inexistente'.

"En uso de la palabra el Dr. PÉREZ manifiesta que como en la Ley es usual el empleo de las palabras 'no producirá efecto (sic) alguno' en cambio de la voz 'inexistencia' el Proyecto tomó la expresión común y de una manera clara le hace producir los mismos efectos que en la doctrina produce el fenómeno de la inexistencia. Si se hubiera adoptado la palabra inexistencia solamente, es posible que hubiera vuelto a surgir el mismo problema que hoy se suscita cobre el justo alcance de la expresión 'no produce efecto alguno'.

"Rememora el Dr. NARVÁEZ que cuando en la Corte se planteó el problema de la inexistencia el Dr. Hinestrosa Daza no fue partidario de su acogida por cuanto esa voz estaría perdiendo de vista el principio lógico de la no contradicción, por cuanto una cosa no puede ser y no ser – existir y no existir – al mismo tiempo y por un mismo respecto. Por eso se mostró partidario de acoger la palabra 'ineficaz'. (…)

"Luego de otras precisiones el artículo es aprobado por el Comité con la redacción del Proyecto".[88]

13. Todo lo anterior lleva a concluir sin lugar a dudas que las restituciones mutuas pueden y deben ser declaradas por el juez del concurso en todos aquellos casos en los que aparece acreditada la ineficacia de pleno derecho de los actos cometidos con infracción de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. En consideración a lo expuesto y una vez reconocidos los presupuestos de ineficacia, este Despacho, deberá impartir las órdenes tendientes a que el activo entregado por la concursada como dación en pago a Entregass S.A.S, se incorpore a la masa de la liquidación y haga parte del inventario de la misma.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Reconocer los presupuestos de ineficacia del contrato de transacción que condujo a la dación en pago de bienes de la sociedad Pollos PLG S.A.S., hoy en liquidación judicial, a favor de la sociedad Entregass S.A.S.

Segundo. Ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Centro que cancele la anotación número 16 del folio de matrícula inmobiliaria

88 Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio. Acta Número 43 de 24 de marzo de 1969.

50C-608941, y modifique la medida de embargo en la anotación 17, para que quede a órdenes de la Superintendencia de Sociedades, como juez del proceso de liquidación judicial que adelanta Pollos P.L.G. S.A.S. De todo lo anterior, dicha oficina deberá dar cuenta a este Despacho con el envío del respectivo certificado de tradición del inmueble con las cancelaciones y modificaciones ordenadas. Ofíciese.

Tercero. Ordenar a la Notaría 43 del Círculo de Bogotá, cancelar la Escritura Pública número 1098 de mayo 18 de 2013, en los términos del artículo 45 y siguientes del Decreto 960 de 1970, para lo cual se remitirá copia de este auto. Ofíciese.

Cuarto. Ordenar al liquidador que efectúe el respectivo ajuste en los registros contables, teniendo en cuenta lo reconocido en esta providencia.

Quinto. Adicionar el inventario de bienes de la sociedad Pollos P.L.G. S.A.S. En liquidación Judicial, con el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-60894, ubicado en la carrera 33 No. 10 A 51/53/59 lote 4, manzana j, Urbanización Pensilvania (carrera 33 No. 10 A 51, dirección catastral), de la ciudad de Bogotá, así como con los bienes muebles objeto de la dación en pago.

Sexto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial que remita copia del avalúo de bienes practicado dentro del proceso verbal No. 2013-802-017, a fin de adicionar el inventario de bienes de la sociedad en liquidación en los términos del artículo 174 del Código General del Proceso.

Acta 400-002271 de 10 de Octubre de 2016	
Sujeto del proceso	Ekko Promotora S.A.S., en liquidación judicial
Asunto	Ley 1676 de 2013, depósitos de dinero en garantía y retención en garantías

Audiencia de resolución de objeciones no conciliadas, calificación y graduación de créditos y aprobación del inventario valorado

Fecha	05 de Agosto de 2016
Hora	Auto 400-011849 de 4 de Agosto de 2016
Convocatoria	Superintendencia de Sociedades
Lugar	Ekko Promotora S.a.s., En Liquidación Judicial
Sujeto del proceso	Germán Darío Olano Ortiz
Liquidador	22871
Expediente	85175

I. Instalación de la audiencia

La presente audiencia fue convocada mediante Auto 400-011849 de 4 de agosto de 2016. Preside esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia.

Se reconoce personería a todos los apoderados que hayan actuado en este proceso

(I) Cuestiones previas

Antes de resolver las objeciones a los proyectos y al inventario valorado, se deben resolver una solicitud de nulidad y un recurso, formulados ambos por la apoderada de Terranum Corporativo S.A.S., respecto del Auto 405-003267 de 29 de febrero de 2016, mediante el cual se ordenó poner a disposición Despacho un dinero retenido por esta compañía.

-Así mismo, solicitud presentada por la señora Gladys García, respecto del reconocimiento de la responsabilidad de la concursada frente a los daños sufridos por un apartamento construido por esta, lo que corresponde a reclamación por la calidad del bien, por lo que se ordena el traslado por competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo de su cargo.

-En el mismo sentido, el proceso ejecutivo de Figurazione S.A.S. contra la concursada,

el cual se ordena incorporar a este proceso y la calificación y graduación respectiva.

a. Respecto de la solicitud de nulidad

Las causas de nulidad invocadas fueron falta de competencia de la funcionaria que profirió la decisión y falta de motivación del Auto 405-003267 de 29 de febrero de 2016.

En cuanto a la falta de competencia de la funcionaria que profirió la decisión, este Despacho ya se pronunció desestimándola, y también se resolvió lo referente a decreto y práctica de pruebas, como consta en autos 405-005937 de 18 de abril de 2016 y 405-011107 de 21 de julio de 2016, que están en firme. Resta adjudicar lo relativo al cargo de falta de motivación del auto, a lo que se procede enseguida.

Se considera lo siguiente:

Si bien a juicio de la apoderada, el Auto 405-003267 de 29 de febrero de 2016 no se motivó, en realidad la decisión se tomó como una medida previa, sin entrar a resolver de fondo la solicitud de exclusión formulada por la peticionaria. Dicha medida previa está fundamentada en el auto de apertura del proceso de liquidación judicial, el cual ordena el embargo y secuestro de todos los bienes y haberes de la sociedad, sin excepción alguna.

Por lo anterior, el Auto 405-003267 de 29 de febrero de 2016 sólo recogió la orden de la providencia de apertura del proceso, de modo que no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide la actuación del Despacho, porque la orden de poner a disposición de este operador judicial todos los bienes, venía dada desde el auto de apertura, como medida cautelar.

Aunado a lo anterior, establece el Decreto 1835 de 2015, en el artículo 2.2.2.4.2.48, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, como efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial respecto de las obligaciones garantizadas, la totalidad de los bienes del deudor –hayan sido o no dados en garantía-, así como la totalidad de sus acreedores, quedan vinculados al proceso de liquidación judicial a partir de su iniciación.

En el mismo sentido, el artículo 2.2.2.4.2.47, inciso tercero, indica que el juez del concurso resolverá la solicitud de exclusión una vez en firme la calificación y graduación de créditos, la asignación de derechos de voto y el inventario valorado, por lo que no era procedente decidir sobre la exclusión antes de la realización de esta audiencia.

b. Respecto del recurso de reposición

La recurrente adujo que la providencia viola los “derechos de tenencia” del acreedor garantizado y su derecho a que se le adjudiquen directamente los bienes ante el incumplimiento del contratista. Sustentó esta afirmación en el artículo 8 de la Ley 1676 de 2013, que define el acreedor garantizado y el concepto de tenencia contemplado en el mismo artículo.

Dijo, además, que la garantía constituida a favor de Terranum Corporativo S.A.S. está basada en (I) la tenencia que se le da a su poderdante de un monto correspondiente al 10% del valor de cada anticipo no amortizado, para que los mismos sean usados comomedida de protección en caso de incumplimiento, es decir, que la tenencia de ese 10% referido configura una garantía clara y expresa de cumplimiento otorgada por la concursada; (II) el derecho del acreedor garantizado de mantener la tenencia sobre los bienes dados en garantía, facultad consagrada en el artículo 19 de la Ley 1676 de 2013; (III) el artículo 3 de la ley de garantías asimila la prenda al concepto de garantía mobiliaria, lo que hace que, en concordancia con los artículos 2409, 2411, 2419 y 2421 del Código Civil, se relieve la importancia absoluta de la tenencia para que subsista la garantía; (IV) que el artículo 2.2.2.4.2.68 del Decreto 1835 de 16 de septiembre de 2015, expresamente señala que se debe respetar el derecho de tenencia del acreedor garantizado.

Argumentó también que la providencia viola el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues la providencia impugnada propone una interpretación de la norma, sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso, y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

Durante el término del traslado, se pronunció el liquidador, el apoderado de varios ex trabajadores y el apoderado de Seguridad Canina de Colombia LTDA. - SECANCOL LTDA.

Consideración del despacho

En este caso, los motivos del Despacho para ordenar que se pusieran a su disposición los dineros de la concursada, que estaban en poder del acreedor Terranum Corporativo S.A.S., en razón a un contrato suscrito entre las partes, son los mismos señalados para resolver la nulidad, esto es, que los dineros a que se ha hecho referencia deben estar a disposición del proceso por mandato del artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con los artículos 2.2.2.4.2.47 y 2.2.2.4.2.48 del Decreto 1835 de 2015, y el auto de apertura del proceso de liquidación, que decretó las medidas cautelares que se pretenden materializar con el auto impugnado.

Además, la solicitud de exclusión del dinero por efecto de la garantía tiene una oportunidad precisa de trámite: debe resolverse una vez en firme la calificación y graduación de créditos, la asignación de derechos de voto y el inventario valorado, como lo dispone el Decreto 1835 de 2015, de manera que se trató de una solicitud extemporánea por anticipación, cuya no resolución para nada compromete el debido proceso. Las oportunidades procesales son preclusivas y en cada una de ellas deben agotarse los trámites pertinentes en atención a la configuración general del proceso. En este sentido se resolverá.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Desestimar la solicitud de nulidad del Auto 405-003267 de 29 de febrero de 2016.

Segundo. Desestimar el recurso de reposición formulado contra el Auto 405-003267 de 29 de febrero de 2016.

Tercero. Ordenar a Terranum Corporativo S.A.S. que ponga a disposición de este Despacho el dinero dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia.

Esta decisión fue notificada en estrados.

Notificadas estas decisiones, la apoderada de Terranum Corporativo S.A.S., interpuso recurso de reposición, en el siguiente sentido:

Dijo que la norma es clara respecto de dos puntos, (I) la garantía mobiliaria que reclamó Terranum deben permanecer en cabeza del acreedor garantizado, porque los depósitos de dinero deben permanecer en cabeza del acreedor garantizado, y (II) el artículo 4 de la Ley 1676 de 2013 señala cuál es el ámbito de aplicación de las garantías y sobre cuáles bienes se puede constituir, y es claro que estos anticipos contractuales que se pactaron como garantía indudablemente hacen que deba ser reconocido como tal, y así se pactó. Pedirle a uno solo de los acreedores garantizados que entregue la garantía no se compadece con la calidad de los bienes que se entregaron, pues debe tenerse en cuenta que el dinero, que es en este caso el objeto en garantía, tiene unos réditos, unos frutos que deben ser percibidos por el acreedor garantizado.

Dijo ratificar el escrito presentado en la reclamación en su totalidad para que sea tenido en cuenta en este recurso.

Recalcó que la decisión viola el derecho que tiene Terramum a conservar los dineros entregados en garantía. El artículo 19 de la Ley 1676 de 2013, señala cuáles son los derechos del acreedor garantizado, y es claro en que se debe permitir a Terranum conservar la tenencia de la garantía.

Pidió, además, que se aclare la orden de entregar los dineros dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia, porque ello quiere decir que no se va a permitir a Terranum conservar la garantía.

La solicitud de aclaración fue rechazada de plano, porque no se indicó la parte no clara de la providencia acabada de proferir, carga exigida al solicitante.

Respecto del recurso, se puso en traslado.

Intervino el apoderado de la sociedad Promotora de Proyectos Sostenibles S.A.S., para coadyuvar el recurso de la apoderada de Terranum Corporativo, y dijo que resulta incompatible con el régimen de garantías que se le pida al acreedor garantizado perder la tenencia, más aun cuando la norma señala que la garantía es oponible a terceros desde el momento en que se ostenta la tenencia. Ello es desmembrar el derecho del acreedor garantizado. Adujo que no comparte la manifestación del Despacho en cuanto a que la solicitud se presentó en forma extemporánea, por cuanto se realizó en los términos del artículo 56 de la Ley 1116 de 2006, esto es, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de apertura del concurso.

Consideraciones del Despacho

Debe quedar muy claro el tema del ámbito de aplicación de la Ley de Garantías, entre otras cosas, porque en la exposición del recurso se contradice la recurrente cuando invoca las limitaciones al ámbito de aplicación que trae el artículo 4 de la ley, que habla en el numeral 4 precisamente de los depósitos de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor, lo que permitiría concluir que está excluida del ámbito de aplicación de la ley de garantías, porque precisamente estos cuatro numerales, lo que contemplan es los negocios o bienes en particular a los que no se les aplica la ley de garantías, pero después invoca el artículo 19 de la misma ley, que trata de los deberes, obligaciones y derechos de los acreedores garantizados.

Al margen de esa inconsistencia en la formulación del recurso, la Ley de Garantías Mobiliarias no derogó el principio de universalidad concursal. Los acreedores

garantizados tienen unos derechos reconocidos por la ley, y son eficaces, pero en el ámbito del concurso. Los acreedores garantizados tienen que acudir al concurso, para tramitar su exclusión, en el caso de la liquidación, o, en el caso de la reorganización, para optar entre quedarse en el concurso, someterse a sus reglas y votar el acuerdo, o pedir la ejecución de la garantía o el pago preferente, y en la liquidación tramitan la exclusión con el derecho de garantía debidamente constituido, de manera que no puede pretenderse que un acreedor garantizado pueda sencillamente, propria manu, retener unos dineros que pertenecen evidentemente a la sociedad en liquidación para efectos de pagarse directamente con cargo a ellos, prescindiendo de la concursalidad. En ese sentido el Despacho confirma su decisión.

Intervino la apoderada de Terranum Corporativo S.A.S., a fin de solicitar que se tenga en cuenta la cuantía, por cuanto se le dieron cinco días, y no es fácil para una compañía sacar esos recursos en el eventual caso que se llegue a dar una decisión en contra de que sea una garantía mobiliaria, por lo que dijo solicitar una complementación, ampliando el plazo en caso de no aceptarse la garantía.
El Despacho rechazó la solicitud por cuanto debía pedirse en el recurso, pero sin perjuicio de que para poder materializar la devolución el acreedor llegue a un acuerdo con el liquidador, que no sea excesivamente distinto de lo que se dijo en la audiencia.

- **Control de legalidad**. En atención al deber previsto en el artículo 132 C.G.P., estima el Despacho que no advierte, en lo actuado, ningún vicio o irregularidad en el proceso que pueda derivar en su nulidad.

Esta decisión queda notificada en estrados.
Sin recursos sobre el particular procedió el Despacho a pronunciarse de fondo sobre las objeciones, y resolvió:

“**Resuelve**

Primero. Estimar las objeciones presentadas por Acerías Paz del Río S.A. Banco Davivienda S.A., Fiduciaria Bogotá, Banco Corpbanca S.A., Yajaira del Pilar Chaustre Daza.

Segundo. Desestimar las objeciones presentadas por la DIAN, Bogotá Distrito Capital- Secretaría Distrital de Hacienda, Luz Helena Salgado Guerrero, Controles y automatización, Terrenum Corporativo S.A.S.

Tercero. Rechazar el crédito presentado en la etapa de objeciones por Bogotá Distrito Capital- Secretaría Distrital de Hacienda.

Cuarto. Declarar la nulidad todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo 20160031700, de Grúas y Equipos Industriales S.A.S. contra la concursada, remitido por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá y en consecuencia reconocer el crédito allí contenido, como extemporáneo en cuarta clase.

Quinto. Reconocer como extemporáneo el crédito presentado por Factor Dinero S.A., y UGPP

Sexto. Por los ajustes realizados en esta audiencia, modificar los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto remitidos por el liquidador, así como el inventario valorado.

Séptimo. Reclasificar conforme se expuso en esta audiencia.

Octavo. Reconocer los créditos a cargo de la concursada

Noveno. Señalar los derechos de voto por las razones expuestas en esta providencia.

Décimo. Aprobar el inventario de los bienes de la sociedad

Décimo primero. Requerir al liquidador, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, ajuste la caución judicial presentada de acuerdo al inventario aquí aprobado, la cual debe reunir los requisitos establecidos en la Resolución 100-00867, y además amparar su gestión como secuestre de los bienes de la concursada.

Décimo segundo. Advertir a las partes que deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.

Décimo tercero. Ordenar al liquidador de la sociedad concursada que proceda a ajustar la contabilidad de la deudora de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.

Décimo cuarto. Advertir al liquidador que teniendo en cuenta en este proceso no hay bienes para la venta, una vez Terranum Corporativo S.A.S., ponga a disposición los recursos que están en su poder, allega el acuerdo de adjudicación de bienes de que trata el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006".

Una vez proferido el auto se presentaron las siguientes solicitudes de aclaración:

1. DIAN. Dijo que el Despacho se queja de la notificación de la decisión que se aportó, de la autenticidad del documento y al final desestima la objeción, pero

al revisar los documentos que contienen la graduación y calificación se observó que la acreencia de la DIAN que es objeto de reclamación, se divide el valor de la acreencia, la sanción se postergó, entonces solicitó que el Despacho aclare si se reconoció como crédito de primera clase el valor del impuesto contenido en el acto administrativo de fiscalización o si lo que se posterga es solamente la sanción contenida en el mismo.

2. Banco Davivienda. Solicitó se adicione el auto proferido, porque el Despacho se pronunció respecto de las construcciones del proyecto Terrazas del Puerto, pero no de los derechos económicos derivados del proyecto porque el Banco sí tiene una garantía mobiliaria respecto de esos derechos, por tanto, si en adelante apareciera algún derecho económico de ese proyecto el Banco no podría hacer ningún ejercicio si no se encuentra graduado como acreedor garantizado, en ese sentido se pide que se adicione el auto en el sentido de que los derechos económicos tampoco hagan parte del inventario.

3. Fiduciaria Bogotá (vocera de los fideicomisos programa Vivienda Gratuita y Barrancabermeja Terrazas del Puerto), solicitó que se adicione la providencia respecto del inventario presentado, dado que faltó referirse al lote mismo donde se encuentran las construcciones ubicadas en el lote 303-81655, y de esta manera Constructora Bolivar que va terminar la obra no tenga ninguna duda al respecto.

4. Liquidador. El liquidador intervino para informar que fue notificado reciente de la existencia de un crédito laboral reclamado por la señora Carla Sofía Noguera Ruiz, remitido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, anterior a la apertura del proceso de liquidación, el crédito laboral está reconocido, incluida una sanción pero quedó postergado en los términos del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006.

En el mismo sentido, informó de la existencia de un crédito de quinta clase, informado por el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá, demandante Dishierros E.U., iniciado con posterioridad al vencimiento del término para presentar créditos.

Por lo anterior, solicitó adicionar la calificación, incluyendo el crédito de primera clase laboral y el crédito de quinta clase como extemporáneo. En traslado las solicitudes de la liquidación, no hubo pronunciamiento por parte de los asistentes.

Para resolver las solicitudes de aclaración, el Despacho se pronunció en el siguiente sentido:

De la solicitud de aclaración de la DIAN, debe estarse a lo resulto en la audiencia, donde se resolvió desestimar la objeción.

Respecto de las solicitudes de Davivienda y Fiduciaria Bogotá, en efecto el Despacho había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en el momento de resolver sobre la solicitud de designación de avaluador, pero estima pertinente adicionar el auto, en el sentido de indicar que los edificios, el lote y los derechos económicos derivados de ese contrato hacen parte de la masa de esta liquidación.

Respecto de lo manifestado por el liquidador sobre la solicitud de inclusión de acreedores, no considera el Despacho que haya lugar a adición, por cuanto no se dejó de resolver nada de lo que estuviera propuesto a examen del Despacho, pero oficiosamente ordena que se incorporen estos créditos a la calificación y graduación de créditos.

Resueltas las solicitudes de aclaración y adición, se procede con la impugnación. (Recursos de reposición)

1. DIAN. Solicitó que la decisión del Despacho respecto de la graduación de los créditos condicionales sea revocada, y sea graduada en primera clase de acuerdo con la preferencia establecida en la norma sustantiva.

Dijo que es necesario manifestar que la carga de los acreedores en un proceso como este se da de dos maneras I) presentar los créditos en término II) dentro del mismo término denunciar las acreencias condicionales, litigiosas que existan a su cargo. Refirió que esa carga la cumplió la DIAN, que no tenía por qué presentar la constancia de notificación de la apertura del proceso de fiscalización, simplemente denunciar la existencia del proceso. Respecto de la falta de firma de los documentos que se aportaron, refirió que de conformidad con el C.G.P. a la parte hay que creerle y cuando no ocurre así la contraparte tiene una carga procesar de manifestar su inconformidad, porque los documentos que se presentaron al momento de presentar el crédito y la objeción se presumen auténticos.

2. Terrranum Corporativo S.A.S. Solicitó revocar la decisión que tomó el Despacho respecto del rechazo del crédito de Terranum Corporativo S.A.S. como acreedor con garantía mobiliaria y que de acuerdo al contrato se reconozca a su representada como acreedora con garantía mobiliaria, porque la providencia proferida está equivocada, ya que nunca hubo un depósito del acreedor, de lo que se trata es de un anticipo del contrato, figura diferente al depósito en garantía, retener y depositar tienen conceptos diferentes tanto jurídica como contablemente.

En la cláusula 7 del contrato se estipula que se efectúa es una retención en garantía y en ninguna parte del expediente aparece que el acreedor hubiere hecho depósito, leyó las cláusulas 703 y 704 del contrato.

Refirió que dentro de las exclusiones contenidas en el artículo 4 de la Ley 1676 no se contempló los dineros entregados en garantía ni las retenciones contractuales.

En lo que tiene que ver con el registro de la garantía, se debe precisar que este no es un registro constitutivo, por lo cual el acreedor garantizado, lo es desde el momento en que se otorga o constituye a su favor la garantía mobiliaria, así esté registrada o no, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1676, en los términos del artículo 21 es plenamente oponible a terceros con la tenencia de los bienes en cabeza del acreedor garantizado, independiente o no de que se hubiera registrado o no, la tenencia que Terranum corporativo ha tenido sobre los bienes desde el primer momento de ejecución del contrato y que hasta el momento de la audiencia conserva.

Adicionalmente el requisitos de registrar las garantías mobiliarias constituidas antes de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 1676 y desarrollada en el decreto 1835 de 2015, se exigía para efectos de determinar el orden de prelación entre los acreedores garantizados con el mismo bien y a ello se ha referido la Superintendencia en vario oficios proferidos por la oficina jurídica.

Antes de 2015, era imposible realizar el registro, toda vez que no se había liquidado el contrato, ya que se estaba ejecutando en el tiempo, por lo que solamente se podía saber cuál era el anticipo que era retenido en el momento en el cual se configuraba el incumplimiento del contrato - antes no había una suma determinable. Por lo expuesto solicitó reconsiderar la providencia y reconocer a Terranum Corporativo como acreedor garantizado por la cuantía del crédito presentado.
Durante el traslado no hubo pronunciamientos.

3. Secretaría de Hacienda. Presentó recurso de reposición en razón a que la sanción no fue graduada en primera clase y ella no es una sanción de carácter convencional sino legal, por lo que solicitó reconocer el crédito en $210.565, que comprende el impuesto más la sanción. Sobre los intereses no hay reparo. Durante el traslado no hubo pronunciamientos.

4. Seguros Generales Suramericana S.A. El recurso se fundamentó en la ausencia de reconocimiento de un crédito presentado finalizando abril, cuyo origen es el contrato de transacción suscrito por la aseguradora con varios ex trabajadores de la concursada, donde aquella realizó pagos por cerca de $8.200.000, que deben adicionarse a los 251 millones que ya están reconocidos en los créditos laborales extemporáneos.

En el traslado del recurso, el liquidador informó que no tiene conocimiento de las sumas reclamadas en el recurso. No hubo más recursos.

En ese momento se hizo un receso hasta las 3:00 p.m., a fin de estudiar los recursos interpuestos, revisar el expediente y de brindar un espacio para que los asistentes puedan salir a almorzar. Se reanuda la audiencia a las 3:21 p.m., para resolver los recursos propuestos en el mismo orden de exposición.

1. Frente al recurso de la DIAN.

Respecto del crédito “contingente”, el Despacho ya se ha pronunciado frente a la inexistencia legal de esta categoría de créditos, puesto que las categorías que prevé la ley son crédito condicional y crédito litigioso.

Por lo demás le asiste razón al comisionado de la DIAN, en el entendido de que lo que se pretende es el reconocimiento de un crédito condicional.

En ese sentido el crédito de la DIAN se reconoce como condicional, y se le otorga un término de un (1) mes contado a partir de la firmeza de la decisión, para determinar el crédito.

2. Recurso formulado por Terranum Corporativo

La apoderada de Terranum empezó su cargo contra la providencia, diciendo que hubo un error en la calificación que hizo el Despacho sobre la operatividad o no de causa de exclusión del régimen de garantías prevista en el artículo 4.4, dijo la apoderada que en realidad nunca hubo un depósito del acreedor sino que se trataba de un anticipo y del ejercicio del derecho de retención sobre unas sumas de dinero, que además no eran de propiedad de la sociedad en liquidación sino que eran un anticipo que pertenecía a la propia compañía retenedora.

El segundo argumento es que de considerarse que es aplicable el régimen de garantías, la garantía es perfectamente exigible y la categoría de acreedor garantizado se le debe reconocer porque fue su garantía sometida a las reglas del estatuto, dijo la recurrente, que entre otras cosas no la obligaba a registrar la garantía en el registro de CONFECÁMARAS dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, porque para el momento en que se expidió dicha normativa, la garantía no era efectiva en el sentido de que no se había configurado del todo como para que naciera a la vida jurídica, por lo tanto, no le era exigible la conducta del registro para poder invocar la condición de acreedora garantizada. En últimas sostuvo que no le era posible el registro de la garantía antes del incumplimiento, porque solo a partir

del él se entendía activada la garantía. Es necesario hacer varias precisiones por la sensibilidad del tema, y porque se trata de establecer cuando opera o no esa causa de exclusión del régimen de garantías mobiliarias.

Son garantías o pueden constituirse garantías sobre cualquier bien mueble, salvo los cuatro supuestos del artículo 4 del régimen de garantías.

El cuarto refiere que se exceptúa de la aplicación del régimen de garantías mobiliarias, las otorgadas sobre depósitos de dinero en garantía cuando el depositario es el acreedor, será otro negocio pero no constitutivo de garantía mobiliaria.

Al revisar el origen de esta norma, se pudo verificar que ella no estaba incluida en el proyecto de ley original, fue introducida gradualmente en el debate parlamentario, por lo que no hay rastro de los antecedentes de la norma no dicen mucho sobre la manera en que debe interpretarse esta exclusión, debe entonces el intérprete remitirse al texto normativo, sin que se trata de una interpretación exclusivamente literal, entonces cuando opera esta exclusión del régimen de garantías mobiliarias, se requerirá que para que opere esta exclusión se haya suscrito un contrato *ex professo* de depósito de dinero en garantía, para concluir que solo en ese evento opera la exclusión prevista en el régimen de garantías, o se requeriría en contraposición que materialmente un sujeto, retenga, o sea el depositario o tenga la tenencia de un dinero que pertenece a otro sujeto del cual es acreedor en un proceso concursal para que se entienda que ese negocio están excluido, es decir, se requiere que haya un contrato para ello o se requiere que materialmente corresponda a un depósito de dinero en garantía cuyo tenedor o depositario es el acreedor.

En realidad la norma no exige que se suscriba un contrato de depósito de dinero en garantía cuyo depositario sea el acreedor, la ley se refiere a que exceptúa de este régimen el dinero dado en garantía cuando el depositario es el acreedor.

En este caso en particular no hay un contrato de garantía, es decir, el artículo 9 de la Ley 1676, entre otras cosas dispone que el contrato de garantía ya no es un contrato accesorio sino principal, la fuente es el contrato de garantía que se estructure para el efecto específico. Pero en este caso específico no hay un contrato de garantía, hay una cláusula en un contrato de construcción; como no hay una garantía sino lo que se debate es sobre si una cláusula del contrato es o no una garantía y es de aquellas previstas en el estatuto de garantías, es necesario auscultar la cláusula; en esta cláusula no se trata de un depósito oneroso, es una típica colocación de dinero que se exige en muchas operaciones inmobiliarias que se constituya una reserva de dinero que garantice una obligación y la norma no dice que en cualquier caso de depósito de dineros se excluya de la Ley de Garantías, dice que se excluye solo en

aquellos eventos en que el depositario sea el mismo acreedor en general. En este caso, entonces, se debe verificar si existe o no un contrato de depósito, se debe verificar la materialidad de la operación en el sentido de que una suma de dinero esté en poder de un sujeto quien a su vez es acreedor del dueño del dinero, quien en ese caso responde como depositario. En eso corresponde la descripción típica de esa causa de exclusión, y en este caso se verifica puntualmente, porque la otra interpretación que propende por la exigencia de un contrato de depósito de dinero, no luce para este Despacho tan razonable, pues en ese caso nunca operaría la exclusión.

Como quiera que el recurso también se extendió a la situación registral de la garantía debe el Despacho avocar conocimiento del cargo que se planteó, porque en el recurso se dice que esa norma prevista en el artículo 85 de la Ley 1676, no le era aplicable a la garantía o a la cláusula de garantía constituida en el contrato de construcción entre Terranum y Ekko y dice la recurrente que no le era aplicable esa ventana de oportunidad de seis meses porque para el momento en que se hizo exigible esa obligación normativa no era efectiva la garantía de Terranum respecto del pago de esa obligación frente a Ekko y que por no ser efectiva la garantía que es uno de los requisitos que prevé la norma en el régimen de transición y como le era efectiva entonces no le era exigible registrarse en esos seis meses para efectos de invocar las prerrogativas de la ley de garantías.

El Despacho no comparte en lo absoluto este razonamiento, en las oportunidades que se han tenido para desarrollar el régimen de aplicación en el tiempo de la Ley de Garantías se ha establecido en términos generales lo siguiente:

Una cosa son las garantías que se constituyen estando en vigencia la ley de garantías, en eses tipo de negocios se entiende que la ley de garantías es la ley de ese contrato, se entienden nacidas bajo esa normativa, les es aplicable de pleno derecho la normativa de la ley de garantías.

Otra cosa ocurre con las garantías preexistentes; para estas garantías la norma previó el transito legislativo; para efectos de la prelación no importa que sea preexistente, se le aplica la prelación de la garantía, distinta a la prelación de créditos del Código Civil; la prelación de la garantía tiene que ver con la eficacia de la garantía por la oportunidad de su registro en el tiempo, para eso es el registro públicos, pero dijo la norma, si lo que se pretende es invocar las normas de ejecución de la garantía que es de lo que se trata en el contexto concursal el acreedor tiene una ventana de oportunidad de seis meses a partir de la entrada en vigencia de la ley para registrar su garantía, si no la registra en ese término, no puede invocar las prerrogativas propias del régimen de ejecución diferenciado que tiene la ley de

garantías mobiliarias, en este caso específico no es admisible la posición según la cual la garantía no era efectiva al momento de la entrada en vigencia, porque aún no se había verificado el incumplimiento y que solo a partir del incumplimiento se activaría el registro de la garantía, la garantía quedó prevista desde el mismo momento en que se suscribió el contrato quedó hecho el negocio de garantía, de manera que el alcance o la interpretación que se propone sobre el concepto de eficacia, exigibilidad o efectividad de la garantía, no es el que le ha asignado el acreedor recurrente.

De manera que si se tratara de una garantía aun admisible en el contexto de la Ley 1676 de 2013, la misma habría sido inscrita extemporáneamente y no podría invocar los beneficios o prerrogativas de la citada ley.

3. Secretaría de Hacienda

Verificado el expediente en realidad las sanciones sí fueron reconocidas, pero fueron graduadas en quinta clase, porque las sumas no corresponden a impuestos sino a sanciones.

4. Seguros Generales Suramericana

Respecto de la adición solicitada, el Despacho no encontró en el expediente rastro de la radicación de abril, que se mencionó en la solicitud de adición pero que no se indicó el número de radicado, pero al margen de ello, el liquidador indicó que ese crédito no le fue presentado, de manera que la solicitud de adición se tiene que rechazar y advertir al acreedor que presente al liquidador el crédito para, al menos, traerlo al concurso como extemporáneo.

Quedan resueltos los recursos formulados, quedando las decisiones en el siguiente sentido:

“Resuelve

Primero. No acceder a las solicitudes de aclaración formuladas por la DIAN y el liquidador.

Segundo. Acceder a la solicitud de aclaración presentada por Davivienda y Fiduciaria Bogotá.

Tercero. Desestimar el recurso de reposición presentado por la apoderada de Terranum Corporativo, Secretaría de Hacienda y Seguros Generales Suramericana.

Cuarto. Estimar el recurso de reposición presentado por la DIAN.

Quinto. Estimar las objeciones presentadas por Acerías Paz del Río S.A. Banco Davivienda S.A., Fiduciaria Bogotá, Banco Corpbanca S.A., Yajaira del Pilar Chaustre Daza y DIAN.

Sexto. Desestimar las objeciones presentadas por Bogotá Distrito Capital- Secretaría Distrital de Hacienda, Luz Helena Salgado Guerrero, Controles y automatización, Terranum Corporativo S.A.S.

Séptimo. Rechazar el crédito presentado en la etapa de objeciones por Bogotá Distrito Capital- Secretaría Distrital de Hacienda.

Octavo. Declarar la nulidad todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo 20160031700, de Grúas y Equipos Industriales S.A.S. contra la concursada, remitido por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, reconocer el crédito allí contenido, como extemporáneo en cuarta clase.

Noveno. Reconocer como extemporáneo el crédito presentado por Factor Dinero S.A., y UGPP.

Décimo. Por los ajustes realizados en esta audiencia, modificar los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto remitidos por el liquidador, así como el inventario valorado.

Decimoprimero. Reclasificar los créditos, conforme se expuso en esta audiencia.

Decimosegundo. Reconocer como extemporáneos los créditos de Dishierros E.U.

Decimotercero. Reconocer los créditos a cargo de la concursada, conforme a lo siguiente:

Primera clase – laborales				
No. credito	**Acreedor**	**NIT**	**Valor solicitado**	**Valor reconocido**
10	Jhon Jairo Murcia Penagos(Subrogado Seguros Generales Suramericana Sa Nit:890.903.407-9)	7.688.815	1.517.856	1.517.856

10	Irman Rolando Galvis León S (Subrogado Seguros Generales Suramericana S. A. Nit:890.903.407-9)	13.851.626	894.741	894.741
10	Carlos Infante Flórez (Subrogado Seguros Generales Suramericana S.A. Nit:890.903.407-9)	13.568.383	445.108	445.108
14	Yajaira Del Pilar Chaustre Daza	60.373.008	33.707.479	7.019.104
24	Diana Marcela Malagón Rojas	1.026.259.055	8.329.154	8.329.154
24	Jairo Orlando Pérez	79.262.700	42.004.849	42.004.849
24	John Freddy Bombita Cantor	1.020.712.637	6.761.651	6.761.651
24	Juan David Plazas Galindo	1.016.033.861	1.892.390	1.892.390
24	Liz Adriana Moreno Poveda	52.645.966	108.740.596	35.707.263
24	Luis Obelio Sanabria Perico	19.256.234	53.235.509	8.330.509
24	María Elvira Rodríguez	28.717.135	8.674.181	8.674.181
24	Sebastián Eduardo Talero Lozano	1.019.045.330	26.259.486	26.259.486
25	Fabio Alejandro Pérez Gutiérrez	1.069.726.664	7.501.943	7.501.943
25	Giovanni Cortés Gutiérrez	79.754.853	6.826.597	6.826.597
25	José Joaquín Santana Garzón	19.250.285	8.063.482	8.063.482
25	Raúl Fernando Castillo Cortés	3.029.017	5.839.811	5.839.811
25	Viviana Andrea Bernal Angarita	1.023.907.388	3.454.516	3.454.516
25	Yobany Ernesto López Díaz	74.374.528	12.322.455	12.322.455

31	Jorge Hernán Dávila Camacho	79.431.741	24.405.731	16.813.537
39	Verónica Ramírez Patiño	51.984.677	24.680.163	24.680.163
40	Juan Fernando Hernández Pérez	79.917.698	4.851.680	4.851.680
41	David Andrés Moya Ibarra	80.122.738	39.792.750	27.898.987
44	Nancy Paola Robavo Duarte	39.628.355	7.496.905	7.496.905
48	Diana Margarita Bechara Garcés	52.866.559	16.047.667	16.047.667
48	Olga Johana Mendoza Munévar	20.911.550	2.574.155	2.574.155
48	Óscar Iván Arias Díaz	1.077.083.999	5.144.201	5.144.201
64	José Carlos Mouta De Magalhaes	440.461	140.347.878	53.640.870
64	Joaquim Paulo Lopes De Sousa	426.868	116.229.826	53.851.199
64	Joao Fernando Sa Laranjeira	496.395	138.442.658	49.820.458
64	Joaquim Antonio Pinto Teixeira	439.027	201.108.907	106.761.763
64	Sergio Leite Teixeira De Sousa	442.716	206.641.239	108.174.949
65	Nuno Andre Campanha Da Rocha Galante	434.283	228.220.503	82.120.317
65	José Pedro Cardoso De Matos Fernandes	456.710	247.299.932	76.979.353
66	Ruth María Cardoso Luna	20.684.590	86.450.000	30.050.000
67	María Consuelo Roa Espitia	35.323.033	24.366.669	24.366.669
68	Pedro José Purificacao Silva	472.857	197.973.114	31.381.367
68	Nuno Filipe De Jesús Ferreira	482.287	290.882.919	45.454.498

71	Norman Eduardo Ortiz Tovar	79.647.835	77.351.011	32.872.209
75	Claudia Marcela Salazar Rozo	51.849.975	15.402.418	5.402.418
75	Cristian Jhoan Villarraga Muñoz	80.771.368	12.059.893	4.319.893
75	María del Pilar Cardona Álvarez	51.831.346	57.737.965	36.127.548
75	Diego Esneider Baracaldo Cárdenas	1.078.349.318	4.490.115	1.676.453
75	Giovanny Díaz Buitrago	79.861.393	33.323.883	11.990.550
75	Germán Acero Rodríguez	3.028.601	6.750.598	2.423.088
75	Manuel de Jesús Arias Sierra	19.399.808	16.471.921	5.773.588
75	José Gonzalo Cardenal Rivera	6.764.532	16.632.108	5.893.514
75	Guillermo Castillo Alvarado	79.385.705	6.520.954	2.379.796
75	Héctor Orlando Tuta Maldonado	11.337.127	17.369.331	5.790.631
75	Héctor Fredy Tuta Moya	3.212.524	6.292.772	2.214.327
75	Darío Ramírez Zabala	19.474.352	26.677.906	8.687.239
75	Óscar Mauricio Guzmán Camino	3.029.138	4.874.682	1.810.246
75	José Eduardo Parra	79.248.397	4.857.590	1.793.154
75	Joaquín Escamilla Arévalo	19.428.057	6.864.785	2.510.332
75	José Ignacio Garzón Peña	79.614.814	7.819.176	2.976.018
75	Cristhian Mauricio Sarmiento Mayorga	1.018.435.816	11.331.443	2.851.443
75	Yeison Fabián Gómez Rodríguez	1.073.534.664	3.854.955	1.041.293
75	Kelly Carolina Pérez Calvo	55.223.611	28.353.650	4.303.650

75	Luis Gabriel Ospina Acuña (Subrogado Seguros Generales Suramericana S.A. Nit:890.903.407-9)	79.947.650	25.000.000	25.000.000
75	Simón Isacio Palma Palma (Subrogado Seguros Generales Suramericana S.A. Nit:890.903.407-9)	79.853.692	91.717.954	4.229.051
75	Jhon Edisson Pulido Castillo	1.078.346.962	19.639.198	4.659.198
75	Edgar Alfonso Ramírez Carranza	19.478.704	89.762.216	35.486.796
75	Porfirio Jacob Restrepo	6.498.109	14.004.277	3.900.296
75	Efraín Piraquive Galeano	19.408.890	230.238.753	24.439.367
75	Myriam Paola Cano Sánchez	52.380.932	21.724.061	5.193.089
75	Mónica Carolina Torres Romero	1.032.369.901	20.699.292	5.454.848
75	José Antonio Escamilla	79.263.164	20.325.149	7.783.901
75	Rocío González Leyva	52.182.294	52.657.194	41.587.194
75	Marlenis Rangel Ardila	23.106.375	12.836.312	4.221.597
75	Luz Dary Guerrero Galvis	39.548.473	48.018.345	4.028.067
75	Lusdaris Carvajal Caicedo	52.343.839	5.670.182	4.647.960
75	Carlos Enrique Ortega Quintero	91.426.457	196.554.596	79.608.666
75	Ricardo Eugenio Niño Villegas	79.151.640	111.914.114	66.133.988
75	Laura Esperanza Labrador García	60.326.998	452.038.507	80.183.479
75	Jorge Rodríguez Castro	19.415.554	45.478.458	6.136.945
75	Viviana Moreno Galindo	53.050.817	16.117.193	5.939.860
75	Nancy Villota Villareal	52.911.984	39.242.932	19.415.432

75	Carlos Arturo Romero Aristizabal	80.413.449	38.142.454	25.542.454
75	José Ramiro Durán Cuevas	79.240.740	5.997.829	2.095.012
75	Olga Lucía García Gutiérrez	1.018.405.642	9.957.098	2.533.764
75	Ninfa Estrella Ramírez Navarrete	51.849.738	7.612.888	2.071.916
75	César Augusto Pulido Africano	79.521.981	8.617.082	4.368.920
75	Efraín Silva Álvarez	19.281.247	12.094.750	4.622.342
79	Óscar Eduardo Triana Bernal	72.428.961	6.594.031	2.266.521
84	Noel Suárez Sotelo	79.147.478	4.724.549	4.724.549
			4.433.034.465	**1.591.209.781**

Primera clase – Entidades de seguridad social				
No. credito	**Acreedor**	**NIT**	**Valor solicitado**	**Valor reconocido**
2	Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías	800.149.496	800.149.496	163.092.011
4	PORVENIR S.A.	800.144.331	102.191.732	67.212.432
8	Salud Total S.A.	800.130.907	15.100.450	13.452.100
12	OLD Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías	800.148.514	11.119.571	10.317.171
17	Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones	900.336.004	2.079.760.573	847.975.063

34	Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.	800.138.188	27.049.085	22.308.885
43	FAMISANAR EPS	830.003.564	27.559.142	24.546.990
			2.441.569.664	**1.148.904.652**

Créditos extemporáneos				
No. credito	**Acreedor**	**NIT**	**Valor solicitado**	**Valor reconocido**
49	Caja de Compensación Familiar Compensar (Primera Clase – Entidades Públicas)	860.066.942	19.170.000	17.803.500
53	CSI Business Software Limitada (Quinta Clase – Demás Acreedores)	900.293.340	15.636.481	15.636.481
54	Cámara Regional de la Construcción de Bogotá y Cundinamarca – CAMACOL (quinta clase – demás acreedores)	860.024.452	2.289.204	2.289.204
56	ETB S.A. ESP (quinta clase – demás acreedores)	899.999.115	18.132.800	18.132.800
59	Tecnología Liviana S.A.S. (quinta clase – demás acreedores)	900.345.964	108.989.576	108.989.576
60	Controles Y Automatización S.A.S. (quinta clase – demás acreedores)	830.112.154	130.421.788	130.421.788
61	G & J Ferreterías S.A. (quinta clase – demás acreedores)	800.130.426	80.393.344	70.127.783

62	AQSERV SAS (quinta clase – demás acreedores)	830.045.040	272.684.401	272.684.401
63	SUMATEC S.A. (quinta clase – demás acreedores)	890.800.788	28.550.202	28.550.202
70	FORMESAN S.A.S.	900.051.210	338.928.612	338.928.612
73	EK Hotel – Sociedad Hotelera Chico S.A.S.	900.611.953	7.676.789	7.676.789
74	Luis Ferney Caicedo Barreto	79.576.612	15.956.200	15.956.200
76	SIPESA LTDA.	804.017.138	23.237.872	23.237.872
77	Óscar Tadeo Larios Díaz	79.311.865	3.450.000	3.450.000
78	Aluminios Chacón/ Alberto Chacón Ardila	5.795.757	62.072.084	62.072.084
82	GSO – Guzmán Santiago Ospino	91.473.060	16.771.200	16.771.200
83	ARF Aseo Industrial y Servicios S.A.S.	900.488.247	20.500.000	20.500.000
85	Seguros Generales Suramericana S.A. (primera clase entidades de seguridad social)	890.903.407	251.187.390	251.187.390
86	Constructora Colpatria S.A.	860.058.070	81.746.833	81.746.833
87	García Vega S.A.S.	890.211.614	79.491.191	79.491.191
88	Guido Rafael Flórez Segura/Plastiflor	91.428.818	4.705.000	4.705.000
64	Luz Elena Salgado Guerrero (primera clase laborales)	52.376.587	34.203.060	4.375.560
67	MVD Glass S.A.S. (quinta clase demás acreedores)	900.299.926	1.429.040.101	1.429.040.101

68	AHT All Heavy Transport Colombia S.A.S. (quinta clase demás acreedores)	900.147.270	22.226.813	14.986.959
69	Cemex Colombia S.A. (quinta clase demás acreedores)	860.002.523	39.707.526	39.707.526
	Grúas y Equipos Industriales S.A.S. (cuarta clase)	829.803.100	129.478.199	125.036.236
	Factor Dinero S.A. (cesión crédito Proyectos y Construcciones Asociados S.A.S. Auto 405-006413)	900.151.196	10.850.288	10.850.288
	Factor Dinero S.A. (cesión crédito proyectos y construcciones asociados S.A.S. AUTO 405-006413)	900.151.196	9.189.520	9.189.520
	DISHIERROS EU (REMITIDO JZ 54 CV MUN DE BOG)	830.138.127	26.375.119	26.375.119
			3.283.061.593	**3.229.920.215**

Decimocuarto. Señalar los derechos de voto por las razones expuestas en esta providencia, en un voto por cada peso reconocido.

Decimoquinto. Aprobar el inventario de los bienes de la sociedad, conforme a lo siguiente:

Tipo de activo	Tenedor	Cuantía
Título de depósito judicial – recuperación de cartera	Supersociedades	$825.107.530
Títulos de depósito judicial – cuentas bancarias	Supersociedades	$ 6.022.712.56

Dinero en efectivo	Terranum Corporativo S.A.S.	$2.745.890.110

Decimosexto. Requerir al liquidador, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, ajuste la caución judicial presentada de acuerdo al inventario aquí aprobado, la cual debe reunir los requisitos establecidos en la Resolución 100-00867, y además amparar su gestión como secuestre de los bienes de la concursada.

Decimoséptimo. Advertir a las partes que deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.
Decimoctavo. Ordenar al liquidador de la sociedad concursada que proceda a ajustar la contabilidad de la deudora, de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.

Decimonoveno. Advertir al liquidador que teniendo en cuenta en este proceso no hay bienes para la venta, una vez Terranum Corporativo S.A.S., ponga a disposición los recursos que están en su poder, allegue el acuerdo de adjudicación de bienes de que trata el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006.

Notificado en estrados,

A las 3:40 p.m., se dio por terminada la audiencia, y en constancia firma quien la presidió.

Acta 400-002274 de 10 de Octubre de 2016	
Sujeto del proceso	Prebuild Colombia S.A.S. en liquidación judicial
Asunto	Ley 1676 de 2013, depósitos de dinero en garantía y retención en garantías

AUDIENCIA DE RESOLUCIÓN DE OBJECIONES **NO CONCILIADAS, CALIFICACIÓN Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS Y APROBACIÓN DEL INVENTARIO VALORADO**

Fecha	05 de Agosto de 2016
Convocatoria	Auto 400-011849 de 04 De Agosto de 2016
Lugar	Superintendencia de Sociedades
Sujeto del proceso	Prebuild Colombia S.a.s., En Liquidación Judicial
Liquidador	
Expediente	80971

I. Instalación de la audiencia

La presente audiencia fue convocada mediante Auto 400-011849 de 4 de agosto de 2016.

Preside esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia. Se reconocen personerías.

(I) Cuestiones previas

Antes de resolver las objeciones a los proyectos y al inventario valorado, se deben resolver una solicitud de nulidad y un recurso, formulados ambos por la apoderada de Terranum Corporativo S.A.S., respecto del Auto 405-003245 de 29 de febrero de 2016, mediante el cual se ordenó poner a disposición Despacho un dinero retenido por esta compañía.

a. Respecto de la solicitud de nulidad

Las causas de nulidad invocadas fueron falta de competencia de la funcionaria que profirió la decisión y falta de motivación del Auto 405-003245 de 29 de febrero de 2016.

En cuanto a la falta de competencia de la funcionaria que profirió la decisión, este Despacho ya se pronunció desestimándola, y también se resolvió lo referente a

decreto y práctica de pruebas, como consta en Autos 405-005769 de 15 de abril de 2016 y 405-011041 de 21 de julio de 2016, que están en firme. Resta adjudicar lo relativo al cargo de falta de motivación del auto, a lo que se procede enseguida. Se considera lo siguiente:

Si bien a juicio de la apoderada, el Auto 405-003245 de 29 de febrero de 2016 no se motivó, en realidad la decisión se tomó como una medida previa, sin entrar a resolver de fondo la solicitud de exclusión formulada por la peticionaria, dicha medida previa está fundamentada en el auto de apertura del proceso de liquidación judicial, el cual ordena el embargo y secuestro de todos los bienes y haberes de la sociedad, sin excepción alguna.

Por lo anterior, el Auto 405-003245 de 29 de febrero de 2016, sólo recogió la orden de la providencia de apertura del proceso, de modo que no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide la actuación del Despacho, porque la orden de poner a disposición de este operador judicial todos los bienes, venía dada desde el auto de apertura, como medida cautelar preventiva.

Aunado a lo anterior, establece el Decreto 1835 de 2015, en el artículo 2.2.2.4.2.48, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, como efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial respecto de las obligaciones garantizadas, la totalidad de los bienes del deudor –hayan sido o no dados en garantía-, así como la totalidad de sus acreedores, quedan vinculados al proceso de liquidación judicial a partir de su iniciación.

En el mismo sentido, el artículo 2.2.2.4.2.47, inciso tercero, indica que el juez del concurso resolverá la solicitud de exclusión una vez en firme la calificación y graduación de créditos, la asignación de derechos de voto y el inventario valorado, por lo que no era procedente decidir sobre la exclusión antes de la realización de esta audiencia.

b. Respecto del recurso de reposición

La recurrente adujo que la providencia viola los derechos de tenencia del acreedor garantizado y el derecho a que se le adjudiquen directamente los bienes ante el incumplimiento del contratista. Sustentó esta afirmación en el artículo 8 de la Ley 1676 de 2013, que define el acreedor garantizado y el concepto de tenencia contemplado en el mismo artículo.

Dijo, además, que la garantía constituida a favor de Terranum Corporativo S.A.S. está basada en (I) la tenencia que se le da a su poderdante de un monto correspondiente

al 10% del valor de cada anticipo no amortizado, para que los mismos sean usados como medida de protección en caso de incumplimiento. Es decir la tenencia de ese 10% referido configura una garantía clara y expresa de cumplimiento otorgada por la concursada; (II) el derecho del acreedor garantizado de mantener la tenencia sobre los bienes dados en garantía, facultad que se consagra en el artículo 19 de la Ley 1676 de 2013; (III) el artículo 3 de la ley de garantías asimila la prenda al concepto de garantía mobiliaria, lo que hace que, en concordancia con los artículos 2409, 2411, 2419 y 2421 del Código Civil, donde se establece la importancia absoluta de la tenencia para que subsista la garantía; (IV) que el artículo 2.2.2.4.2.68 del Decreto 1835 de 16 de septiembre de 2015, expresamente señala que se debe respetar el derecho de tenencia del acreedor garantizado.

Argumentó también que la providencia viola el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues la providencia impugnada viola el derecho al debido proceso que le asiste a su representada, porque en ella se propone una interpretación de la norma sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso, y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, así como cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida por ente inaplicada, situaciones que afirma se configuran en el auto impugnado.

Adujo que la providencia viola el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto a otros acreedores que también solicitaron exclusión de bienes, no se les resolvió en el mismo sentido. Durante el término del traslado, el recurso fue descorrido por el liquidador, el apoderado de varios ex trabajadores y el apoderado de Seguridad Canina de Colombia LTDA - SECANCOL LTDA.

Se considera lo siguiente: En este caso, los motivos del Despacho para ordenar que se pusieran a disposición del Despacho los dineros de la concursada, en tenencia de Terranum Corporativo S.A.S. en razón a un contrato suscrito entre las partes, son los mismos señalados para resolver la nulidad, esto es, que los dineros a que se ha hecho referencia deben estar a disposición del Despacho por mandato del artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con los artículos 2.2.2.4.2.47 y 2.2.2.4.2.48 del Decreto 1835 de 2015 y el auto de apertura del proceso de liquidación, que decretó las medidas cautelares que se pretenden materializar con el auto impugnado.

Adicional a esto, la solicitud de exclusión del dinero por efecto de la garantía tiene una oportunidad precisa de trámite, debe resolverse una vez en firme la calificación y graduación de créditos, la asignación de derechos de voto y el inventario valorado, como lo dispone el Decreto 1835 de 2015, de manera que se trató de una solicitud extemporánea por anticipación, cuya no resolución para nada compromete el

debido proceso. Las oportunidades procesales son preclusivas y en cada una de ellas deben agotarse los trámites pertinentes en atención a la configuración general del proceso. En este sentido se resolverá.

Ahora respecto de la violación al derecho fundamental a la igualdad, cabe precisar que la igualdad se predica entre iguales, esto es, que quienes reclamen un derecho se encuentren en las mismas circunstancias, pero en este caso, la situación de Terranum Corporativo S.A.S., es de lejos distinta a los acreedores que igualmente solicitaron exclusión de bienes, inclusive en las causales invocadas para pedir la exclusión, pues mientras Terranum Corporativo S.A.S., pidió la exclusión en aplicación de la Ley 1676 de 2006, los demás lo hicieron el aplicación del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, como claramente lo refiere la recurrente en el aparte C.7 de su escrito, circunstancias que ubican a los acreedores reclamantes en extremos jurídicos, pues mientras unos solicitan restitución de activos por considerar que se configuran las causales previstas en artículo 55 mencionado, Terranum Corporativo S.A.S., no desconoce la titularidad del derecho de dominio en cabeza del deudor, solo que por cuestiones legales sustancialmente distintas, pide dársele un tratamiento excepcional contemplado en la de Garantías Mobiliarias. En este sentido se desechan los argumentos de la recurrente, para confirmar la providencia, pues no existe violación al derecho a la igualdad dado que las circunstancias de Terranum Corporativo S.A.S. son distintas frente a los de S2R Ingenieros S.A. y Laboratorios Contecon Urban S.A.S.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Desestimar la solicitud de nulidad del Auto 405-003245 de 29 de febrero de 2016.

Segundo. Desestimar el recurso de reposición formulado contra el Auto 405-0032457 de 29 de febrero de 2016.

Esta decisión queda notificada en estrados. Proferida la decisión se presentaron los siguientes recursos:

1. Apoderada de Terranum

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso presentado en el proceso de Ekko Promotora S.A.S., pero además agregó que las garantías mobiliarias no pueden

ser objeto de expropiación por parte de la Superintendencia de Sociedades, no se pueden desconocer las normas sustanciales y específicamente las normas de las garantías mobiliarias, como es la tenencia específica que tiene el acreedor garantizado de su prenda, los argumentos que se expusieron en el memorial siguen totalmente vigentes, y son reiterados.

Refirió que la falta de motivación de la providencia es totalmente clara, porque de otra forma el Despacho estaría prejuzgando y efectivamente se está definiendo en febrero de 2016 antes de la oportunidad legal que es hoy, si es o no una garantía mobiliaria la que reclama Terranum.

Respecto a la exclusión, a la extemporaneidad de la exclusión por anticipación, al decir que dentro de los seis meses siguientes no se solicitó la exclusión, ese es un argumento que realmente es fuera y contrario a todas las normas legales y en especial a las de procedimiento.

Reiteró que Terranum no está pidiendo beneficios excepcionales, está solicitando que se apliquen las nomas as tal como vienen redactadas, sin traer argumentos que no son de recibo, y por tanto solicitó se conceda la nulidad pedida.

En traslado el recurso de reposición no hubo pronunciamiento de los asistentes.

Para resolver se consideró:

No es de recibo para el Despacho la afirmación de la recurrente, cuando manifiesta que la superintendencia expropia garantías o que le da “manejo a las normas”, porque la labor del Juez es de interpretar normas que en este como en otros casos no son precisamente un dechado de claridad, para eso se hacen raciocinios judiciales muy concienzudos. Este Despacho es perfectamente consciente de la importancia de estos pronunciamientos porque lo que se resuelva sobre estos puntos en estos procesos de insolvencia es un insumo determinante para los colocadores de crédito en todo el país. No se puede reducir un debate como estos a simple cargo de un amaño del despacho no en el sentido delictivo, porque no se le da ese alcance a la manifestación de la apoderada, pero si a un manejo de las normas, como dice ella, antojadizo o caprichoso.

Este Despacho ha sido bastante preciosista en la manera en que se ha interpretado la aplicación del régimen de garantías mobiliarias, en los procesos de insolvencia. Por su puesto que el acreedor que invoque la condición de garantizado al amparo de esta normativa, tiene unas prerrogativas que se materializan precisamente en el concurso.

Es que el principio de universalidad no quiere decir que quedan enervadas las garantías mobiliarias, ese no es el alcance y no podría serlo, lo que ha dicho este Despacho es que el acreedor garantizado tiene que venir al concurso a hacerse reconocer como tal, y en caso de que concurran todas las condiciones que exige la norma, formales y materiales, se le garantiza el derecho, que no es otro que el de llevarse el bien sobre el que recae la garantía y la norma es clarísima, si el bien dado en garantía es suficiente para cubrir la totalidad del crédito debido, el acreedor se lleva el bien; si el bien vale más tiene que restituir o entregar el excedente; y si el bien vale menos, lo que quedó insoluto queda en el concurso, no es otro el alcance, y la eficacia de la ley de garantías mobiliarias en la liquidación es distinta a la eficacia que tiene en la reorganización, porque en la reorganización se relativiza más el derecho del acreedor garantizado, en la reorganización, si el bien es necesario no se lo puede llevar, por supuesto, la disciplina concursal impone restricciones a todos los acreedores, trátese de la máxima autoridad tributaria, trátese de la más encumbrada institución financiera todos, son acreedores y en eso cosiste, precisamente, el principio de igualdad que se invoca como violado, precisamente, en el recurso que se resolvió.

De manera que no se trata de eso, no se ha expropiado ninguna garantía ni se va a expropiar ninguna garantía. Aquí ya se ha reconocido la eficacia de las garantías mobiliarias, y se le ha dicho: si no se puede llevar el bien, se le reconoce el crédito como preferente y tiene derecho al pago preferente que establece la norma, sin ninguna excitación por parte de este operador; y en la liquidación los derechos del acreedor garantizado son incluso más directos, no queda pendiente de que se califique el bien como necesario o no necesario porque ya no tiene sentido esa distinción, en la liquidación simplemente se lleva el bien si es acreedor garantizado.

En el caso de Terranum, lo que ha dicho el Despacho en esta diligencia, y no lo había dicho desde antes de manera que no hay tal prejuzgamiento, porque el hecho de que el principio de universalidad imponga la concurrencia de todos los bienes y de todos los acreedores no significa que esos acreedores ya quedaron irremediablemente sujetos al concurso, pueden pedir la exclusión en la oportunidad correspondiente, en virtud de lo previsto en el artículo 55, de manera que no hubo prejuzgamiento. Siempre se ha reconocido que esos dineros son de propiedad de la sociedad en liquidación, pero que en virtud de un dispositivo contractual estaban en poder de Terranum.

Entonces no advierte el Despacho que haya incurrido en ninguna irregularidad ni en ningún vicio que invalide su razonamiento respecto de los que se acaba de resolver, y dicho lo anterior, se confirma lo decidido.

- Control de legalidad. En atención al deber previsto en el artículo 132 C.G.P., estima el Despacho que no advierte, en lo actuado, ningún vicio o irregularidad en el proceso que pueda derivar en su nulidad.

Esta decisión queda notificada en estrados.

Procedió el Despacho a resolver las objeciones formuladas al proyecto de calificación y graduación de créditos, aprobar los créditos a cargo de la deudora, señalar los derechos de voto y a aprobar el inventario valorado de bienes, para lo cual pronunció el auto que en su parte resolutiva dispuso:

Resuelve

Primero. Desestimar las objeciones presentadas por la DIAN y por Terranum Corporativo.

Segundo. Por los ajustes realizados en esta audiencia, modificar los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto remitidos por el liquidador, así como el inventario valorado.

Tercero. Reconocer los créditos a cargo de la concursada

Cuarto. Señalar los derechos de voto por las razones expuestas en esta providencia.

Quinto. Aprobar el inventario de los bienes de la sociedad.

Sexto. Advertir a las partes que deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses
.
Séptimo. Ordenar al liquidador que ajuste la contabilidad de la deudora de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.

Octavo. Requerir al liquidador, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, ajuste la caución judicial presentada de acuerdo al inventario aquí aprobado, la cual debe reunir los requisitos establecidos en la Resolución 100-00867 y, además, amparar su gestión como secuestre de los bienes de la concursada

Noveno. Advertir a las partes que deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.

Décimo. Ordenar al liquidador de la sociedad concursada que proceda a ajustar la contabilidad de la deudora de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.

Décimo primero. Advertir al liquidador que de acuerdo con lo señalado en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la ejecutoria de esta providencia comienza a correr el término para la enajenación de los activos de la concursada, cuyo inventario y avalúo están siendo objeto de aprobación con esta providencia.

Décimo segundo. Advertir al liquidador que una vez Terranum Corporativo S.A.S., ponga a disposición los recursos que están en su poder, allegue el acuerdo de adjudicación de bienes de que trata el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, incluyendo los demás activos o el producto de su venta.

Décimo tercero. Otorgar a la DIAN un término de un mes contado a partir de la firmeza de este auto, para establecer la certeza de las obligaciones condicionales, so pena de rechazo".
Proferida la providencia se presentaron las siguientes solicitudes:

1. Aclaraciones:

La apoderada de Terranum pide que se le recuerde si se otorgó plazo alguno para devolver los recursos por parte de su representada. (Se indicó cual fue el término otorgado). Luego de esto, solicitó que se otorgue un término superior por las dificultades que pueden existir para que su representada disponga de esa suma de dinero, en el término dado, además de ser Terranum el acreedor más afectado en esta liquidación.

Resuelve el Despacho poner de presente que la decisión ya está en firme, sin embargo, no desconoce las razones informadas por la apoderada, por lo que se le sugiere hacer esa solicitud formalmente fuera de audiencia para que el Despacho la decida por auto que se notificará en estados.
No hay más solicitudes de aclaración.

2. Recursos.

1. Apoderada de Terranum

a. Solicitó que por la similitud de la situación de las garantías mobiliarias entre este proceso y el de Ekko Promotora, las alegaciones y los planteamientos del Despacho sean pasadas a este proceso, el Despacho accedió.

b. Reitera la solicitud de revocatoria de la providencia del Despacho, enatizando que el Despacho debe revocar la providencia, porque la retención en garantía no es el Depósito de que trata el artículo 1173 del C.Co., y el dinero propiamente no era del acreedor, es decir que las normas del artículo 4 de la Ley 1676, que señalan la exclusión, no son aplicables en este caso. No hay en ninguna parte del expediente prueba de que Terranum hubiera hecho depósitos en garantía y contable y jurídicamente como se señaló en el proceso de Ekko Promotora, el concepto de retención en garantía es diferente al concepto de depósito del acreedor.

c. Señaló que encuentra extraña la manifestación del juez, cuando dijo que para el contrato de garantía se requiere un contrato independiente, hay cláusula en este contrato principal, y la cláusula 7 del contrato es totalmente clara, respecto a que es una retención en garantía y respecto a cómo se hace y se aplica la garantía, no cree que se requiera contrato adicional de ninguna clase para que se reconozca la garantía como tal. La Ley 153 de 1887 es muy clara, el Despacho no puede hacer interpretaciones extensivas de una norma que establece una prohibición o una exclusión de un régimen legal, el Despacho tampoco puede usar interpretaciones extensivas para dar a los contratos un efecto o régimen legal aplicable, según el régimen de los contratos, expresamente cuando las clausulas son claras no se pueden dar interpretaciones que van más allá del querer contractual de las partes de acuerdo a lo que hicieron propiamente.

Adicionalmente, el señor juez es del concurso pero no el del contrato, por los que debe estarse al texto del mismo y no a interpretaciones que para efectos son distintas a la alegadas, en este contrato las cláusulas 7.05 y 7.06 del contrato de Prebuild Construcciones y Servicios, celebrado con Terranum son totalmente claras respecto a que es una garantía del 5% sobre el valor total del pago respectivo, garantía que retiene la sociedad Terranum, como contratista.

d. Tampoco está de acuerdo con la interpretación respecto a que el registro de la garantía ha debido hacerse dentro de los seis meses siguientes al Decreto reglamentario, porque las garantías son de cuantías ciertas, no hay garantías, en este caso de dinero, abiertas, es que esta es una garantía de dinero y como tal no puede dejarse abierta y por esta razón una vez se concretara la garantía “era la obligación de hacer”. Reitera que el plazo para solicitar la exclusión que señala el señor Superintendente, que fue hecho extemporáneo por anticipación, está por fuera de todo concepto procesal, pues cuando se presenta con la solicitud de reconocimiento de la garantía la solicitud de exclusión, lógicamente se debe tener en término, no presentada extemporánea por anticipación como lo dijo el Señor Superintendente, lo que debe ser también rectificado. Por lo demás, reitera lo ya manifestado en el proceso de Ekko y en el memorial al que se allegó cuando

presentó la objeción, para que haga parte de esta reposición.

En traslado el recurso de reposición presentado por la apoderada de Terranum, no hubo intervenciones de los asistentes.

2. DIAN

El comisionada de la DIAN interpuso recurso de reposición contra el proveído de esta audiencia, destacó que es posible que se haya confundido la argumentación que se esgrimió para la audiencia de Ekko, que no tiene que ver con esta, por cuanto se presentaron los créditos en la oportunidad procesal, allí anexó la certificación de deudas de plazo vencido, por lo que no debe allegar los títulos y expuso las sumas reclamadas.

La línea jurisprudencial de este Despacho siempre ha sostenido que la sanción acrecienta el capital, por lo que se cometió un error al calificar la sanción como crédito de quinta clase.

Habló de las retenciones presentadas sin pago. También se refirió a una investigación fiscal en contra de la deudora, por renta de 2013, que dice, debe reconocerse como condicional de primera clase.
En traslado del recurso no hubo intervenciones.

Para resolver los recursos de consideró:

1. Terranum

En realidad lo que el Despacho hizo respecto de la fuente de la garantía mobiliaria fue sencillamente referirse al artículo 9 del estatuto de garantías, que establece los medios de constitución y la prelación de las mismas, es decir, el Despacho no podría exigir que se constituya un contrato de garantía ex professo, diseñado especialmente para que cumpa la condición de garantía mobiliaria, lo que sí es cierto es que la ley de garantías estableció a partir de su vigencia que la garantía deja de ser un negocio accesorio y es un contrato principal, sin que obre en un documento especialmente estructurado para el efecto, o que obre, como en este caso en una cláusula, eso no ha estado nunca en discusión, la cláusula cumple función de garantía sin ningún problema y es pasible de ser registrada si cumple los requisitos de oponibilidad, en ese caso será perfectamente eficaz. De manera que no se advierte una interpretación extensiva ni se está el Despacho estableciendo requisitos que no están en la ley, sencillamente se llamó la atención del carácter principal del negocio de garantía.

Respecto del cargo de que el juez del concurso no es el juez del contrato, este es un asunto bien delicado, sobre el que conviene hacer las siguientes precisiones: las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales tiene un ámbito competencial bastante restringido, en efecto, este juez no es el juez de los contratos, ni de fiducia, ni de garantía, ni de obra, ni de prestación de servicios, pero a veces se le impone al operador el deber de interpretar, en este caso específico, una cláusula del contrato, porque ese es el negocio de garantía que se pretende exigir en sede concursal al amparo de la ley de garantías, entonces, por supuesto no puede sustraerse el Despacho de auscultar el alcance de esa disposición contractual, como ocurre también con las cláusulas penales, como se ha resuelto. Por supuesto que es necesario determinar si la cláusula penal tiene función resarcitoria o sancionatoria, porque de esa calificación dependen los efectos que se siguen, si es una cláusula meramente sancionatoria, se trata de una sanción contractual, aquellas cuya suerte concursal está expresamente determinada, de manera que no se considera que sea un exceso o un ejercicio extensivo, o un ejercicio ilegal en el sentido de ausencia de competencia para ello por los pronunciamientos que haga el Despacho sobre precisos términos, lo que no puede el Despacho es decir si se cumplió o incumplió el contrato o interpretar el contrato como un todo, por supuesto que eso excede el ámbito de decisión de esta Delegatura, pero no puede sustraerse, de qué otra manera entonces se podría determinar si una sanción es contractual o no, o si una cláusula de un contrato es un negocio de garantía oponible en el concurso o no, es necesario hacer esa aproximación.

En cuanto al argumento según el cual en esta precisa garantía contractual, esa garantía no era exigible, no era efectiva no se había operativizado para el momento que cobró vigencia la ley sobe garantías mobiliarias, por lo tanto para efectos del concurso solo se volvió cierta o exigible o cobró efectividad u operatividad en el momento en que se tuvo certeza sobre los bienes o sobre la cantidad de dinero efectivamente requerida y una vez se verificó el incumplimiento Que solo a partir de ahí se entiende configurada la garantía y que por lo tanto en esa línea de razonamiento no le era exigible el registro anterior durante los seis meses que previó la ley.

Esa interpretación tampoco tiene vocación de prosperidad porque en realidad la garantía quedó perfeccionada cuando se suscribió el contrato, es una garantía que para efectos del estatuto contenido en la Ley 1676 es una garantía preexistente porque se perfeccionó, nació a la vida jurídica antes de que entrara en vigor esta normativa, de manera que, no es admisible el razonamiento o la propuesta de interpretación, según la cual, dicha garantía habría quedado sometida a una condición suspensiva y que esa condición fuera precisamente el incumplimiento o la determinación del objeto, no es así porque no está previsto de esa manera en

la literalidad de la norma, la cláusula de ese contrato de construcción no dice que la garantía solo se entenderá efectiva a partir de que se verifiquen determinadas condiciones.

Dicho esto, tampoco es de recibo el argumento según el cual, la garantía no puede dejarse abierta o en cuantía indeterminada, ese fue de hecho uno de los grandes cambios de la ley de garantías mobiliarias, justamente superar esas rigideces que traía el ordenamiento mercantil previo, sobre la determinación del objeto dado en prenda, por supuesto que es perfectamente posible y lícito que se constituyan garantías sobre objetos indeterminados pero determinables, que se pueda sustituir la garantía y que se trate de bienes que no existen incluso al momento de la estructuración del negocio.

Finalmente a lo que se refiere a la extemporaneidad por anticipación, lo que dijo este Despacho cuando se resolvió ese punto, en la parte inicial de la audiencia, fue lo siguientes:

Una cosa es poder solicitar la exclusión al amparo de las normas de régimen de garantías, y otra cosa es la oportunidad a partir de la cual el Despacho se puede pronunciar sobre esa solicitud. Es que respecto de la providencia anterior se había dicho que era falta de motivación el que no se hubiera resuelto, en ese punto se dijo, que no podía el Despacho resolver en ese momento porque la norma expresamente dice que solo se puede resolver sobre las solicitudes de exclusión, una vez estén en firme la calificación y la graduación de créditos, la asignación de derechos de voto y el inventario valorado. Entonces, lo que se estaba solicitando de manera extemporánea por anticipación era un pronunciamiento al Despacho, nada ha dicho el Despacho sobre la extemporaneidad de la solicitud, fue debidamente presentada, en efecto son seis meses para hacerlo, pero solo se puede resolver a partir de la firmeza de los proyectos, de manera que como se estaba exigiendo la resolución previa de la solicitud de exclusión, el Despacho se negó, por eso se dijo que había falta de motivación, la cual fue desvirtuada puntualmente en esos términos.

2. Respecto del recurso de reposición formulado por la DIAN.

El Despacho relacionó las obligaciones reclamadas, advirtiendo la presentación extemporánea del crédito por impuesto de renta 2013, originado en un proceso de fiscalización presentado con posterioridad al vencimiento del término para presentar créditos.

El Despacho reconoció todos los créditos, pero varió la calificación que se les hizo a algunos de ellos. En lo que tiene que ver con la última solicitud, de febrero de 2016,

que es por supuesto abiertamente extemporánea, el Despacho la reconoce como fiscal de primera clase condicional y extemporánea.

En lo que tiene que ver con la graduación que se hizo de la sanción y de los intereses, el Despacho debe hacer la siguiente precisión: en efecto en este y en otros puntuales aspectos el Despacho, ha sometido a revisión sus decisiones, algunas de esas benefician a algunos acreedores, otras no, en ultimas el Despacho lo hace con la intención de acertar y de fijar reglas claras en materia concursal y en ese sentido se han tomado determinaciones como las que tienen que ver con los intereses y demás. Respecto de las sanciones de carácter tributario, se ha dicho, en efecto, en una línea de decisión bastante extendida, que por el hecho que el acreedor de esa sanción es la DIAN, se debía considerar que se trata de un crédito fiscal de primera clase, de aquellos previstos en la norma del estatuto sustancial, sin embargo, revisando el alcance real de esa norma, el Despacho ha concluido también, y lo ha hecho ya en repetidas oportunidades, primero en reorganización y después en liquidación, que la sanción que se expida con base en normas tributarias no es un crédito que se deba por impuestos, sino por el ejercicio del ius puniendi del Estado, y el hecho de que esa sanción no tenga origen en una deuda propiamente tributaria, es decir, por concepto de impuesto, tasa o contribución, no debe estar en primera clase, debe estar en quinta clase y por supuesto que eso implica una ruptura respecto de la línea de decisión precedente, eso no significa que las decisiones anteriores sean ilegales, la Corte Constitucional se ha empeñado a fondo en determinar los efectos de los cambios o de las variaciones en los precedentes judiciales y ha dicho que es perfectamente lícito variar de posición, siempre que se agoten ciertas cargas: I) la carga de transparencia y II) la carga de argumentación. La carga de transparencia consiste en dejar expresa la posición del Despacho, en el momento en que se genera el cambio de precedente, ilustrar a los usuarios de la administración de justicia sobre cuál es el estado actual de las cosas; y la carga de argumentación se traduce en la justificación o elaboración de la argumentación que soporta la variación en la jurisprudencia.

En este caso en particular, así como en otras oportunidades, también respecto de créditos de carácter tributario, se le ha concedido la razón a la DIAN en lo que tiene que ver con el reconocimiento de los intereses de mora, la necesidad de la calificación de todo lo que se haya causado por intereses de mora, en lo que tiene que ver con las sanciones, el Despacho lo que ha dicho es que la norma se contrae a decir que los créditos fiscales y los de las municipalidades por impuestos, tal vez una coma hubiera solucionado mejor el tema para determinar si eso “por impuestos” se refiere a los de las municipalidades y a los de las autoridades fiscales, o si la norma se refiere a los créditos de las autoridades fiscales de cualquier naturaleza, coma, y a los de las municipalidades por impuestos, caso en el cual cabría hacer la

distinción. Parece una sutileza, pero evidentemente no lo es, y aquí está la prueba de ello.

Este Despacho ha considerado que lo que tenga que ver con sanciones, como el origen del crédito no es el impago de un impuesto, no es el concepto mismo del impuesto, como los que se calificaron en este caso como ciertos o condicionales, escapa a la graduación en primera clase, lo que tenga que ver con sanciones entonces va a la quinta clase, porque el origen no es el impuesto sino el ejercicio del ius puniendi, como resultado de un procedimiento sancionatorio. Por supuesto, no puede ser postergada porque no es una sanción convencional, sino legal, debe quedar efectivamente graduada pero en quinta clase.

Dicho lo anterior los créditos de la DIAN se reconocen: los que se solicitaron como ciertos o de plazo vencido por 57 millones, más lo que se solicitó por impuesto como condiciona por 219 millones en primera clase. Lo que tiene que ver con las sanciones, una por dos mil pesos cierta, y la que se reclama como condicional por 219 millones quedan reconocidas, la primera como cierta y la segunda como condicional las dos en quinta clase, y los intereses en ambos casos quedan reconocidos en primera clase, pero como postergados por expresa disposición legal, en el caso del crédito reclamado en febrero de 2016 el crédito queda reconocido como de primera clase fiscal extemporáneo.

Quedan entonces resueltos los recursos, por lo que la parte resolutiva de la providencia queda así:

Resuelve

Primero. Aprobar las conciliaciones realizadas por el liquidador, así como los allanamientos a que se refirió en esta audiencia.

Segundo. Desestimar las objeciones presentadas por la DIAN y por Terranum Corporativo.

Tercero. Desestimar los recursos de reposición interpuestos contra la providencia proferida en audiencia.

Cuarto. Por los ajustes realizados en esta audiencia, modificar los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto remitidos por el liquidador, así como el inventario valorado.

Quinto. Reconocer los créditos a cargo de la concursada:

Primera clase - Entidades públicas			
No. crédito	**Acreedor**	**Valor reconocido**	**Valor reconocido**
1	DIAN - RENTA 2012	43.232.000	39.527.000
1	DIAN - IVA 2014-5, 2014-6, 2015-2	22.893.000	18.307.000
1	DIAN - RETENCIÓN EN LA FUENTE 2014-12, 2015-3, 2015-4	421.511.000	196.027.000
1	DIAN - RETENCIÓN CREE 2014-10	52.808.000	23.566.000
		540.444.000	**277.427.000**

Quinta clase - Demás acreedores			
No. crédito	**Acreedor**	**Valor reconocido**	**Valor reconocido**
2	LABORATORIOS CONTECON URBAN S.A.S.	54.494.501	54.494.501
3	ALMAVIVA S.A.	55.779.741	51.563.560
4	ALMAVIVA GLOBAL CARGO S.A.S.	11.490.029	10.133.953
5	ARISTA DE COLOMBIA S.A.S.	154.220.224	154.220.224
6	RB HIDRÁULICOS S.A.S.	746.585.348	746.585.348
7	BANCOLOMBIA S.A.S.	399.750.345	353.499.969
8	COVALSA FACTORING S.A.S.	459.186.247	459.186.247
9	GRUPO DICON INGENIERÍA S.A.S.	163.045.773	163.045.773
10	REDES Y PROYECTOS DE ENERGÍA S.A. EMA	196.632.038	196.632.038
11	BANCO DAVIVIENDA (OBLIGACIÓN EN PESOS $)	7.442.608.314	6.774.055.897
11	BANCO DAVIVIENDA (OBLIGACIÓN EN UVR K=58.852.132,04 - I-CTES=506.940,94 - I MORA=686.478)	13.404.820.918	13.138.397.136
12	PHILIPS COLOMBIA S.A.S.	369.309.746	338.512.319

13	TERRANUM CORPORATIVO S.A.S.	-	38.536.058.346
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN COINGPROB LTDA. NIT 900.340.403-8) AUTO 405-017001 DIC 17-2015	24.975.617	24.975.617
15	FACTOR DINERO S.A. (CESION PRODIAMCO S.A.S. NIT 800.160.837-5;)	1.575.380	1.575.380
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN GEOTRANSPORTES S.A.S. NIT 900.113.661-9) AUTO 405-017001 DIC 17-2015	122.005.726	122.005.726
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN PROYECTOS Y DISEÑOS LTDA. NIT 860.062.439-5)	82.500.000	82.500.000
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN LUZ ANGÉLICA SILVA PARDO NIT 52.235.369-0) AUTO 405-017001 DIC 17-2015	3.567.775	3.567.775
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN EQUIPOS Y SERVICIOS S.A.S. NIT 860.045.058-0) AUTO 405-017045 DIC 17-2015	8.250.000	8.250.000
16	BANCO CORPBANCA S.A.	22.779.361.915	19.944.607.218
18	SEGURIDAD CANINA DE COLOMBIA - SECANCOL LTDA.	72.810.164	72.810.164
19	INGENOVA ING S.A.S.	234.015.028	234.015.028
20	S2R INGENIEROS S.A. - ZOFRANDINA ADICIONALES	242.248.936	242.248.936
20	S2R INGENIEROS S.A. - ZOFRANDINA	299.395.746	299.395.746
20	S2R INGENIEROS SA - ZOFRANDINA FASE 1	115.519.402	115.519.402
20	S2R INGENIEROS SA - FASE 2	70.086.946	70.086.946
22	G&J FERRETERÍAS S.A.	88.854.114	75.745.352
		47.752.995.613	**82.273.688.601**

Créditos postergados artículo 69 ley 1116 de 2006		
No. crédito	**Acreedor**	**Valor reconocido**
1	DIAN - RENTA 2012	3.705.000
1	DIAN - IVA 2014-5, 2014-6, 2015-2	4.586.000
1	DIAN - RETENCIÓN EN LA FUENTE 2014-12, 2015-3, 2015-4	225.484.000
1	DIAN - RETENCIÓN CREE 2014-10	29.242.000
3	ALMAVIVA SA	4.216.181
4	ALMAVIVA GLOBAL CARGO S.A.S.	1.356.076
7	BANCOLOMBIA S.A.	46.250.376
11	BANCO DAVIVIENDA (OBLIGACIÓN EN PESOS $)	668.552.417
11	BANCO DAVIVIENDA (OBLIGACIN EN UVR K=58.852.132,04 - I-CTEs=506.940,94 - I MORA=686.478)	266.423.782
12	PHILIPS COLOMBIA S.A.S.	30.797.427
13	TERRANUM CORPORATIVO S.A.S.	8.840.910.000
16	BANCO CORPBANCA S.A.	2.834.754.697
22	G&J FERRETERÍAS S.A.	13.108.762
		12.969.386.718

Créditos extemporáneos				
No. crédito	**Acreedor**	**NIT**	**Valor econocido**	**Valor econocido**
14	SK RENTAL S.A.S.	900.573.927	34.040.160	34.040.160
17	AQSERV S.A.S.	830.045.040	183.661.542	183.661.542
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN MADERAS LA ESPERANZA NIT 19.141.065-2) AUTO 405-004763 MAR 29-2016	900.151.196	3.600.240	3.600.240

15	FACTOR DINERO S.A. (CESION CMX Y/O MEDISUMA LTDA NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	5.582.546	5.582.546
15	FACTOR DINERO S.A. (CESION AP POSTE MEDICNA EU NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	20.332.634	20.332.634
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN S2R INGENIEROS S.A. NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	127.332.192	127.332.192
15	FACTOR DINERO S.A. (CESIÓN AQSERV SAS NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	102.390.202	102.390.202
15	FACTOR DINERO S.A. (WVR INGENIERÍA S.A.S. NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	165.954.469	165.954.469
15	FACTOR DINERO S.A. (DISMEC SAS NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	214.940.251	214.940.251
15	FACTOR DINERO S.A. (CONCRELAB SAS NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	2.896.360	2.896.360
15	FACTOR DINERO S.A. (PRISMA ACABADOS S.A.S. NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	8.471.287	8.471.287

15	FACTOR DINERO S.A. (GUIO EQUIPOS Y SERVICIOS LTDA NIT -) AUTO 405-006670 ABR 21-2016	900.151.196	705.280	705.280
19	CEMEX COLOMBIA S.A.	860.002.523	804.351.132	804.351.132
20	TECNIHIDRÁULICA GUIBAR - GUILLERMO BARBOSA	19.313.871	3.222.714	3.222.714
Terranum corporativo				**$1.019’523.644** **1.677.481.009**

Sexto. Señalar los derechos de voto en un voto por cada peso de cada acreencia cierta.

Séptimo. Aprobar el inventario de los bienes de la sociedad, así:

Tipo de activo	Tenedor	Valor
Título de depósito judicial	Supersociedades	$705.064.112,00
Título de depósito judicial	Supersociedades	$7.100.000,00
Dinero Terranum Corporativo S.A.S.	Terranum Corporativo S.A.S	$5.580.897.692
Total inventario		**$6.293.061.804,00**

Octavo. Advertir a las partes que deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.

Noveno. Ordenar al liquidador que ajuste la contabilidad de la deudora de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.

Décimo. Requerir al liquidador, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, ajuste la caución judicial presentada de acuerdo al inventario aquí aprobado, la cual debe reunir los requisitos establecidos en la Resolución 100-00867, y además amparar su gestión como secuestre de los bienes de la concursada

Décimo primero. Advertir a las partes que deberán estarse a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 en lo relacionado con los intereses.

Décimo segundo. Ordenar al liquidador de la sociedad concursada que proceda a ajustar la contabilidad de la deudora de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.
Décimo tercero. Advertir al liquidador que de acuerdo con lo señalado en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la ejecutoria de esta providencia comienza a correr el término para la enajenación de los activos de la concursada, cuyo inventario y avalúo están siendo objeto de aprobación con esta providencia.

Décimo cuarto. Advertir al liquidador que una vez Terranum Corporativo S.A.S., ponga a disposición los recursos que están en su poder, allegue el acuerdo de adjudicación de bienes de que trata el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, incluyendo los demás activos o el producto de su venta.

Décimo quinto. Otorgar a la DIAN un término de un mes contado a partir de la firmeza de este auto, para establecer la certeza de las obligaciones condicionales, so pena de rechazo.

Notificado en estrados,

En firme la calificación y graduación, procede el Despacho a resolver sobre la solicitud de exclusión formulada por Terranum en aplicación de la Ley 1676, que se excluya del inventario la suma indicada y que se adjudique a su representado, solicitud que se torna improcedente como quiera que este es un privilegio concursal que se otorga solamente a aquellos acreedores que haya sino reconocidos como garantizados bajo el régimen de la Ley 1676 de 2013 y en este caso como tuvo ocasión de resolverlo el Despacho, esta calificación no le corresponde a este acreedor y en dicha virtud se niega la solicitud en exclusión.
Esa decisión queda notificada en estrados.

A las 5:50 pm, Se dio por terminada la audiencia, y en constancia firma quien la presidió.

Auto N° 400-008996 de 08 de Junio de 2016	
Sujeto del proceso	Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda., en liquidación judicial
Asunto	Ajuste hermenéutico garantía mobiliaria sobre bienes inmuebles- vigencia de la Ley 1676 de 2013

Consideraciones del despacho

1. El recurso de reposición cumple con los requisitos previstos en el artículo 318 C.G.P., en cuanto a la legitimación, oportunidad y sustentación, razón por la cual corresponde analizar los argumentos expuestos con miras a determinar si en la providencia atacada incurrió en algún error que haga prosperar la pretensión de la impugnación.

2. La decisión atacada se basó en que no se había configurado una situación jurídica consolidada respecto de la titularidad del derecho de dominio sobre los inmuebles cuya exclusión se pidió, porque el acreedor nunca devino propietario, y ello permitió revocar el título (providencia judicial), por ser manifiestamente contrario a derecho.

3. Afirmó esta agencia judicial que no podía permitir la adquisición del derecho mediante la aplicación indebida del estatuto de garantías y que tanto la deudora como sus acreedores tienen derecho a que la insolvencia se tramite según las reglas vigentes al momento en que se hizo la respectiva disposición patrimonial.

4. Para el recurrente, con la decisión de exclusión se habría consolidado un derecho adquirido, como quiera que el juez verificó el cumplimiento de las condiciones y dispuso lo pertinente sobre los bienes que ya no harían parte del patrimonio.

5. Sin embargo, esta proposición es incompatible con la naturaleza de los bienes comprometidos en la solicitud. En efecto, en el concurso liquidatorio la conformación de la masa activa es elemento esencial para lograr la finalidad de pago del proceso a los acreedores reconocidos, hasta concurrencia de esta; y por ello la realidad jurídica de los bienes afectos al patrimonio liquidable, es la base para que el liquidador pueda programar el esquema de pago del pasivo. Por tanto, mientras un bien no salga de la órbita de propiedad de la concursada y no se transfiera mediante la conjunción del título y el modo, sigue en cabeza de la sociedad en concurso e integra la fuente de pago, en virtud de la aplicación del principio de universalidad objetiva contemplado en el artículo 4.1 de la ley de insolvencia.

6. Según esto, y contrario a lo que afirma el acreedor recurrente, a su esfera patrimonial, en realidad, no ingresaron los activos de marras. En efecto, la mera

orden de exclusión de los veintitrés inmuebles de la masa liquidable no comporta transferencia del derecho de dominio ni, por tanto, situación jurídica consolidada.

7. Para que opere la trasferencia de derechos reales, debe existir consecutividad entre existencia del título y la ejecución del modo: *"En el ordenamiento patrio el título no trasfiere por sí mismo el dominio. Por su puesto que este únicamente genera para el acreedor el derecho a obtener la propiedad del bien que constituya el objeto de la prestación y para el deudor de hacer la tradición prometida, tradición que deviene entonces como aquella convención que hace efectiva la trasferencia debida mediante la entrega que del bien hace el dueño al acreedor (…) si de inmueble se trata, aquella se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (…)".*[89]

8. Si bien se ordenó la exclusión de bienes, el modo no se había verificado cuando se produjo la providencia censurada. Lo dicho hasta aquí es suficiente para desestimar el argumento según el cual el Banco Colpatria era titular de un derecho adquirido desde el momento en que se accedió a la exclusión de los bienes del inventario.

9. Sobre la supervivencia de la decisión de exclusión de bienes, es preciso indicar que dicha orden obedeció a una errada interpretación del Despacho sobre la aplicación de la Ley 1676 de 2013 frente a hipotecas constituidas antes de su vigencia. En la medida en que se ajustó la hermenéutica y toda vez que no se consolidó una situación jurídica a partir del yerro interpretativo, no podía menos este operador que recoger su decisión, que repelía el recto entendimiento del estatuto de garantías.

10. En consecuencia, si bien es cierto en la providencia recurrida no se mencionó explícitamente que al revocar la orden de transferencia quedaba revocada la decisión de exclusión de bienes del inventario valorado, proferida en audiencia de resolución de objeciones en sesiones de 10 de marzo y 23 de noviembre de 2015, también lo es que la revocatoria de la orden de transferir el dominio por las razones que se adujeron en la providencia, supone necesariamente la ineficacia judicial de la orden de exclusión, que no puede subsistir en detrimento de los demás acreedores. Por tanto, lo que se predicó con la revocatoria fue la salvaguarda del principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en tanto que las decisiones de exclusión y transferencia se apartan de la órbita jurídica que regula la eficacia de las garantías reales en los procesos de liquidación judicial, consagrada en el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013.

11. De mantenerse dicha decisión, no solo se vulneraría la finalidad del régimen

---

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 23 de mayo de 2002, Expediente 6277.

judicial de insolvencia, que para el caso del proceso de liquidación judicial es la realización pronta y ordenada del patrimonio del deudor, buscando su mayor y mejor aprovechamiento, y especialmente salvaguardar la prenda general de los acreedores.

12. Así, al ser inaplicable el régimen de la Ley 1676 de 2013, priman las reglas de la Ley 1116 de 2006 y en consecuencia, al no existir una causa de las señaladas en este régimen para exclusión de bienes, los 23 inmuebles hipotecados a Colpatria, deben permanecer en el inventario del patrimonio liquidable como fuente de pago a todos los acreedores, en respeto al principio de universalidad objetiva que orienta el concurso de acreedores.

13. La revocatoria del Auto 400-000232 de 7 de enero de 2016, está soportada en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que las únicas providencias que constituyen leyes del proceso, por hacer tránsito a cosa juzgada, son las sentencias, y que los autos, por ejecutoriados que se hallen, si son ilegales no pueden considerarse como tales y por tanto, no vinculan al juez y las partes. Al respecto ha sostenido que "(...) los autos aún firmes no ligan al juzgador para proveer conforme a derecho, pudiendo por ende apartarse de ellos cuando quiera que lo resuelto no se acomode a la estrictez del procedimiento. Así por ejemplo, refiriéndose a estos autos expresó que la Corte no puede quedar obligada por su ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebrantos de normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a asumir una competencia de que carece, cometiendo así un nuevo error."[90]

14. En punto a la supuesta aplicación del precedente cuando en el proceso ya existía una decisión y la nueva interpretación del Despacho que citó en la providencia fue posterior a aquella, es necesario reiterar que la cita se hizo para ver que en este caso no se estaba frente al supuesto quinto de la providencia, esto es, que existiera una situación jurídica consolidada. Como se dijo, no existe tal situación consolidada. En consecuencia, no es acertado el argumento según el cual la decisión se basó en la aplicación de un precedente que no existía para el momento de la providencia atacada.

15. Así las cosas, como la constitución de la hipoteca a favor del Banco Colpatria se hizo antes de la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, esto es, antes del 21 de febrero de 2014, no era dable excluir de la masa liquidable los bienes afectos a la garantía ni ordenar su entrega a la entidad bancaria. Luego, la decisión del juez en sede de insolvencia no hace referencia a fechas de expedición de providencias, sino de situaciones jurídicas respecto de los bienes de la concursada, y bajo las

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de octubre de 1988.

reglas del estatuto de insolvencia, los inmuebles hacen parte del inventario y no existe causal para su exclusión del patrimonio liquidable.

16. En este orden de ideas, se reitera que la inaplicación del régimen de ejecución de garantías mobiliarias no será posible a aquellos negocios jurídicos que hayan sido celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013; en el caso de estudio, esta se constituyó antes de la entrada en vigencia de la citada ley, y el derecho real de dominio a favor del acreedor hipotecario no se había consolidado.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado Para Procedimientos de Insolvencia

Resuelve

Primero. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A., mediante memorial 2016-01-101324 de 15 de marzo de 2016.

Segundo. Aclarar que la decisión adoptada en el numeral segundo del apartado resolutivo del Auto 400-003820 de 9 de marzo de 2016, supone la revocación de la orden de exclusión de bienes adoptada en audiencia de 10 de marzo y 23 de noviembre de 2015.

Auto 400-005775 de 15 de Abril de 2016	
Sujeto del proceso	Datapoint de Colombia S.A.S., en liquidación judicial.
Asunto	Fiducia fuente de pago y garantía, exclusión de bienes.

Consideraciones del despacho

De acuerdo con el artículo 318 C.G.P., el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, para que se revoquen o reformen siempre que se interpongan dentro de los tres días siguientes a su notificación, cuando la decisión no haya sido adoptada en audiencia. En el presente caso, el auto recurrido fue notificado en el estado No. 415-000246 de 30 de diciembre de 2015, por lo que los recursos fueron presentados dentro del término previsto, siendo procedente su trámite.

Para efectos de método, esta providencia se referirá a los recursos agrupados de acuerdo con la decisión que se ataca, para abordar luego las solicitudes de aclaración y complementación.

a) Sobre la decisión de excluir de la masa de los bienes que a la fecha de la apertura se encontraban en el patrimonio autónomo denominado FC – Datapoint HPFS

1. Esta decisión se adoptó con base en lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, que fija determinadas circunstancias en las que se deben separar de la masa, bienes que aparentemente serían de propiedad de la sociedad en insolvencia.

2. Dentro de dichas hipótesis, la ley expresamente indica que serán excluidos del activo aquellos bienes que hayan sido transferidos a fiducias con fines de garantía para satisfacer los derechos de los beneficiarios. Esta situación fue reglamentada en su momento por el Decreto 1038 de 2009, hoy incorporado al Decreto 1074 de 2015.

3. Así, el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009 (actual artículo 2.2.2.12.12 del Decreto 1074 de 2015) expresamente estableció cuales contratos de fiducia de garantía son objeto de la exclusión, resultando que deben reunirse dos requisitos de procedibilidad a saber, (I) que hayan sido inscritos en el registro mercantil y (II) que estén conformados por bienes usados por el deudor para obtener financiación.

4. En la providencia impugnada, luego de un análisis profundo, se llegó a la conclusión de que el patrimonio autónomo denominado FC – Datapoint HPFS, cumplía con los requisitos enunciados y por lo tanto, procedía su exclusión. Ahora bien, lo que se

discute son los alcances de dicha decisión, en cuanto los recurrentes coinciden en que ésta no puede limitarse a los bienes que estaban en el patrimonio a la fecha de la apertura de liquidación, sino que debe abarcar todos los bienes afectos al contrato, así no hayan ingresado al patrimonio autónomo aún.

5. Una vez leídos los argumentos, se plantea el siguiente problema jurídico: ¿La decisión de exclusión de bienes transferidos a una fiducia en garantía, debe extenderse a todos aquellos bienes que estaban destinados a hacer parte de dicho patrimonio, según el objeto del contrato, o únicamente a aquellos que al momento de la apertura estaban incorporados al patrimonio autónomo?

6. Para resolver el problema, es preciso recordar lo dispuesto por el artículo 50.7 de la Ley 1116 de 2006, el cual expresamente establece, como uno de los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial, la terminación de pleno derecho de los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor para garantizar obligaciones propias y de terceros con sus propios bienes. Así las cosas, no le asiste la razón a los recurrentes cuando indican que el contrato no puede terminar de forma inmediata en el momento de apertura del proceso de insolvencia, pues precisamente esto es lo que prevé la norma.

7. Por lo tanto, no queda duda de que el patrimonio autónomo no puede recibir bien alguno luego de la apertura de la liquidación, siendo este el término de corte sobre la estimación de dichos bienes. Esta conclusión se impone, incluso, a pesar del objeto del contrato, el cual eventualmente puede llegar a no cumplirse como consecuencia de la insolvencia, sin que le sea dado al acreedor beneficiario pretender extender la vida del contrato para ver por el pago de las prestaciones pendientes. Una interpretación en este sentido haría nugatorias las normas enunciadas.

8. Ahora bien, en claro que los contratos de fiducia terminan por ministerio de la ley, es evidente que el fideicomitente, quien deja de serlo, es el titular de los bienes que iban a ser transferidos al patrimonio autónomo, pues no se puede olvidar que el juez del concurso autorizó a la sociedad en liquidación para seguir ejecutando varios contratos, dentro de los que estaba aquel cuyos derechos económicos fueron cedidos. Luego, si el patrimonio autónomo no puede continuar teniendo la calidad de cesionario, naturalmente las sumas de dinero que produzca la ejecución del contrato deben ir a la sociedad en liquidación.

9. Análisis diferente merecen los bienes que al momento de la apertura del proceso estaban en el patrimonio autónomo, los cuales ya no eran de propiedad de la sociedad fideicomitente.

10. En este orden de ideas, no es válida la conclusión a la que llegan los recurrentes en el sentido de pretender que se transfieran al patrimonio todos los bienes derivados de los derechos económicos cedidos, pues según lo expuesto, desde la apertura del proceso de liquidación, el contrato de fiducia terminó. Pretender la indivisibilidad de la prestación en un contrato de tracto sucesivo o de prestaciones periódicas no es consecuente con la naturaleza misma de las prestaciones concernidas, que son de dar sumas de dinero.

11. En efecto, no es cierto que los derechos económicos sean un bien indivisible, pues por el contrario, dada la naturaleza del contrato celebrado, estos derechos se pagaban sucesivamente a medida que se ejecutaba el contrato con la Fiscalía General de la Nación. Al terminar la fiducia, los derechos se devuelven a su dueño, esto es a la sociedad en insolvencia.

12. Así las cosas, la respuesta al problema jurídico es no. La exclusión no alcanza a todos los bienes que potencialmente harían parte de la fiducia en garantía, en el contexto de la ejecución normal del contrato, sino únicamente a aquellos que al momento de la apertura de la liquidación judicial hubieran sido transferidos al patrimonio autónomo. Esta interpretación tiene sentido a la luz de la prohibición contenida en el artículo 48.2 de la Ley 1116 de 2006, respecto del desarrollo de operaciones de su objeto, así como la indicada en el artículo 50.7 del mismo estatuto, sobre la disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio para realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al proceso.

13. Se insiste en que, contrario a lo afirmado, el contrato de fiducia en mención sí terminó de pleno derecho como efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial y de esta forma, no puede pretenderse exigir el cumplimiento de todo su objeto.

14. De acuerdo con lo expuesto, se desestimarán los recursos que tenían por finalidad dejar sin efecto la decisión de exclusión de los bienes autónomo denominado FC – Datapoint HPFS, en las condiciones enunciadas en la providencia de 28 de diciembre de 2015. De igual forma, se confirmarán las decisiones derivadas de la instrucción anterior, particularmente en cuanto a la orden dirigida a la Fiscalía para que entregue los recursos causados con posterioridad a la ejecutoria de la apertura del proceso de liquidación judicial, a la sociedad en insolvencia.

b) Sobre la decisión de negar la exclusión de la masa a liquidar de los bienes que están en el patrimonio autónomo FC- Informática- II.

1. Este recurso, de forma particular, está enfocado a que se reconozca que el

contrato de fiducia celebrado sí corresponde a uno de garantía y, por lo tanto, debe ser objeto de la excepción contenida en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.

2. Sobre el tema planteado, sea lo primero advertir que no es verdad que del contrato celebrado ni de su otrosí, se desprenda que la fiducia es de garantía. Por lo tanto, no le es dado al Despacho, como pretende el recurrente, interpretar las "intenciones" de los contratantes, máxime cuando esta forma de interpretación solamente procede, según el artículo 1618 del Código Civil, cuando se conoce claramente la intención de los contratantes.

3. En el presente caso, nada en el texto del contrato sugiere que el negocio pretendido corresponda a una fiducia en garantía, no solo por cuanto no fue calificado así por las partes, sino porque ningún apartado de su texto se refiere a esta función negocial. En este sentido, no se cumplen las condiciones de procedibilidad de la exclusión, ampliamente explicadas en la providencia recurrida, por lo que se impone la desestimación del recurso por esta causa.

c) Sobre la consideración del Juez respecto de la falta de competencia para pronunciarse sobre las decisiones adoptadas en el proceso de Reorganización.

1. Al respecto, el Despacho no encuentra en el recurso razón alguna que lo lleve a reconsiderar la posición adoptada, sobre todo teniendo en cuenta que la misma no está contemplada en la parte resolutiva.

2. Si bien es cierto que la Superintendencia tiene la competencia para proteger los bienes de la sociedad deudora, no encuentra el juez la aplicación práctica que se pretende reclamar por el recurrente. Lo anterior en cuanto se trata de confrontar actuaciones de la Fiduciaria Colpatria en el marco del proceso de reorganización, pero sin especificar cuál es el yerro en el que se incurre.

3. Ahora bien, esto no quiere decir que el liquidador no pueda adelantar acciones revocatorias cuando considere que se cumplen los requisitos de procedencia, lo cual, en todo caso, no tiene que ver con la materia a discutir en esta providencia.

4. Dentro de este mismo apartado cabe la solicitud de postergación del crédito del Banco Colpatria, hecha por la apoderada del ex representante legal, pero sin que exista prueba de las razones por las que deba imponerse la sanción, ni sobre la apropiación ilegal, con posterioridad a la apertura, de bienes de la sociedad. Se advierte que la decisión actual implica que la fiduciaria, en su calidad de administradora y vocera, debe devolver a la masa aquellos bienes que hayan

ingresado al patrimonio luego de la apertura del proceso.

5. Sobre los pagos hechos con anterioridad al inicio del proceso, corresponde a los acreedores beneficiarios adelantar las acciones que a su juicio sean necesarias, contra los actos que consideren que no hayan sido apropiados de acuerdo con la finalidad de la fiducia celebrada.

6. Finalmente, en relación con la solicitud de iniciar un incidente de desacato, así como una condena a la Fiduciaria por los perjuicios causados, no queda duda alguna de que esta petición excede la competencia de este Despacho. De acuerdo con lo expuesto, se desestimará el recurso y se confirmará la decisión.

d) Sobre las solicitudes de aclaración respecto de la exclusión de bienes entregados en leasing.

1. El auto recurrido ordenó la exclusión de la masa de los bienes entregados a la sociedad Datapoint de Colombia S.A.S. en liquidación judicial, en virtud de los contratos de leasing celebrados con HP Financial Services (Colombia) LLC Sucursal Colombia y el Banco de Occidente.

2. Sea lo primero indicar, respecto de la petición de la apoderada del ex representante legal de revocar esta exclusión en relación con HP Financial Services, que esta decisión no fue objeto de recurso en tiempo y por lo tanto, no hay lugar a pronunciarse, no siendo el traslado la oportunidad para promover dicha solicitud.

3. Ahora, en cuanto a la solicitud hecha por el Banco de Occidente, sobre la determinación de una fecha para la restitución, valga la pena advertir que el artículo 285 C.G.P. dispone que la aclaración procederá cuando haya frases o conceptos que ofrezcan verdadero motivo de duda. En este caso, la fecha para materializar la exclusión no fue objeto de la decisión, por lo que no procede la solicitud y debe ser rechazada.

4. No obstante, se advierte que corresponde a la gestión del liquidador dar cumplimiento a la orden impartida, siempre bajo los criterios de eficiencia y austeridad y con el mejor aprovechamiento de los bienes y, en la medida de lo posible según el estudio costo beneficio de la situación, dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 1116 de 2006.

5. Por otra parte, sobre la aclaración pedida respecto de la orden dada en el ordinal resolutivo segundo, en relación con los contratos de leasing y la autorización contenida en el Auto 400-001232 de 19 de enero de 2015, tal como se expuso

en las consideraciones de la providencia atacada, ésta tiene como finalidad establecer la procedencia del pago de cánones de arrendamiento como gastos de administración, en virtud de la solicitud hecha por el Banco de Occidente. De esta forma, siendo procedente la aclaración, se advierte que abarca a los contratos de leasing celebrados por la sociedad en insolvencia, con el Banco de Occidente.

e) Sobre la solicitud de aclaración de las fechas de los informes requeridos a Fiduciaria Colpatria en su condición de vocera y administradora del patrimonio autónomo FC-Datapoint HPFS

Siendo procedente la aclaración, en los términos del Código General del Proceso, se advierte que el informe que se presente debe contener todos los movimientos del patrimonio, así como la situación del mismo tanto actual, como a la fecha de la apertura del proceso. Lo anterior con el fin de poder materializar la exclusión ordenada.

f) Sobre la solicitud de aclaración de apartes de los argumentos del Despacho, hecha por la apoderada del exrepresentante legal.

Habiendo definido las circunstancias en las que procede la aclaración, no queda duda alguna de que la solicitud hecha con oficio 2016-01-001213 de 5 de enero de 2016, sobre el numeral 39 de las consideraciones, así como 8 y 9 de los antecedentes, no se refiere a apartes o conceptos de la parte resolutiva, por lo que es improcedente y en este sentido se rechazará, sin ningún pronunciamiento del Despacho.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Fiduciaria Colpatria S.A., HP Financial Services (Colombia) LLC Sucursal Colombia y el Banco de Occidente S.A., respecto de la decisión de excluir de la masa a liquidar los bienes que a la fecha de la ejecutoria de la orden de apertura del proceso de liquidación judicial de la sociedad Datapoint de Colombia S.A.S. en liquidación judicial, se encontraban en el patrimonio autónomo denominado FC-Datapoint HPFS.

Segundo. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Hewlett Packard Colombia Ltda., contra la decisión de negar la solicitud de exclusión de la masa a liquidar de los bienes que se encuentran en el patrimonio autónomo denominado FC – Informática II.

Tercero. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por DLAMF Holdings L.P. (Darby).

Cuarto. Rechazar la solicitud de la apoderada del ex – representante legal de revocar la exclusión de los bienes que hacen parte de contratos de leasing celebrados con HP Financial Services (Colombia) LLC Sucursal Colombia.

Quinto. Rechazar la solicitud de aclaración del Banco de Occidente, sobre la determinación de una fecha para la restitución de los bienes. Advertir que corresponde a la gestión eficiente y austera del liquidador, materializar la orden de restitución de bienes.

Sexto. Aclarar el numeral segundo de la parte resolutiva del Auto 400-017527 de 28 de diciembre de 2015 indicando que la orden de información, abarca rodos los contratos de leasing celebrados con el Banco de Occidente.

Séptimo. Aclarar y complementar el numeral cuarto de la parte resolutiva del Auto 400-017527 de 28 de diciembre de 2015, advirtiendo que el informe del saldo al patrimonio a la fecha de ejecutoria del auto que decretó la apertura del proceso de liquidación y los movimientos, abarca todos los movimientos del patrimonio autónomo, así como la situación actual del mismo.

Octavo. Rechazar la solicitud de aclaración elevada por la apoderada del ex – representante legal respecto del numeral 39 de las consideraciones, así como 8 y 9 de los antecedentes del Auto 400-017527 de 28 de diciembre de 2015, por improcedente.

Noveno. Confirmar en su totalidad el contenido del Auto 400-017527 de 28 de diciembre de 2015, con las aclaraciones efectuadas.

Intervención por captación ilegal de recursos del público

Acta N° 400-002306 de 27 de Noviembre de 2017	
Sujeto del proceso	Elite International Américas S.A.S. y otros.
Asunto	Fraude a la ley en operaciones de captación ilegal.

Acta
Superintendencia de sociedades

Fecha	23 y 24 de noviembre de 2017
Convocatoria	9:45 a.m.
Lugar	Superintendencia de Sociedades
Sujeto del proceso	Elite International Américas S.A.S. y otros
Liquidador	María Mercedes Perry
Expediente	77054

Objeto de la audiencia

Resolución de objeciones, aprobación de la calificación y graduación de créditos e inventario valorado.

A las 9:45 a.m. del día 23 de noviembre de 2017 se dio inicio a la audiencia de resolución de objeciones al inventario y avalúo, calificación y graduación de créditos dentro del proceso de liquidación judicial como medida de intervención de Élite International Américas S.A.S. y otros.

Presidió esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia.

Durante la audiencia se resolvieron los asuntos relacionados con la resolución de objeciones a la calificación y graduación de créditos, a los inventarios valorados y las solicitudes de exclusión de las personas y bienes, de la manera en que quedó consignada en la grabación audiovisual que hace parte integral de esta acta. También se resolvió sobre las solicitudes de exclusión de pagarés-libranza, en los términos que, por la trascendencia del tema, se transcriben a continuación:

“Durante las oportunidades previstas en la ley para presentar objeciones, a la luz de lo resuelto en Auto 400-000491 de 13 de enero de 2017, mediante el cual se recordaron las etapas del proceso de intervención, se recibieron numerosas solicitudes de exclusión de cartera, o de los pagarés-libranza que la incorporan.

En los diferentes memoriales recibidos, los solicitantes alegan ser los dueños o los legítimos tenedores de los títulos valores, para lo cual algunos aportaron los pagarés-libranza originales o en copia, algunos acompañados con la carta de instrucciones diligenciada, otros sin diligenciar; otros allegaron un contrato denominado de *"compraventa de cartera"* y sus anexos o la totalidad de los anteriores documentos.

Durante los días inmediatamente anteriores a la celebración de esta audiencia se recibieron sendos memoriales suscritos por los abogados Luis Hernando Gallo Medina, Carolina Arenas Uribe, Gustavo Cuberos Gómez y Diana Rivera Andrade, que en nombre de sus representados desistieron de las solicitudes de exclusión de pagarés-libranza. El Despacho las aceptará en virtud de lo dispuesto en el artículo 316 del Código General del Proceso.

En lo que respecta a las solicitudes de exclusión restantes, el Despacho presentará las siguientes consideraciones:

Teniendo en cuenta el alto número de solicitudes de exclusión de pagarés-libranza, la complejidad y novedad del tema en los procesos de intervención por captación masiva e ilegal, así como las particularidades del caso concreto, este Despacho hará una serie de consideraciones generales sobre la forma en que debe comercializarse este tipo de bienes y su transferencia, para luego analizar los pormenores de los distintos casos.

Las solicitudes de exclusión de cartera presentadas se fundamentaron en que los solicitantes son sus propietarios, y en dicha medida se les debe respetar su derecho de dominio. Ahora bien, el Despacho encuentra que el cúmulo de los argumentos presentados puede agruparse en tres líneas argumentativas básicas: (I) los pagarés deben ser excluidos por ser los solicitantes sus legítimos tenedores; (II) los pagarés deben ser excluidos en virtud de un contrato de compraventa de cartera en el que los solicitantes fungen como compradores; (III) los pagarés deben ser excluidos por tratarse los solicitantes de cesionarios de la cartera. Para efectos de resolver cada una de las problemáticas, se seguirá el mismo orden que se acaba de indicar.

I. Sobre la calidad de legítimo tenedor de los pagarés-libranza

a. Los pagarés-libranza son títulos valores y se someten a las reglas del derecho cartular.

Como punto de partida, vale notar que no existe, expresamente, en el ordenamiento jurídico colombiano una categoría de instrumento, acto o negocio jurídico que se denomine *"pagaré-libranza"*. Existen, sí, las figuras del pagaré y de la libranza, que

si bien están reguladas de manera independiente, suelen ser combinadas en el tráfico jurídico.

El pagaré es una de las figuras arquetípicas de los títulos valores de contenido crediticio, y consiste en la promesa incondicionada de pagar una suma de dinero, plasmada en un documento, con la totalidad de los requisitos dispuestos en los artículos 621 y 709 del Código de Comercio.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1527 de 2012, la libranza o descuento directo *"Es la autorización dada por el asalariado o pensionado, al empleador o entidad pagadora, según sea el caso, para que realice el descuento del salario, o pensión disponibles por el empleado o pensionado, con el objeto de que sean giradas a favor de las entidades operadoras para atender los productos, bienes y servicios objeto de libranza".*[91]

Para la jurisprudencia *"la libranza es un mecanismo de recaudo de cartera, por medio del cual el deudor autoriza a la entidad con la cual está vinculado laboralmente, para que le descuente de su nómina una cantidad determinada de dinero con miras a amortizar alguna obligación que hubiere adquirido, en un plazo previamente convenido (…) es un compromiso de pago a través de un contrato, contentivo de una obligación incondicional e irrevocable de quien la otorga, de cancelar un valor dinerario a otra persona con los descuentos que autoriza realizar de su nómina"*[92]

De lo anterior se extrae que el pagaré-libranza es un título-valor garantizado con el pacto accesorio de libranza, que con el objeto de "asegurar el cumplimiento de una obligación principal"[93] incorporada en el pagaré, busca garantizarla o respaldarla con un descuento que su empleador hará sobre su nómina.

Ahora bien, la orden de libranza no altera la naturaleza jurídica del pagaré, ni es una especie distinta de título valor, pues no está prevista como tal en la legislación mercantil y "los títulos valores en nuestra legislación son de carácter taxativo, verbi gratia, sólo los así calificados por la ley son tenidos como tales".[94] Se trata de un pagaré que incorpora el pacto accesorio de libranza, al que se le deben aplicar, por tanto, la totalidad de los principios y reglas previstos en la legislación mercantil para la existencia, circulación, cobro, ejecución y pago de los títulos valores.

---

91 Ley 1527 de 2012, artículo 2 literal a.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 14 de noviembre de 2008, Exp. 1100 1020 3000 2008 01070 00.

93 Código Civil, artículo 1499.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 1 de abril de 2008, Exp. 11001-0203-000-2008-00011-00.

a. Principios que rigen los títulos-valores

Por tratarse de una modalidad de títulos-valores, de los pagarés libranza deben predicarse los principios de literalidad, autonomía, legitimación e incorporación.

La literalidad implica que *"es la materialidad del documento, es decir, su contenido objetivo, la determinante del derecho que surge a favor del acreedor o tenedor legítimo, por lo cual quedan por fuera del instrumento todos los acuerdos que no constan en el mismo o que le sean ajenos".*[95]

Por su parte, la autonomía supone que *"el poseedor de buena fe, ejercita un derecho propio, que no puede limitarse o decidirse por relaciones que hayan mediado entre el tenedor y los poseedores precedentes" sin que puedan proponérse "las excepciones oponibles al tenedor anterior o la falta de titularidad de éste"* [96]*, ni mucho menos "confundirse tales instrumentos con la relación material que originó su emisión o transferencia".*[97]

La legitimación, por su parte, supone que el poseedor del título, por el solo hecho de ser *"tenedor en debida forma, está facultado, frente a la persona que se obligó a través de la suscripción, para exigirle el cumplimiento de lo debido".*[98] *Sin embargo, la legitimación "presupone la tenencia del título conforme a su ley de circulación (…) Por tanto, quien, dependiendo de la naturaleza del título, lo posea en cualquiera de las señaladas condiciones y lo exhiba al obligado, se legitima para ejercer el derecho en él mencionado, sin necesidad de establecer su titularidad sobre el mismo".*[99]

Finalmente, la incorporación implica que *"El derecho documental no puede ser ejercitado ni disfrutado por su titular sino en virtud de la exhibición del instrumento"*[100] pues no puede existir sin él.

Los referidos principios, desarrollados en la totalidad de las reglas sobre títulos valores del Código de Comercio, deben llenarse en cada uno de los supuestos que involucren la titularidad, la transferencia, el pago y el ejercicio de los demás derechos que se incorporen en los pagarés-libranza, lo cual será analizado por el Despacho para efectos de resolver sobre las solicitudes de exclusión de los referidos instrumentos.

---

95 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de octubre de 1979, sin publicar.
96 Ibídem.
97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 9 de febrero de 1998, Exp. 7019.
98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de octubre de 1979, cit.
99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de junio de 2000, Exp. 5025
100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de octubre de 1979, cit.

b. Forma de circulación de los pagarés libranza

De acuerdo con los principios expresados, para ejercer el derecho literal y autónomo que se incorpora en un título-valor, solo está legitimado quien ostente la calidad de legítimo tenedor.
Ahora bien, para determinar si en cada una de las solicitudes de exclusión se cumple con este supuesto, es preciso verificar que en cada una de las operaciones se cumplió con la totalidad de las reglas legales para la circulación de los títulos valores. Tratándose de un cúmulo de pagarés libranza que fueron constituidos como títulos a la orden, el Código de Comercio establece que su circulación debe hacerse a través del endoso.

El endoso es un negocio jurídico unilateral no recepticio[101], que constituye el mecanismo legal para transferir los títulos valores a la orden. En virtud del principio de literalidad, el endoso debe ser expreso, y se circunscribe únicamente a las menciones y modalidades que se hagan constar en el título. En efecto, "el derecho incorporado al título y los presupuestos para su ejercicio, están delimitados por lo que en él se exprese. (…) De donde se sigue que la calificación de un endoso debe hacerse, exclusivamente, siguiendo las menciones del título-valor".[102]

Para que el endoso produzca efectos cambiarios requiere (I) la firma del endosante, (II) que conste en el título o en una hoja adherida al mismo, y (III) que se haga antes del vencimiento del título.

El primero de los requisitos se deriva del artículo 654 del Código de Comercio, que exige la firma del título como condición de existencia del endoso. Así, la jurisprudencia ha entendido que la firma "es el fundamento de la obligación cambiaria, que únicamente surtirá efectos cuando aquélla haya sido debidamente plasmada en el instrumento con la intención de hacerlo negociable (art. 625 lb.), presupuesto que se extiende al «endoso», previendo el artículo 654 de la misma codificación, que «la falta de firma hará el endoso inexistente»".[103]

El segundo de los requisitos se deriva del principio de literalidad de los títulos valores. Desde el "Proyecto intal de 1967, que recogió el Código de Comercio colombiano, expresaba al respecto que "El endoso debe constar en el título mismo o en hoja adherida a él", y en él debía constar una serie de requisitos de forma que aparecen

101 Instituto para la Integración de América Latina (INTAL). Proyecto de ley uniforme de títulos-valores para América Latina. Buenos Aires, INTAL/BID, 1967, p. 138.
102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de julio de 1992, sin publicar.
103 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC191-2016 de 21 de enero de 2016, Exp. 11001-02-03-000-2016-00040-00.

allí listados.[104] Si bien el Decreto 410 de 1971 no incluyó dicha disposición, la doctrina ha admitido de manera unánime que el endoso deba hacerse constar en el título en un anexo que a él se adhiera (allongé),[105] criterio compartido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del principio de literalidad de los títulos-valores.[106]

La transferencia del pagaré, entonces, es un acto complejo, que "opera mediante dos requisitos sucesivos: a) un acto jurídico unilateral (endoso) y b) un hecho que lo complementa inescindiblemente: la entrega o tradición del título.[107] Por ello el artículo 625 del Código de Comercio dispone que "Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación", y el artículo 651 establece que los títulos valores a la orden "se transmitirán por endoso y entrega del título".

Así, la jurisprudencia sostiene que la entrega es necesaria para cumplir con la ley de circulación de los títulos valores y que si el título "en rigor nunca llegó a manos del aludido beneficiario mediante el procedimiento impuesto por la respectiva ley de circulación (…) dicho sujeto tampoco podría recibir el calificativo jurídico de legítimo tenedor"[108]

d. Administración de títulos valores. Requisitos para la transferencia de títulos valores con fines de cobro

En ordenamientos distintos del colombiano, los títulos valores pueden ser transferidos a un tercero por medios distintos del endoso, para que se encargue de resguardarlo, cobrarlo o administrar el crédito incorporado. Así ocurre, por ejemplo, con la regla prevista en la sección §3-203 del *Uniform Commercial Code*, según el cual la simple transferencia *(transfer)* de un título valor permite al receptor cobrar la obligación cartular, así no le traslade la condición de legítimo tenedor.[109]

---

104 Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) – Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Proyecto de Ley uniforme de títulos-valores para América Latina. Buenos Aires, INTAL, 1967, p. 24.

105 Por ejemplo, Leal Pérez, Hildebrando. Curso de títulos valores, Tomo I. Bogotá, Librería del profesional, 1989, p. 67Peña Nossa, Lisandro y Remolina Angarita, Nelson. De los títulos-valores y de los valores en el contexto digital. Bogotá, Temis-Uniandes, 2011, p. 179.

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia S-210 de 11 de junio de 1992, sin publicar.

107 Bonfanti, Mario Alberto y Garrone José Alberto. De los títulos de crédito. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, |976, p. 320.

108 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de marzo de 2011, Exp. 76001-22-03-000-2011-00002-01.

109 Del Luca, Louis F.; Guttman, Egon; Squillante, Alphonse M. Negotiable Instruments Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on International Bills of Exchange and

El sistema previsto en el Código de Comercio de Colombia no permite esta posibilidad. La administración o cobro de un título valor por persona distinta de su propietario, en virtud de los principios de literalidad y autonomía, requiere de una especie particular de endoso, el endoso *"en procuración"* o *"al cobro".*

Así, el artículo 658 del estatuto mercantil dispone que "El endoso que contenga la cláusula 'en procuración', 'al cobro' u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo. El endosatario tendrá los derechos y obligaciones de un representante, incluso los que requieren cláusula especial, salvo el de transferencia del dominio".

De esta manera, quien reciba un título valor para cobrarlo o administrarlo, debe endosar el título en el mismo cuerpo del documento o en una hoja adherida a él. En estos casos, la legitimación adquiere la forma de un "mandato cambiario"[110], también llamado por algunos un "poder conferido en forma cambiaria"[111] que otorga el endosante al endosatario.

Esta clase de endosos, "legitiman frente a terceros, [pero] no transmiten la propiedad cautelar"[112], y facultan al endosatario para realizar todas las gestiones judiciales y extrajudiciales para obtener el pago efectivo de la obligación incorporada en el título valor, salvo la de transferencia.

Debe precisarse que el endosatario al cobro o en procuración actúa siempre como representante del endosante propietario[113] o como un "diputado para el pago"[114] no "por su propia cuenta sino en nombre y representación del endosante, justamente por no haber adquirido la propiedad ni ser el titular de los derechos incorporados en el instrumento".[115]

c. Situación de los títulos valores que se han hecho circular sin endoso o con irregularidades en su endoso

Dispone el artículo 652 del Código de Comercio que "La transferencia de un título a

---

Internacional Promissory Notes. Cincinnati, Ohio, 1993, p. 185.

110 Trujillo Calle, De los títulos valores, Tomo I - Parte general. Bogotá Leyer, 2012, p. 139.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de abril de 2010, Exp. 52001221300020 10-00008-01.

112 Instituto para la Integración de América Latina (INTAL). Proyecto de ley uniforme de títulos-valores para América Latina. Buenos Aires, INTAL/BID, 1967, p. 138.

113 Leal Pérez, Hildebrando. Curso de títulos valores. Bogotá, Librería del Profesional, 1989, p. 69.

114 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentenia de 11 de abril de 1983, No publicada.

115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de abril de 2010, cit.

la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante".

Se trata de una norma excepcional, que opera en caso de que se negocie un crédito incorporado en un título a la orden por un mecanismo distinto del endoso. En estos eventos, la operación se ubica por fuera de las reglas que rigen los títulos valores, y el ordenamiento trata esta operación como "una simple cesión que no es un verdadero negocio cambiario puesto que al adquirente no se le inviste de las prerrogativas propias del endosatario"[116] y que se sujeta a las reglas de la cesión de los artículos 1959 y siguientes del Código Civil.[117]

A falta de endoso, la negociación del título no satisface el principio de literalidad, y por tanto quien recibe o administra el título no está legitimado para ejercer ningún derecho autónomo, porque el título no lo menciona.

En suma, faltando el requisito exigido por la ley de circulación, el acto escapa a la aplicación de las reglas sobre títulos valores, y debe analizarse a la luz del negocio causal, sea éste una compraventa de cartera, una cesión de créditos o la figura que los contratantes hayan dispuesto.

f. Análisis de las distintas solicitudes de exclusión desde el punto de vista del derecho cambiario

Descendiendo al caso concreto, se analizarán, a la luz del derecho de los títulos valores, las distintas solicitudes de exclusión de pagarés libranza presentadas por los varios afectados y solicitantes que las formularon. Dado el enorme volumen de solicitudes en este mismo sentido, las consideraciones que fundan dicho análisis no se harán de forma individual sino en conjunto, de manera que en cada uno de los supuestos que se estudian se entiendan comprendidas las solicitudes respectivas.

Así las cosas, se advierten los siguientes supuestos:

1. Solicitudes que no fueron acompañadas de la exhibición del título o que fueron acompañadas en copia.

Según se analizó, las solicitudes de exclusión de pagarás-libranza que no fueron acompañadas de la exhibición del título valor infringen las disposiciones cambiarias sobre la incorporación del título (artículos 619 y 624 del Código de Comercio). Los

116 Trujillo Calle, cit., pp. 125-126.
117 Ibídem, p. 126.

títulos valores son los documentos necesarios para ejercer el derecho que en ellos se incorpora; en ellos el derecho se confunde con el mismo título que lo documenta; por tanto, la falta de exhibición impide acceder a las pretensiones de quien invoca su condición de legítimo tenedor y aspira excluir del trámite concursal el crédito incorporado.

Al respecto, vale la pena advertir que si bien el régimen de insolvencia empresarial contiene reglas que hacen menos estricta la prueba de los créditos incorporados en títulos valores para efectos de probar la existencia de créditos que se pretende hacer valer en el concurso[118], tales preceptos no son aplicables para las solicitudes de exclusión de bienes del inventario, donde proceden los principios generales de la prueba aplicables a los títulos valores, sino solo a efectos de probar la existencia y extensión de las deudas.

Así, no están llamadas a prosperar aquellas solicitudes de exclusión que no aportaron el original de los pagarés-libranza; aquellas que los aportaron en copia y aquellas que aportaron una certificación firmada por un tercero (como Manejo Técnico de la Información S.A.) que custodia los títulos. En este último caso, debe resaltarse que el custodio, al momento de emitir la certificación, tan sólo transcribía la información reportada por Elite, pero “no se hace responsable por la exactitud de la información anteriormente descrita”.

2. Títulos-valores que no fueron entregados materialmente al endosatario

Tal como se mencionó, la circulación de los títulos valores (y de los pagarés-libranza) debe hacerse a través del endoso, por tratarse de instrumentos constituidos a la orden. Frente a este tipo de documentos, se explicó que el endoso es un acto complejo que involucra una inscripción en el título o en hoja adherida a él, con los contenidos dispuestos en la ley para su eficacia, y de la entrega.

En el caso que ocupa la atención del Despacho, un amplio número de pagarés-libranza fue supuestamente negociado a través de endoso en propiedad, sin que se haya hecho entrega material del título al endosatario. Las solicitudes de exclusión que se basan en títulos de esta clase también están llamadas al fracaso, pues en ellas no se cumple con la ley de circulación de los títulos valores.

Podría pensarse, con todo, que frente a este conjunto de pagarés-libranza, el requisito de la entrega se habría cumplido mediante alguna de las formas virtuales de tradición dispuestas en el artículo 754 del Código Civil. En virtud de lo anterior,

118 Ver Acta 400-000359 de 19 de febrero de 2016, Audiencia de resolución de objeciones del proceso de reorganización de Daniel Fernando Arenas León, Exp. 77513.

podría pensarse que Elite o el custodio designado por esta sociedad para conservar los pagarés, habría mantenido la tenencia a nombre del inversionista endosatario, como un constituto posesorio. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse por dos consideraciones fundamentales.

La primera se deriva de la naturaleza cartular de los distintos pagarés-libranza. Tal como se dijo, por tratarse de títulos-valores, su negociación debe ceñirse a la ley de circulación. Sin embargo, este requisito no se cumplió: según lo pactado en cada uno de los contratos, Elite conservaría la gestión y administración de los títulos, pero para ello no obtuvo el endoso en procuración o al cobro de los referidos títulos, infringiendo con ello las reglas básicas derivadas de la incorporación, autonomía y legitimación de los pagarés.

Pero más allá de las reglas especiales del derecho de los títulos-valores, debe hacerse una segunda consideración, relacionada con los requisitos para que la tradición virtual pueda surtir efectos. En efecto, las alternativas dispuestas en el artículo 754 del Código Civil para hacer efectiva la tradición por medios distintos de la entrega, se justifican en que el adquirente por estos medios tiene poder de disposición sobre las especies entregadas por estas vías, así materialmente no se haya hecho a la tenencia. “Esto, porque el hecho principal de esa tradición no es la tenencia material de la cosa, según el pensamiento de la ley, sino ‘aquella posibilidad física’ de tomarla y la facultad de poder disponer lícitamente de ella”[119] “Al fin y al cabo, por entrega se entiende, aún desde el punto de vista gramatical, el acto de ‘poner en manos o en poder de otro a una persona o cosa’” (subrayas originales).[120]

En el presente caso resulta evidente que, de acuerdo con la estructura de la operación económica, y el contrato de compraventa de cartera que servía de negocio causal ninguno de los adquirentes tenía verdadero poder de disposición de los pagarés libranza.

En efecto, Elite determinaba la forma de custodiar los títulos valores. Entre las obligaciones de la intervenida, estaba la de custodiar los pagarés libranza y designar la sociedad que serviría de custodio. Elite además celebraba el contrato de depósito con el custodio, determinaba los contenidos y prestaciones que habrían de pagarse por ello, sin que en la negociación tuviera que ver el inversionista. Elite tampoco cedía al inversionista el derecho a reclamar del custodio los pagarés-libranza ni la

119 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de marzo de 1952, G.J. LXXI, p. 509.
120 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de marzo de 2000, Exp. 5335.

posición contractual derivada del negocio de depósito con dicho sujeto.

Adicionalmente, Elite administraba la cartera directamente, sin que hubiera ninguna clase de injerencia por parte del inversionista en la forma como se mantendrían las relaciones con las pagadurías o con los deudores, respecto de quienes no está acreditado que conocieran o hubieren sido notificados del negocio con el inversionista. Es más, en algunos formatos del contrato de compraventa de cartera se incluía expresamente la prohibición al inversionista de "contactar de manera directa o indirecta a los deudores de los créditos, a las entidades operadoras y a las pagadurías", bajo el pretexto de que dicha información estaba amparada por la ley de protección de datos personales.

Finalmente, el inversionista carece de poder dispositivo sobre los títulos valores, ya que el clausulado excluía para él las posibilidades vender o ceder los derechos derivados del contrato, salvo autorización expresa, previa y escrita de Elite.

3. Títulos-valores que cuentan con cadenas de endosos en propiedad firmados con la misma rúbrica

Algunos de los pagarés-libranza analizados cuentan con cadenas de endosos firmados con la misma rúbrica, sea a nombre de Elite, sea a nombre del inversionista. Las operaciones de este tipo, en que una misma persona actúa en representación de varias, y celebra negocios jurídicos en nombre de ambos representados, son la expresión de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "contrato consigo mismo".

Frente a este tipo de operaciones, sin embargo, la ley comercial exige que quien interviene a nombre de ambas personas cuente con la autorización expresa de sus representados (artículo 839 del Código de Comercio); autorización que no se observa en el presente caso ni en los contratos de compraventa de cartera, ni en el texto del endoso que se hizo constar en el título valor.

Lo anterior resulta particularmente importante para efectos de hacer efectivas algunas de las cláusulas de los contratos de compraventa de cartera, como aquellas que prevén la recompra de los títulos-valores por el saldo impago.

4. Títulos-valores que, a pesar de estar endosados en propiedad y haberse entregado al endosatario, carecen de endoso en procuración o al cobro a favor de los intervenidos

Tal como se mencionó, la administración, gestión o cobro de los títulos valores

por un tercero distinto de su propietario, debe hacerse constar en el título valor a través de un endoso al cobro o en procuración. Sin embargo, el Despacho pudo observar que, si bien Elite, de facto, cumplía las labores de gestor de la cartera de los inversionistas, dichas labores de gestión no se hicieron constar en el título, contrariando las reglas cambiarias sobre este tipo de operaciones.

5. Efectos de los endosos en propiedad sobre los títulos valores

A continuación se analizará la situación de los endosos en propiedad que se plasmaron en los títulos valores a favor de los distintos inversionistas, que hoy solicitan su exclusión.

El endoso, ya se vio, es un negocio jurídico cartular, a través del cual se transfiere, bien sea la propiedad del crédito incorporado en el título a la orden (en el caso del endoso pleno o en propiedad), bien sea un derecho limitado a la facultad de cobrarlo o de tenerlo como garantía (en los endosos en procuración o al cobro, o en los endosos en prenda, respectivamente).

Sin embargo, bien puede suceder que al momento de hacer circular el título valor, las partes del negocio utilicen el endoso, o una modalidad específica de endoso, como mecanismo de ocultamiento de la realidad; en otras palabras, que simulen el endoso o que encubran, a través de él, la operación realmente efectuada.

La figura de la simulación del endoso hoy en día tiene una amplia aceptación en la doctrina[121] y no ha sido desvirtuada por la jurisprudencia nacional[122]. De acuerdo con los autores que la han trabajado, la simulación puede incluso ubicarse como una modalidad de la excepción cambiaria prevista en el artículo 784.12 del Código de Comercio, que se refiere a las excepciones derivadas del negocio causal.

Uno de los supuestos estudiados a fondo por la doctrina se refiere a un caso de simulación relativa del endoso, en que las partes aparentemente transfieren el título

---

121 Por ejemplo, Cámara, Hector. Simulación en los actos jurídicos. Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 157; Dagot, Michel. La simulation en droit privé. Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, pp. 47 y 228; Trujillo Calle, Bernardo. De los títulos valores. Bogotá, Leyer, 2012, p. 163; Bonfanti, Mario Alberto; Garrone, José Alberto. De los títulos de crédito. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 336; Becerra León, Henry alberto. De los títulos valores. Bogotá, Doctrina y ley, 1999, pp. 129-131; Leal Pérez, Hildebrando. Curso de títulos valores, Tomo I. Bogotá, Librería del Profesional, 1989, pp. 72-73.

122 Si bien en razón de sus competencias, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se ha ocupado directamente de la figura del endoso simulado, en algunos fallos de tutela la han mencionado tangencialmente. Así, la sentencia de la Sala de Casación Civil, STC14950-2015 de 21 de octubre de 2015, Exp. 08001-22-13-000-2015-00330-02.

valor en propiedad, a pesar de que su real intención era la de entregarlo al cobro o en garantía.

La razón de ser de esta forma de simulación viene muy al caso para efectos de desatar la controversia que hoy ocupa la atención de este Despacho. En palabras de Leal Pérez: "Cuando se encubre el endoso en prenda, (…) si al endosante le adelantan un proceso de ejecución o un proceso de quiebra o es admitido a concordato, los títulos valores harían parte de la masa de la quiebra o harían parte de los activos del concordato (…). Entonces, si se encubre el endoso (…) como consecuencia de ello el endosatario podrá argüir, cuando se pretenda embargar, que esos bienes ya no pertenecen al endosante porque fueron transferidos en propiedad con anterioridad a las medidas de embargo"[123] Explica el mismo autor que "Cuando se presenta esa situación, las relaciones entre endosante y endosatario se regirán por el negocio o por las circunstancias que mediaron al transferir el título".[124]

Del análisis de la operación económica que, se encuentra que los endosos que se hicieron "en propiedad" a favor de los distintos inversionistas de Elite International Américas S.A.S. no tenían como propósito la transferencia del derecho de dominio sobre los créditos allí incorporados, sino, a lo sumo, la constitución de una garantía para el endosatario.

En efecto, del análisis de los negocios causales, y del contexto de la operación económica que rodeaba las operaciones de captación masiva e ilegal, advierte el Despacho que Elite nunca perdió el control de la operación ni del custodio; que el inversionista no tenía ningún poder de decisión en la designación o el cambio del custodio; que Elite se ocupaba enteramente de los recaudos sin que el inversionista se viera afectado, para bien ni para mal, por las eventualidades que llegasen a ocurrir frente a los títulos; que ni el prepago ni la mora ni el incumplimiento de los deudores de libranza alteraban el flujo prometido ni la liquidez del inversionista; y que el inversionista se comprometía con Elite a no disponer de los títulos y a no endosarlos.

Ahora bien, es cierto que en el presente caso, ninguna de las partes del presente proceso concursal ha controvertido la realidad de los endosos en propiedad que se plasmaron en los títulos valores cuya exclusión ahora se reclama. Sin embargo, la ausencia de una solicitud de parte en ese sentido no impide al Despacho reconocer oficiosamente la simulación de dichos endosos a la hora de resolver sobre las solicitudes de exclusión que se fundamentan en ellos.

---

123 Leal Pérez, cit. p. 73.
124 Ibídem, p. 72.

Ha sido una posición consistente y continua de la jurisprudencia[125] el que, cuando el juez encuentra demostrada la simulación de los negocios que se pretenden hacer valer en un proceso judicial, puede pronunciarla de oficio. Así, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "la simulación hace las veces de un verdadero hecho impeditivo que significa, nada más pero tampoco nada menos, que la inexistencia actual del derecho reclamado y que, por consiguiente, ha de ser puesta de relieve aún de oficio por el sentenciador si aparece probada, pues "verdaderamente sería un contrasentido que si el juzgador encuentra demostrada la simulación con arreglo a derecho, tenga sin embargo que reconocerle plenitud de efectos, en perjuicio del demandado[126], a un acto ciertamente ficticio, como si fuese real y válido"[127] Así, "no es menester que el demandado proponga expresamente la excepción de simulación absoluta para que el juzgador pueda abordar su estudio y declararla probada, si es el caso, pues tal excepción puede ser declarada aun de manera oficiosa, solo que en tal hipótesis no produce ningún otro efecto que el de enervar las pretensiones de la demanda".[128]

En el presente caso resulta evidente que los endosos impuestos a los pagarés libranza no tenían el propósito de hacerlos circular de acuerdo con las reglas de los títulos valores, sino encubrir, sea una eventual garantía, que sería efectiva únicamente en caso de que la intervenida Elite no cumpliera con los rendimientos prometidos en los plazos dispuestos en el contrato de compraventa de cartera; sea la fachada de una operación más grande y compleja, como lo es el ejercicio irregular de la actividad financiera y la captación masiva y habitual que motivó este proceso de intervención.

Así las cosas, las referidas anotaciones en los títulos no pueden ser invocadas por quienes allí aparecen como endosatarios como base de un supuesto derecho de propiedad a su favor sobre los títulos valores. Los análisis hechos y las circunstancias del caso conducen a concluir, de manera inequívoca, que los referidos endosos no buscaban los efectos dispuestos para ellos en el Código de Comercio.

---

125 Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 3 de diciembre de 1963, G.J. CIII, pp. 260 y ss.; 19 de mayo de 1964, G.J. CVII, pp. 191 y ss.; 30 de enero de 1992, G.J. CCXVI, pp. 54 y ss.; 15 de septiembre de 1998, Exp. 4886; 10 de septiembre de 2001, Exp. 5961; y 30 de julio de 2001, Exp. 5672, entre otras.

126 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 1992, G.J. CCXVI, p. 62.

127 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de diciembre de 1963, G.J. CIII, p. 265.

128 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 10 de septiembre de 2001, Exp. 5961.

II. Sobre los derechos derivados de los "contratos de compraventa de cartera"

Varios de los afectados solicitaron la exclusión, bien sea de una serie de pagarés libranza, bien sea de flujos de libranza derivados de ellos, invocando su calidad de tenedores legítimos de títulos valores, de adquirentes de los créditos incorporados en ellos, o en todo caso de propietarios de los derechos a recibir tales flujos.

Muchos de los afectados presentaron, como soportes de su solicitud, una serie de contratos "de compraventa de cartera", con fundamento en los cuales los reclamantes fundan sus derechos sobre los flujos.

a. Elementos de valoración de los contratos

Todo negocio jurídico es un acto de autorregulación de intereses, a través del cual los mismos individuos que los celebran fijan reglas que regirán su propia conducta. En ejercicio de su autonomía privada, las partes del negocio cuentan con la potestad de redactar auténticas normas jurídicas, que se enmarcarán en el contexto del ordenamiento nacional, y producirán derechos y obligaciones para los contratantes en la medida en que el clausulado y la función práctico social de la operación económica negociada se ajuste a los mandatos imperativos dispuestos en la Constitución y la ley.

Así las cosas, cuando en el contexto de un proceso jurisdiccional, alguno de los sujetos invoca las cláusulas pactadas en un contrato como fundamento de los derechos reclamados, el juez está frente a una auténtica norma jurídica, que está obligado a aplicar para dirimir la controversia, siempre y cuando se ajuste a los preceptos superiores que dispone el ordenamiento jurídico.

En este ejercicio, el juez está llamado, antes que nada, a esclarecer los términos del negocio, con miras a aplicar las consecuencias jurídicas que de él y del resto del ordenamiento jurídico se derivan: "el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual.

Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al

contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad".[129]

b. Potestad del juez para calificar contratos

Las partes, a la hora de celebrar un negocio jurídico, son libres de escoger entre los distintos negocios tipos contractuales previstos por el ordenamiento o de estructurar sus propias construcciones a partir de los intereses y necesidades específicas de las partes, cuando ellas no quepan dentro de alguno de los modelos predispuestos por el Legislador. En algunas ocasiones, incluso, los contratantes pueden usar de manera expresa alguna de las denominaciones con que la ley o la costumbre suela referirse a un determinado tipo de negocios. Sin embargo, este tipo de denominaciones no atan al juez ni al intérprete, quien deberá siempre estarse a "la intención de los contratantes (…) más que a lo literal de las palabras".[130]

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que "[l]a ley faculta al juez para interpretar los contratos buscando la verdadera intención de los contratantes mediante la aplicación de los artículos 1618 y siguientes del Código Civil. Y si de esa interpretación resulta que las partes calificaron mal la naturaleza del contrato que celebraron, el juez debe calificarla correctamente y aplicar al convenio las normas sustanciales que, de acuerdo con esa calificación, debe aplicársele".[131] En efecto, "el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica"[132] pues "[e]l Juez tiene la capacidad legal, y es su deber de calificar el contrato, sin sujeción a la opinión de los litigantes".[133]

En este trabajo, el juez debe corroborar que el negocio celebrado efectivamente corresponda a la nomenclatura que las partes le hayan asignado, de acuerdo con los elementos esenciales, la función práctica-social perseguida por quienes lo celebraron, y la operación económica en la que se enmarca, de acuerdo con la regla dispuesta en los artículos 1621 y 1622 del Código Civil. Se trata de un trabajo netamente jurídico, en el que el juez, en aplicación del principio iura novit curia, valora el clausulado acordado por las partes y lo encaja dentro de la figura típica

129 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2011, Exp. 11001-3103-005-2000-01474-01.
130 Código Civil, artículo 1618.
131 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de febrero de 1977, no publicada.
132 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de marzo de 2012, Exp. 1100131030032006-00535-01.
133 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de septiembre de 1929, GJ XXXVII, p. 130.

que legalmente corresponda, cuando a ello hubiere lugar, o lo interpretará según lo defina la costumbre mercantil o como negocio atípico. “Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable”.[134]

En esta medida, la denominación que las partes hagan del contrato puede ser un elemento de valoración por parte del juzgador, pero no vincula las conclusiones jurídicas a las que éste haya de llegar sobre la naturaleza del negocio celebrado. “Las declaraciones hechas por las partes en la escritura las obligan y hacen fe contra ellos, pero ello no quiere decir que los contratantes puedan cambiar la esencia y faz jurídica de una convención, bautizándola con un nombre distinto del verdadero, legalmente hablando”,[135] “en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo *(contractus magis ex partis quam verbis discernuntur)*, ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica”.[136]

Ahora bien, cuando el juez encuentre que la denominación dada por las partes al contrato no corresponde con el negocio que en realidad celebraron, la ley lo faculta para dar la calificación correcta, como parte de un ejercicio hermenéutico que no requiere que se declare simulado, nulo o inexistente el negocio. Así, la jurisprudencia ha expuesto que al momento de la calificación “surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo”.[137] Y si el nombre que las partes dieron al contrato está errado, el juez “mal podría declarar inexistente este último y menos aún anularlo”,[138] pues dicha declaratoria versaría sobre un tipo contractual distinto del que realmente se estipuló.

---

134 Sentencia de 19 de diciembre de 2011, cit.
135 Sentencia de 9 de septiembre de 1929, cit., p. 130.
136 Sentencia de 19 de diciembre de 2011, cit.
137 Sentencia de 27 de marzo de 2012, cit.
138 Sentencia de 3 de febrero de 1977, cit.

c. Competencia de la Superintendencia de Sociedades para calificar contratos en los procesos de insolvencia e intervención

La Superintendencia de Sociedades, cuando actúa como juez de la intervención en los distintos procesos a su cargo, lo hace en ejercicio de funciones jurisdiccionales que le atribuyen el Decreto Legislativo 4334 de 2008 y la Ley 1116 de 2006.

Desde el mismo artículo 116 de la Constitución Política se resalta el carácter excepcional de las funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas, que se circunscriben a las "materias precisas" que la ley les otorgue. La Corte Constitucional ha sostenido al respecto: "Se encuentra constitucionalmente dispuesto que la atribución sea excepcional y precisa (artículo 116). Del carácter excepcional se sigue (I) un mandato de interpretación restrictiva de las normas que confieren este tipo de facultades y (II) un mandato de definición precisa de las competencias y las autoridades encargadas de ejercerlas. De este mandato de definición precisa se deriva el deber del legislador de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas. Adicionalmente y atendiendo lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 1285 de 2009 el carácter excepcional implica (III) un mandato de asignación eficiente conforme al cual la atribución debe establecerse de manera tal que los asuntos sometidos al conocimiento de las autoridades administrativas puedan ser resueltos de manera adecuada y eficaz".[139]

La precisión y la excepcionalidad que el constituyente previó para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, tiene dos perfiles: por un lado, el carácter excepcional restringe las materias de las que pueden conocer estas autoridades a aquellas que de manera precisa determine el legislador; por otra parte, dentro del marco establecido por esas materias, las autoridades administrativas deben contar con las más amplias atribuciones, suficientes para decidir sobre los asuntos encomendados por la ley.

La amplitud de las atribuciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas para resolver sobre las materias asignadas, tiene su proyección legal en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, según la cual los asuntos asignados a ellas deben poder ser resueltos "de manera adecuada y eficaz".[140] Así lo ha reiterado la Corte Constitucional en diversas sentencias, en las que ha extraído de dicha norma un "mandato de asignación eficiente".[141]

---

139 Corte Constitucional, Sentencia C-896 de 2012.

140 Artículo 8 de la Ley 270 de 1996, reformado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009.

141 Corte Constitucional, sentencias C-896 de 2012, Cit., y C-156 de 2013, esta última reiterada en Sentencia C-436 de 2013.

De nada serviría que el Legislador asignara a una entidad la función de resolver sobre ciertas controversias si no pudiera accederse, como mínimo, a las herramientas necesarias para ello.

En los procesos de insolvencia e intervención, el ordenamiento jurídico ha dotado a la Superintendencia de Sociedades de una importante cantidad de tareas que suponen una valoración integral de diversas relaciones jurídicas. De hecho, en virtud de los principios de universalidad subjetiva y objetiva que gobiernan este tipo de procedimientos, el juez del concurso está en el deber de pronunciarse sobre las distintas relaciones jurídicas patrimoniales del concursado, sea en lo que se refiere a los bienes que integran la masa que responderá por las devoluciones y de las demás obligaciones a su cargo, sea en lo que concierne a los derechos de crédito por los que éste habrá de responder a favor de afectados y de los demás acreedores. En ocasiones, la decisión sobre estos puntos requiere de un análisis previo sobre la existencia, eficacia y una valoración sobre la cuantía de los derechos involucrados, que en muchos casos requiere determinar previamente la fuente de la obligación, así como calificar, interpretar e integrarla cuando se derivan de un negocio jurídico, asunto que abordará a continuación.

d. Elementos para la calificación de los contratos

La calificación de un contrato, según se dijo, supone un ejercicio de subsunción, que parte de las estipulaciones de las partes y las encuadra en alguna figura típica contractual. Se trata de una confrontación entre las reglas pactadas por las partes para gobernar sus relaciones jurídicas y los distintos moldes que el ordenamiento pone a disposición para algunos de los casos más frecuentes.
Pero en dicho ejercicio de confrontación, la actividad del juez debe abarcar dos actividades fundamentales: en primer lugar, la prueba del contrato y de sus contenidos y su interpretación; en segundo lugar, la calificación propiamente dicha que debe hacerse sobre tales contenidos.

El primero se refiere a la apreciación de las pruebas que obran en el expediente, de cuya apreciación en conjunto, análisis y valoración conforme a las reglas de la sana crítica, deben extraerse los contenidos de las estipulaciones acordadas por las partes, “investigar el significado real y efectivo del negocio jurídico”.[142]

Este ejercicio debe realizarse antes de la calificación propiamente dicha, pues primero debe comprenderse plenamente lo que quisieron las partes para luego tratar de encuadrar dicho acto de autorregulación en un tipo contractual determinado. Como

142 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de septiembre de 1984, G.J. CLXXXVI, p. 254.

bien lo anota la Corte Suprema de Justicia, “la apreciación de la prueba precede” a “todo aquello que toca con la calificación legal de los contratos y la determinación de las consecuencias que desde el punto de vista jurídico se desprenden de esta calificación”[143] las estipulaciones contractuales cuya demostración aparece en el juicio”[144] “es un *quid iuris*, una apreciación eminentemente jurídica”[145] “una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos”[146] “Estas, y esencialmente las subsunciones del supuesto de hecho en el tipo abstracto, son necesarias para poder aplicar las normas y los principios del ordenamiento. Hacerlo significa incluso poder decidir acerca del valor (y no ya del significado) del negocio jurídico y de su situación intrínseca (validez o invalidez), es decir, del tratamiento que le da el derecho”.[147]

En este ejercicio el juez debe tomar las estipulaciones contractuales pactadas y los fines económicos perseguidos por las partes con ellas y encontrar, con base en estos elementos, el ropaje que mejor se ajuste al contrato. “Al juez nada le importa (…) la denominación jurídica que las partes den al negocio jurídico celebrado; la cuestión de designar y clasificar el negocio jurídico concreto se resuelve también exclusivamente por el fin económico que éste persigue”.[148]

e. Análisis de la operación realizada en los contratos celebrados entre Elite y los inversionistas.

Calificación del negocio

Los distintos solicitantes que reclamaron la exclusión de pagarés-libranza del inventario, y que alegan ser propietarios de los referidos títulos valores, aportan entre las pruebas un negocio jurídico de adhesión que se denomina “contrato de compraventa de cartera”, y que allegan en una proforma.

Dicho negocio consta de toda una serie de elementos que se analizarán a continuación, para efectos de determinar su contenido y efectos y lograr concluir

143 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de septiembre de 1998, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, GJ CCLV, p. 567.
144 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de marzo de 1955, MP Manuel Barrera Parra, GJ LXXIXp. 796.
145 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de marzo de 1963, MP Enrique Coral Velasco, GJ CI, p. 199.
146 Sentencia de 19 de diciembre de 2011, cit.
147 CARIOTA FERRARA, Luigi. El negocio Jurídico. Madrid, Aguilar, 1956, p. 608.
148 DANZ, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Madrid, Revista de derecho privado, 1955, p. 106.

si de dichos contratos puede extraerse una transferencia del derecho de propiedad sobre los pagarés-libranza, que permita excluirlos del activo de la intervención, o si, por el contrario, deben mantenerse los activos para beneficio de la totalidad de los afectados con la captación.

Más allá de la calificación dada por la parte predisponente del contrato, el Despacho analizará la operación a través de su estructura económica, para lo cual tendrá en cuenta las obligaciones allí previstas y la voluntad de las partes "objetivizada en el acuerdo".[149]

Desde esta perspectiva, Elite International Américas aparece en todos y cada uno de estos negocios como tenedor de una serie de pagarés-libranza que le reportan flujos de caja. El inversionista, al adherir al contenido predispuesto por Elite en el contrato, se compromete a pagar una suma de dinero,[150] que corresponde al valor que las partes asignan a un número de pagarés-libranza relacionados en un anexo del contrato.[151]

- Endosar en propiedad los pagarés-libranza relacionados.[152]
- Custodiar los pagarés libranza endosados, o entregarlos al inversionista.[153]

- Administrar el recaudo de la cartera incorporada en los pagarés-libranza.[154]

- Asumir de su propio patrimonio los costos y gastos derivados de la administración de la cartera incorporada en los pagarés-libranza.[155]

- Recibir de las entidades operadoras los flujos de caja derivados de los pagarés-libranza.[156]

- Ordenar a la entidad recaudadora el pago de los flujos que correspondan a la cuenta que informe el inversionista.[157]

- Realizar las gestiones necesarias para que se mantengan vigentes las pólizas

149 Bianca, Massimo, Diritto civille. Vol. 3, Il contratto. Milano, Giuffré, 1998, p. 388.
150 Cláusula 6 del "Contrato de compraventa de cartera"
151 Anexo 1 de cada uno de los contratos.
152 Cláusulas 3.1 y 6 del "Contrato de compraventa de cartera"
153 Cláusula 3.2 ibídem.
154 Cláusula 3.4 ibídem.
155 Cláusula 3.5 ibídem.
156 Cláusula 1.3 ibídem
157 Cláusulas 1.3, 1.4 y 7 ibídem.

de seguros que amparan la cartera negociada.[158]

- Responder por la existencia y validez de los pagarés-libranza y por el pago de los que se encuentren en mora de más de 30 días. Dicha responsabilidad podría hacerse efectiva asumiendo personalmente su pago o reemplazándolos por otros pagares de similares características.[159] En este último caso, Elite debía impartir las órdenes pertinentes al custodio que detentaba materialmente los títulos[160] e informar del reemplazo al inversionista.[161]

- Responder por la insolvencia o la mora de los deudores de la cartera negociada posteriores a la celebración de la compraventa.[162]

- Responder por cualquier reclamación que se derive de hechos o actos posteriores a la celebración del contrato y que afecten la cartera negociada.[163]

Por su parte, cada uno de los inversionistas se obligó a lo siguiente:

- Consignar una suma de dinero,[164] que corresponde al valor que las partes asignan a un número de pagarés-libranza que se encuentran relacionados en un anexo del contrato.[165]

- Recibir los pagarés libranzas que le sean endosados, cuando no se haya pactado que Elite ejercería la custodia.[166]

- Devolver a Elite los pagarés libranza que hayan sido pagados, para que dicha compañía los devuelva a los deudores.[167]

No disponer de los pagarés-libranza, ni darlos en garantía a terceros, salvo autorización previa de Elite.[168]

158 Cláusula 5.2 ibídem.
159 Cláusula 3.3 ibídem.
160 Cláusula 3.3 Parágrafo primero ibídem.
161 Cláusula 3.3 Parágrafo segundo ibídem.
162 Cláusula 5.3 ibídem.
163 Cláusula 5.1 ibídem
164 Cláusulas 4.1 y 6 ibidem.
165 Anexo 1 de cada uno de los contratos.
166 Cláusula 4.2 ibídem.
167 Cláusula 4.3 ibídem.
168 Cláusulas 4.4 y 4.5 ibídem.

- No ceder el contrato sin el consentimiento previo y expreso de Elite.[169]

- Informar a Elite sobre la opción de venta de su cartera.[170]

Salvo por la referencia nominal a los endosos, el Despacho observa que el referido esquema contractual no persigue la transferencia del derecho de dominio sobre los créditos incorporados en los pagarés-libranza. Dicha conclusión se extrae del análisis de varios aspectos de los contratos, así:

1. Imposibilidad de disponer de los pagarés-libranza

El derecho de propiedad, que supuestamente se busca transferir en los referidos contratos de compraventa, supone, como mínimo, que el propietario pueda disponer de la cosa adquirida (ius abutendI). Sin embargo, el esquema concebido en el contrato no plantea la asignación de un poder de disposición sobre los pagarés-libranza ni sobre los derechos de crédito incorporados en ellos a favor del inversionista.

Por un lado, contractualmente el inversionista se obliga a no transferir los derechos derivados del contrato a ninguna otra persona a través de ninguno de los mecanismos que el ordenamiento dispone para circular los derechos de propiedad, sea que se trate de actos a título gratuito o a título oneroso, negocios jurídicos bilaterales o unilaterales. Ni siquiera en caso de que el inversionista sea de aquellos que recibió materialmente los pagarés-libranza, podría endosarlos en propiedad a terceros o ponerlos a circular, como es la vocación de los títulos valores.

Si lo transferido a través del contrato fuese la propiedad sobre los títulos, el comprador podría siempre disponer de ellos sin consultar ni requerir la aprobación de su vendedor. Y si bien es cierto que el ordenamiento permite a las partes, en algunas ocasiones, establecer condiciones resolutorias al derecho de dominio, dichas modalidades son temporales y no restringen los poderes de uso, goce y disposición, inherentes al derecho de propiedad transferido.

Sin embargo, en el presente caso, todos los contratos previeron una obligación de no hacer del inversionista, consistente en no transferir a nadie los derechos derivados del negocio, a menos que se obtenga la autorización previa y escrita por parte de Elite. La autorización expresa y escrita del cocontratante para disponer de los derechos derivados del contrato sólo está prevista cuando la transferencia versa sobre la posición contractual; pero los condicionamientos de este tipo son incompatibles con la transferencia de la propiedad (que requiere del consentimiento

169 Cláusula 10 ibídem.
170 Cláusula 4.6 ibídem.

libre y expreso del dueño con capacidad de ejercer sus derechos) e incluso con la transferencia de los derechos de crédito (que sólo supone la notificación al deudor).

En segundo lugar, el contrato también limita la posibilidad de constituir garantías sobre los derechos derivados del negocio que allí se documenta. De acuerdo con ello, el inversionista no podría endosar en garantía los pagarés-libranza en respaldo de obligaciones propias ni constituir derechos de prenda o de garantía mobiliaria sobre los créditos supuestamente adquiridos a través del referido contrato.

Esta restricción también resulta contraria al ejercicio del derecho de propiedad, pues por vía de principio, todos los derechos reales y personales pueden ser dados en garantía, a través de alguna de las modalidades previstas en el ordenamiento jurídico para ello.

Adicionalmente, el negocio prevé que el "comprador" que recibió materialmente los títulos se obliga siempre a devolverlos a Elite cuando hayan sido pagados en su totalidad. Esta cláusula resulta incompatible con la posición que, de acuerdo con la ley, tiene el propietario de un derecho de crédito incorporado en un título valor. En efecto, de acuerdo con el artículo 624 del Código de Comercio, el legítimo tenedor del título, y propietario del derecho incorporado en él, es el llamado a devolverlo al deudor que lo haya pagado. Sin embargo, en el presente caso las partes del negocio se comprometen a que ante el pago de un título, éste sea devuelto a Elite para que sea esta última sociedad quien disponga (o deje de disponer) del instrumento negociable.

Las anteriores cláusulas reflejan un aspecto fundamental de la operación económica incorporada en el contrato, pero que resulta contraria a los elementos básicos que componen el derecho de propiedad y los demás derechos reales. No es concebible un derecho de propiedad sujeto a este tipo de condicionamientos, que desnaturalizan el poder dispositivo previsto en el ordenamiento jurídico para ello.

2. Eliminación de riesgos asociados a los pagarés-libranza

Toda operación crediticia supone, desde su propia definición, la asunción de riesgos. Las obligaciones suponen un acto de confianza en que el deudor honrará su prestación, y el riesgo correlativo de que incumpla.

El derecho privado ofrece diversos mecanismos para precaver el incumplimiento, a través de figuras como la solidaridad, el seguro, o establecimiento de límites a la responsabilidad o al riesgo, distintos de los que naturalmente deben asumir las partes según el tipo de negocio.

Las partes de un negocio están habilitados por el ordenamiento para negociar ciertos riesgos: "como titulares de la autonomía de la voluntad, pueden (…) descartar unos o asumir otros adicionales".[171]

Sin embargo, esta libertad contractual de las partes, junto con las demás que se derivan de su autonomía, debe siempre entenderse "dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos"[172], lo que "descarta la autonomía privada como poder libérrimo, ad libitum, absoluto, en blanco o ilimitado, y su ejercicio ab initio sometido a elementales cauces u orientaciones propias a su reconocimiento, utilidad o función, es limitado, en veces atenuado o ausente".[173] Por ello, "el Juez tiene que estudiar en cada caso las circunstancias para decidir de acuerdo con la noción de causa, si la prestación parcial de cada uno de los contratantes ha realizado o no en lo sustancial el fin que se propuso alcanzar el contratante".[174]

Por ello, los pactos que alteren los riesgos del contrato deben guardar un cierto grado de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, tanto en el plano económico como en el obligatorio: "ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables".[175] No en vano, los principios generales de derecho comercial internacional establecen una relación entre "el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado" por los contratantes y la extensión de sus obligaciones.[176]

Ahora bien, las operaciones de transferencia de propiedad suponen, por su propia naturaleza, el traslado de una cantidad considerable de riesgos asociados con la cosa o el derecho que se transfiere. Tratándose de derechos de propiedad sobre una cosa, la regla general plantea que su dueño debe siempre asumir los riesgos de su deterioro o pérdida (res perit domino). Tratándose de derechos de crédito, los riesgos se predican de la mora, del cumplimiento imperfecto o del incumplimiento de la obligación respectiva.

---

171 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 10113-2014 de 31 de julio de 2014, Exp. 68001 31 03 005 2003 00366 01. Sobre esta potestad como proyección de la autonomía privada, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

172 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 1938, G.J. XLVI, p. 60.

173 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 20 de agosto de 2011, cit.

174 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de5 de julio de 1935, G.J. XLII, p. 55.

175 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 2012, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

176 Artículo 5.1.5. de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Sin embargo, los contratos que ahora examina el Despacho prevén un esquema en el que Elite asume la totalidad de los riesgos asociados con la existencia, validez, incumplimiento y mora en el recaudo de los créditos que sirven de base para la negociación. Pero no se trata de una simple asunción de riesgos adicionales a las operaciones de negociación de créditos; es una auténtica eliminación de todos los riesgos que circundan la obtención de los réditos proyectados desde un principio para los flujos de libranza.

La eliminación de todo riesgo excede el ámbito de los contratos de compraventa, e invade el de ciertas operaciones financieras, como el seguro,[177] cuyo propósito principal es precisamente la enervación de las áreas asociadas a una operación y a cobertura de los eventuales siniestros; pero no es consustancial a los contratos traslaticios de dominio asegurar todos los riesgos pasados, presentes y futuros que puedan estar asociados a la cosa transferida.

Así, no es razonable ni coherente con un esquema de transferencia de la propiedad sobre derechos de crédito, por ejemplo, que el vendedor responda por la solvencia futura de los deudores ni que asuma cargas para anular todas las eventualidades relacionadas con el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso, tardío, e incluso anticipado de las obligaciones a cargo de ellos. La asunción de este tipo de responsabilidades y riesgos por parte de Elite desvirtúa la existencia de derechos de propiedad en cabeza de los inversionistas (que no asumen ninguna de las consecuencias asociadas al dueño de un bien); más bien corrobora que la operación celebrada corresponde a un mutuo con rendimientos garantizados.

3. Esquema de recaudo de la cartera

Adicionalmente, los contratos prevén un esquema de recaudo de la cartera que aparentemente se transfiere, que resulta incompatible con la asignación de un derecho de propiedad a favor del inversionista.

Según diversas cláusulas de los contratos en estudio, la gestión y recaudo de los pagarés-libranza correspondía a Elite, quien asumiría todos los costos y gastos que implica dicha tarea y quien, en los plazos previstos en el contrato y en sus anexos, consignaría a favor del inversionista los dineros derivados de los flujos prometidos en la tabla de proyecciones.

Podría pensarse que el anterior esquema contiene un contrato de mandato, a través del cual el inversionista habría encargado a Elite para la administración de la cartera, el contacto con las distintas pagadurías y deudores, y las tareas asociadas

177 Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2016132848-001 de 11 de enero de 2017.

a la obtención y consignación de los flujos. Sin embargo, un simple análisis de los elementos mínimos que debe cumplir una operación de este tipo, desvirtúa la existencia de un mandato.

En efecto, uno de los elementos esenciales del mandato es que la gestión encargada se realice por cuenta y riesgo del mandante. Si el mandante es el titular de un crédito o el legítimo tenedor de un título valor, los costos en que incurra el mandatario para hacer efectivo dicho crédito deben correr por cuenta de quien realizó el encargo.

En este elemento mínimo concuerdan tanto el régimen civil como el régimen comercial del contrato de mandato. El artículo 2142 del Código Civil define el mandato como "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". En un sentido similar, el artículo 1262 del estatuto mercantil define el mismo tipo negocial como "un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra".

El mandato, bajo todas sus formas, tiene como elemento esencial que el mandatario obre por cuenta y riesgo del mandante, es decir, que los gastos en que incurra el mandatario para la ejecución del encargo, corran por cuenta del mandante. La falta de este elemento supone la inexistencia del mandato o su degeneración en un tipo contractual distinto.[178]

No en vano, el régimen general del contrato de mandato impone al mandante diversas obligaciones relacionadas con el suministro de las expensas y elementos necesarios para la ejecución del encargo,[179] con el reembolso de los gastos razonables en que el mandatario haya incurrido para la ejecución del mandato,[180] y a indemnizar las pérdidas en que haya incurrido el mandatario con ocasión del encargo.[181] En armonía con lo anterior, el Código Civil dispone expresamente que "No puede el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido bien éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa".[182] Finalmente, este elemento es el que justifica plenamente, sea la obligación de rendir cuentas por parte del mandatario,[183] sea del derecho de retención que le asiste por ministerio de la ley sobre los efectos que tenga en su poder en virtud del contrato[184] y de la garantía mobiliaria derivada

178 Código Civil, artículo 1501; Código de Comercio, artículo 898.
179 Código Civil, artículo 2184 numeral 1.
180 Código Civil, artículo 2184 numeral 2.
181 Código Civil, artículo 2184, numeral 5.
182 Código Civil, artículo 2184, inciso final.
183 Código Civil, artículo 2181; Código de Comercio, artículo 1268.
184 Código Civil, artículo 2188.

ope legis de éste,[185] sea del derecho de compensación que asiste al mandatario.[186]

Así, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "el mandato puede llevar o no la representación del mandante, según se previene en los artículos 1262 del Código de Comercio y 2177 del Código Civil. Sin embargo, cuando se trata del encargo no representativo, se entiende que aunque el procurador, en ejercicio de sus funciones, actúa en nombre propio, en el fondo lo hace por cuenta ajena (…) En ese caso, los efectos jurídicos del negocio de que se trate se radican en el mandatario, pero esto no quiere decir que el comitente se mantenga al margen de sus consecuencias, puesto que así aquél externamente obre en nombre propio, sigue actuando, en palabras de la Corte, 'por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto".[187]

Ahora bien, la ley consagra una regla de excepción frente a todo lo dicho respecto del mandato. El artículo 2178 del Código Civil dispone que "El mandatario puede, por un pacto especial tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor". Sin embargo, en ese caso la doctrina ha considerado que el mandato degenera en otro tipo contractual, y que en estos casos, "el mandatario se convierte (…) en asegurador de los riesgos y embarazos del cobro y satisfacción del crédito del mandante"[188]; posición que concuerda con la planteada en varios conceptos por la Superintendencia Financiera de Colombia, para la cual "toda actividad que implique traslado de los riesgos sobre los cuales una persona tiene un legítimo interés, a un tercero, a cambio de un precio, constituye actividad aseguradora".[189]

Pero para que ello ocurra de una manera válida, el contratante que asume los riesgos y costos del cobro debe contar con la capacidad requerida por la ley para celebrar contratos de seguro, por tratarse de una actividad financiera sujeta a supervisión estatal[190] y a un desarrollo legal, que impone requisitos de constitución, solvencia y administración especiales, máxime cuando esta operación se repite masivamente en contratos de adhesión celebrados con centenares de inversionistas, como ocurre aquí.

---

185 Ley 1676 de 2013, artículos 3, 9 y 48.
186 Código de Comercio, artículo 1277
187 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de septiembre de 2010, exp. 2004-00353-01, citada en la sentencia SC4809-2014 de 22 de abril de 2014, Exp. 0500131030112000-00368-01.
188 Gómez Estrada, César. De los principales contratos civiles. Bogotá, Temis, 2008, p. 431.
189 Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2016132848-001 del 11 de enero de 2017.
190 Constitución Política de Colombia, artículo 189 numerales 24 y 25.

Al dejarse de obrar por cuenta y riesgo del inversionista, no puede entenderse que haya mandato. Pero tampoco puede existir un seguro, pues Elite carece del todo de los requisitos exigidos en la ley para desempeñar esta labor aseguradora.

4. El objeto del contrato no está determinado por los pagarés-libranza sino por los flujos proyectados

Según lo ha sostenido la jurisprudencia, "en el derecho privado y especialmente en el civil, es conveniente hacer la distinción entre la voluntad, la intención y los móviles para la fiel y acertada interpretación de los contratos".[191]
En aplicación de la referida regla, se observa que las partes, si bien aparentemente se refirieron a la transmisión de una serie determinada de pagarés-libranza, el clausulado del contrato no reflejaba una voluntad seria de transferir un conjunto determinado de bienes. Por el contrario, la lectura del clausulado permite inferir que para las partes era irrelevante el título valor del cual se extrajeran los flujos con los que se pagaría el beneficio. En la práctica, el negocio no versaba sobre la transferencia y administración de unos ciertos pagarés, sino sobre una masa indiferente de pagarés-libranza que podían ser sustituidos por otros o asumidos en su totalidad por Elite, en algunas ocasiones con la simple carga de informar sobre la sustitución.

Para las partes del negocio no era relevante que al inversionista se le transfirieran unos títulos valores, ni los créditos específicos incorporados en ellos, determinados por su especie, sino una suma de dinero derivada de los flujos proyectados de una masa genérica de pagarés libranza. De acuerdo con los términos del contrato, Elite está obligada a consignar una cantidad determinada de dinero en los plazos pactados para ello; algunas veces con una frecuencia periódica, en otras, en un solo contado, según lo reportado en los anexos del contrato. Se proyectaba que dichos dineros provendrían de los pagarés-libranza determinados en el primero de los anexos; pero Elite quedaba facultada para sustituirlos o a asumirlos mediante un acto unilateral, de lo cual sólo debía, en el mejor de los casos, rendir un informe al inversionista.

En suma, el interés del inversionista no está ni en la persona del deudor original de la libranza, ni en la pagaduría que tenía a su cargo el descuento, ni en el grado de cumplimiento o maduración específica de los pagarés libranza, reportados. Su interés es, simplemente, obtener una cantidad determinada de recursos líquidos que, según la información dada por la hoy intervenida, provenían de pagarés-libranza. ¿Cuáles pagarés libranza? Aquellos que Elite reportase con flujos. En su selección,

---

191 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de octubre de 1938, G.J. XLVII, p. 252.

administración y recaudo no incidía ni importaba siquiera el consentimiento del inversionista: el trabajo previo de selección y la elaboración del "Anexo 1" de cada uno de los contratos correspondía a Elite; las labores de cobro pre judicial y judicial también correspondían a Elite; la eventual sustitución de los pagarés y el reporte a los inversionistas eran absolutamente de cargo de Elite; la asunción de la responsabilidad con recursos propios, ante el siniestro de alguno de los pagarés, también correspondía a Elite. Todo, lejos de la voluntad, del control o de la atención del inversionista que sólo recibiría los flujos.

Las reglas sobre la cuantía, pago y devolución de los pagarés seleccionados para solventar los flujos debidos a cada inversionista reitera esta conclusión. En efecto, de acuerdo con los contratos, los pagarés supuestamente transferidos a cada inversionista podían incluso superar la cuantía necesaria para pagar los flujos proyectados; situación que era capoteada a través de una obligación del inversionista de devolver los pagarés con saldos, una vez se obtuvieran los flujos prometidos por Elite.

En esta medida, así en principio aparezca que el objeto de cada contrato se circunscribe a los pagarés libranza listados en el "Anexo 1", en la práctica dicha determinación se circunscribía a la suma que Elite había proyectado para los flujos que se derivarían de dicha cartera. Dicho en otras palabras: el contrato no preveía una obligación de especie sobre los pagarés-libranza allí listados, sino una obligación de género sobre una suma de dinero proyectada.

Así, dentro del esquema planteado por el contrato, la obligación de Elite de pagar los flujos proyectados ab initio no se extingue ni mengua por la pérdida de la cosa supuestamente debida, ni se ve impactada por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones incorporadas en los pagarés-libranza. Por el contrario, el contrato prevé la sustitución de los pagarés fallidos por otros, o la responsabilidad directa de Elite en su pago, regla que es mucho más cercana a la previsión contenida en el artículo 1567 del Código Civil para la pérdida de cosas de género: "La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe".

Este mismo patrón corresponde con otros casos estudiados en sede administrativa por la Superintendencia Financiera de Colombia, y que derivaron en procesos de intervención que llegaron a conocimiento de este Despacho. En supuestos de contratos "de compraventa de cartera" con contenido casi idéntico a las proformas utilizadas por Elite, y con un esquema operativo semejante, dicha autoridad administrativa consideró que "en la realidad económica corresponden a operaciones

de mutuo, en donde la citada sociedad recibía recursos de sus compradores de títulos con la obligación de devolverlos en un plazo determinado, reconociendo en forma adicional el interés previamente pactado" y que "la sociedad visitada al momento de realizar pagos o reintegros de dineros a los compradores de títulos no tenía en cuenta la naturaleza y/o el comportamiento financiero de los activos (pagarés libranza) que eran objeto del contrato de compraventa que suscribía con ellos".[192]

Lo así pactado por las partes permitió además que Elite gestionara los pagarés-libranza como una universalidad indistinta, conformada por los flujos que llegaban de las pagadurías e incluso de los mismos recursos líquidos aportados por otros inversionistas con ocasión de contratos similares, tal como se encontró en la investigación administrativa que llevó a la apertura del presente proceso de intervención.

III. Sobre los derechos derivados de una eventual cesión de créditos

Podría pensarse, finalmente, que los solicitantes son dueños de los créditos de la cartera que les fueron negociados en virtud de un negocio de cesión de créditos, en los términos del artículo 1959 y siguientes del Código Civil o de cesión de contrato, según el artículo 887 y siguientes del Código de Comercio.

Sin embargo, como lo expresa el mismo artículo 1966 del Código Civil, las reglas de la cesión no son aplicables para transferir derechos incorporados en títulos valores, que están sujetos a normas especiales sobre la circulación, explicadas ampliamente en esta audiencia.

Adicionalmente, así procediera la cesión, esta requiere de un ejercicio de notificación o de aceptación de los deudores cedidos (o, en el caso de las libranzas, de las pagadurías a las que se dirigían las órdenes de descuento); ejercicio que no sólo no se hizo en el presente caso, sino que además estaba expresamente prohibido por muchos de los contratos de "compraventa de cartera" que sirvieron de base para la negociación.

IV. Solicitudes presentadas con anterioridad a la intervención

Frente a un número importante de solicitudes de exclusión presentadas durante el trámite de insolvencia que, en virtud de lo expuesto en el auto de etapas del

192 Superintendencia Financiera de Colombia Resolución 0040 de 2013, "Por medio de la cual se aporta una medida administrativa respecto de la sociedad Ereisa S.A.S. identificada con NIT 900.298.930-9"

proceso, se recibió el memorial con radicado 2017-01-584695. En él, el abogado Luis Hernando Gallo Medina, a nombre de sus poderdantes, planteó que dichas peticiones hoy carecen de fundamento, en virtud de la intervención de Elite International Americas S.A.S. y otros., debido a que la exclusión de los pagarés-libranza dejaría sin base legal la intervención por captación masiva e irregular.

El Despacho comparte los argumentos del memorialista, ya que, según se ha venido explicando, la captación se basó precisamente en operaciones de mutuo irregulares, encubiertas bajo la apariencia de negocios (endosos, compraventa, cesiones) de cartera incorporada en pagarés-libranza. Excluir los pagarés-libranza reclamados sería tanto como desconocer el trasfondo de la operación que motivó la presente intervención, diseccionar arbitrariamente una actividad que, en su globalidad, era ilícita, y realizar distinciones entre diversos afectados que se encuentran en supuestos similares.

V. Conclusiones sobre las solicitudes de exclusión de pagarés-libranza

A partir de las consideraciones expuestas, el Despacho negará las solicitudes de exclusión de los pagarés-libranza.

Ninguno de los solicitantes cumple con los requisitos dispuestos en la ley para ser considerado propietario de los títulos-valores reclamados, ni de los créditos incorporados en ellos. Sea que se mire desde la perspectiva de los instrumentos negociables, sea que se analice desde la óptica de contratos traslaticios de dominio como la compraventa o la cesión, sea, finalmente, que se la observe desde el panorama general de la operación de captación masiva y habitual, la operación realizada no tuvo como efecto la transferencia del derecho de dominio sobre los pagarés-libranza. En esta medida, no se puede acceder a ninguna de las solicitudes de exclusión de los referidos títulos-valores, cuyos flujos permanecerán afectos a la intervención y que beneficiarán a la totalidad de los inversionistas afectados, en los términos dispuestos por el Decreto 4334 de 2008.

Al cabo de las anteriores consideraciones, el Despacho profirió la parte resolutiva de la providencia, en los siguientes términos:

“En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

RESUELVE

Primero. Aceptar las conciliaciones realizadas por la auxiliar de la justicia con los

acreedores DIAN, Porvenir S.A., Manejo Técnico de Información MTI, Banco de Occidente y Virisa Consultores S.A.S, Mónica Rosa Cuéllar Buraglia, David Julián Gómez Bernal, Elda Restrepo y Agustín Zamudio.

Segundo. Modificar el proyecto de calificación de créditos en cuanto a las acreencias de Colfondos S.A., y Colpensiones frente al intervenido Jorge Navas Vengoechea.
Quinto. (sic) Estimar las objeciones formuladas por los acreedores DIAN frente a Julio César Perdomo Ortiz y José Alejandro Navas Vengoechea; Secretaría de Hacienda Distrital frente a Elite International Américas S.A.S., e ICBF.

Tercero. Estimar parcialmente las objeciones formuladas por los acreedores DIAN frente a Gabriel Arturo Suárez Agudelo, Secretaría de Hacienda Distrital frente a Karen Medina Pérez, Julio César Perdomo Ortiz, UNE EPM Telecomunicaciones S.A., Luz Miriam Buitrago Abella.

Cuarto. Desestimar las objeciones formuladas por los acreedores Colpensiones frente a Elite International Alericas S.A.S.; Old Mutual administradora de fondos de pensiones y cesantías; Protección S.A.; Secretaría de Hacienda Distrital frente a Carolina Torres Rodríguez, José Aldemar Fajardo Bernal, Taryn Lyseth Perdomo Bazurto, Luz Astrid Espinosa y Shirly Andrea Pulido Pérez; Bancolombia S.A.; así como las presentados por los afectados Ana María Charry Gaitán, Santiago Ramírez Charry y María Nury Gaitán de Charry, Andrés Gouffray Nieto, y los 52 representados por la apoderada Diana Rivera Andrade; y la planteada en proceso ejecutivo por Claudia Patricia Amaris Mendoza.

Quinto. Rechazar, por extemporánea, la objeción presentada por el Banco Davivienda frente a los intervenidos José Felipe Salgado Álvarez y Jorge Enrique Navas Vengoechea.

Sexto. Reconocer la cesión parcial hecha a Seguros del Estado S.A. por Eje Construcciones S.A.S. respecto de los derechos que le corresponden en la calificación y graduación de créditos de Elite International Américas S.A.S. en cuantía de $3.887.992.

Séptimo. Aceptar la conciliación parcial celebrada entre la liquidadora y los 52 representados por la apoderada Diana Rivera Andrade respecto del avalúo elaborado por AIR- Avalúos Inventarios & Finca Raíz S.A.S.

Octavo. Desestimar las demás objeciones presentadas al inventario valorado presentado por la liquidadora.

Noveno. Estimar las solicitudes de exclusión formuladas por Taryn Lizeth Perdomo Bazurto Yarelis Barranco Dueñas, Enit Karem Cervantes Pérez, Coveg Auditores S.A.S., Carolina Torres, Karen Medina, Gabriel Arturo Suárez, Nidia Lancheros Páez, Carlos Alberto Celis Santiago, Ana Victoria Ibargüen Quijano, Gertrud Arieta Otto Gómez, Paola Andrea Carrillo, Giovanni Guacaneme López y Luis Fernando Ramírez Troncoso. En consecuencia, excluir a dichos sujetos de la medida de intervención decretada mediante Autos 400-004465 de 15 de febrero de 2017 y 400-004516 de 16 de Febrero de 2017, y ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas sobre los bienes de su patrimonio. Ofíciese por parte del Grupo de Apoyo Judicial.

Décimo. Instruir a la liquidadora para que en el término de cinco (5) días siguientes a la firmeza de esta decisión audiencia transfiera las sumas embargadas a Moore Stephens SCAI S.A. hasta el monto de los beneficios obtenidos por dicha firma en ejercicio de la revisoría fiscal, a la cuenta bancaria de Elite que se encuentra embargada, para que se destine al pago de los afectados, y rinda informe de ello para evaluar la pertinencia de la medida de intervención.

Décimo primero. Desestimar las restantes solicitudes de exclusión de personas presentadas.

Décimo segundo. Aceptar el desistimiento de las solicitudes de exclusión de pagarés-libranza formuladas por los afectados que intervienen en el proceso bajo la representación de los abogados Luis Hernando Gallo Medina, Carolina Arenas Uribe, Gustavo Cuberos Gómez y Diana Rivera Andrade.

Décimo tercero. Desestimar las restantes solicitudes de exclusión de pagarés-libranza y de la cartera negociada con los inversionistas afectados del presente proceso de intervención.

Décimo cuarto. Declarar aprobado el inventario valorado de los bienes de la intervención, conforme con lo establecido en la parte considerativa de esta providencia.

Décimo quinto. Requerir a la liquidadora para que en el término de diez (10) días siguientes a la presente audiencia presente una versión ajustada de los proyectos de calificación y graduación de créditos, inventarios y avalúos que recoja las órdenes y decisiones impartidas por este Despacho.

Décimo sexto. Advertir a la liquidadora que de acuerdo con lo señalado en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la ejecutoria de esta providencia comienza a

correr el término de dos (2) meses para la enajenación de los activos de la sociedad en liquidación, cuyo inventario y avalúo están siendo objeto de aprobación con esta providencia, vencido el término anterior deberá presentar al juez de insolvencia el proyecto de adjudicación de los bienes no enajenados, para la correspondiente aprobación por parte del Juez de la Intervención, de acuerdo al criterio contenido en el artículo 10 parágrafo primero literal a) del Decreto 4334 de 2008.

Décimo séptimo. Ordenar a la liquidadora que en el término de quince (15) días siguientes a la finalización de la presente audiencia, presente un informe del estado de la cartera constituida en pagarés-libranza y de las actuaciones realizadas desde su posesión en el cargo para obtener el pago de dicha cartera, información que será incorporada al expediente y quedará disponible para consulta de los interesados".
Respecto de dicha decisión se presentaron diversas solicitudes de aclaración y adición y nulidad. El Despacho negó una solicitud de nulidad y rechazó otra; asimismo, y luego de un receso, el Despacho resolvió las solicitudes de aclaraciones, adiciones y correcciones a la providencia así:

Corregir el numeral segundo de la providencia, en el sentido de que la objeción de Colfondos S.A. a la que allí se hizo referencia fue propuesta frente a Élite International Américas S.A.S., y no a Jorge Navas Vengoechea, como allí se expresó.

Anunció que se adicionaría, mediante auto separado, la providencia con la orden a los inversionistas que detentan materialmente pagarés–libranza relacionados con el presente proceso de intervención y que no fueron excluidos de la liquidación, para que los alleguen al expediente. Lo anterior, con el fin de incluir la relación de los destinatarios de dicha orden.

Frente a la decisión de la intervenida Luz Miriam Buitrago, aclaró que se desembargarán 4/5 partes del salario para su entrega. No obstante, 1/5 parte del salario más el valor correspondiente a las prestaciones sociales quedará embargado y se postergará su pago quedando sometido a la medida cautelar.

Accedió a solicitud de adición del apoderado de Gertrud Otto Gómez, Gabriel Suárez Agudelo y Nidia Lancheros, y ordenó a la liquidadora adicionar la decisión de reconocimiento de afectados para que incluya un pronunciamiento frente a estos sujetos, una vez en firme su exclusión.

Finalmente, negó las solicitudes de aclaración y adición restantes.

Notificada en estrados esta decisión, los intervinientes presentaron 17 recursos, de los que se corrió traslado y a las 6:15 pm se decretó un receso hasta el día siguiente para decidirlos.

A las 9:49 am del día 24 de noviembre de 2017 se reanudó la audiencia. El Despacho resolvió los recursos interpuestos en el siguiente sentido: Estimó parcialmente el recurso interpuesto por Claudia Ortega, apoderada de Colpensiones, Old Mutual S.A. y Colfondos S.A, y respecto de Elite International Américas S.A.S en el siguiente sentido:

I) Respecto de la acreencia presentada por Old Mutual S.A por un valor de $4.625.000, si bien no puede ser reconocido como crédito cierto, se reconoce como crédito condicional sometido a depuración que deberá realizarse dentro de los 15 días siguientes a la firmeza de la decisión. II) En lo que tiene que ver con Colpensiones, dicho acreedor presentó un crédito por $5.019.420 y reportó inconsistencias por $4.359.600, razón por la que no se reconoce como crédito cierto, sino como condicional sometido a depuración que deberá realizarse dentro de los 15 días siguientes a la expedición de la presente acta. III) Finalmente, Protección S.A. será reconocido como crédito cierto de primera clase en la suma de $22.838.725, equivalentes al capital y los intereses por valor de $4.914.700, serán postergados. Frente al recurso presentado por el apoderado de Jorge Navas, Claudia Rojas y Luis Guillermo Rodríguez, el Despacho confirmó la decisión que negó su solicitud de exclusión, en virtud de que sus funciones tenían relación directa con el giro de la actividad catalogada como de captación ilegal. El Despacho accedió a la solicitud presentada por el apoderado de la intervenida Luz Miriam Buitrago, y en lo que respecta a su crédito ordenó que se pague como un crédito de primera clase y no como crédito postergado.

Sin embargo, confirmó la decisión de no excluirla del proceso de intervención. Se revocó asimismo lo decidido respecto de Carlos Acosta, y en su lugar se ordenó su exclusión del proceso, pues en su calidad de revisor fiscal suplente no está acreditada su actuación en la compañía intervenida. Frente al recurso presentado por el apoderado de Moore Stephens y otros, el Despacho mantuvo la decisión de mantenerlos bajo la medida de toma de posesión, limitada a lo percibido por concepto de sus honorarios. No obstante, aclaró que una vez la liquidadora acredite el cumplimiento de la orden impartida en el numeral décimo de la parte resolutiva de la providencia, sería levantada la medida de intervención respecto de dichos sujetos.

Adicionalmente, y respecto de la situación de Global Consultant Group, y de los señores Luz Astrid Bernal Espinosa y Julio Cesar Perdomo Ortiz, el Despacho resolvió:

“Primero. Levantar la liquidación judicial como medida de intervención sobre Global Consultant Group S.A.S., y los patrimonios de Julio César Perdomo Ortiz y Luz

Astrid Bernal Espinosa y, en su lugar, ordenar la intervención mediante toma de posesión sobre la operación relacionada con la revisoría fiscal de Elite International Américas S.A.S. y los honorarios recibidos por dicho concepto, de conformidad con lo proveído en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Designar como agente interventor de entre los inscritos en la lista oficial de auxiliares de la justicia a María Mercedes Perry Ferreira, identificada con la cédula de ciudadanía número 20.902.555, quien tendrá la representación legal de la persona jurídica y la administración de los bienes de las personas naturales objeto de intervención.

Líbrense los oficios respectivos. Por el Grupo de Apoyo Judicial, comunicar por el medio más expedito esta designación y ordenar su inscripción en el registro mercantil.

La auxiliar de la justicia tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, en la Calle 72 No. 9 – 66 Oficina 301, celular 3219964983, correo electrónico liquidadora.elite@elite.net.co.

Tercero. Ordenar a la agente interventora que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia informe al Despacho el monto de los honorarios percibidos por Global Consultant Group S.A.S. en razón a su ejercicio como revisor fiscal de Elite International Américas S.A.S. durante el periodo en que ejercieron funciones, para proceder a limitar las medidas cautelares decretadas contra la sociedad mencionada y sus funcionarios.

Cuarto. Advertir a la auxiliar de la justicia que de conformidad con el parágrafo 4 del artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, los gastos propios de la intervención competen a los estrictamente necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, atendiendo la pertinencia, razonabilidad y soporte de los mismos, y que su gestión deberá ser austera y eficaz.

Quinto. Ordenar a la auxiliar de la justicia que, en caso de ser necesario, modifique la caución judicial prestada en este proceso para responder por su gestión y por los perjuicios que con ella llegare a causar, la cual deberá amparar el cumplimiento de sus obligaciones legales, incluyendo las generadas del ejercicio de su labor como secuestre de los bienes de la intervenida, de conformidad con la Resolución 100-00867 de 2011, la referida caución judicial deberá amparar toda la gestión del auxiliar de la justicia y, hasta por cinco [5] años contados a partir de la cesación de sus funciones.

Sexto. Los gastos en que incurra la referida auxiliar para la constitución de la citada caución serán asumidos con su propio peculio y en ningún caso serán imputados a las intervenidas.

Séptimo. Advertir que el valor asegurado de la caución judicial no podrá en ningún caso ser inferior a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes [20 SMLMV], lo anterior en caso de que las intervenidas no cuenten con activos, o los mismos sean inferiores a la suma anteriormente señalada.

Octavo. Advertir a la auxiliar de la justicia, que con la firma del acta de posesión queda obligado a acatar el Manual de Ética para auxiliares de la justicia (Resolución 100 - 000082 de 19 de enero de 2016), que hace parte de la reglamentación del Decreto 2130 de 2015; e inmediatamente después del acta de posesión deberá suscribir el compromiso de confidencialidad (Resoluciones 130 - 000161 de 4 de febrero de 2016) e informar sobre el acaecimiento de cualquier hecho que pueda ser constitutivo de conflicto de interés o que pueda afectar negativamente el ejercicio de sus funciones.

Noveno. Encomendar a la interventora atender las consideraciones expuestas en la circular 100-000005 de 27 de julio de 2014, sobre autocontrol y gestión del riesgo de LA/FT; como quiera que por sus funciones de administración y representación legal, tiene el deber y la obligación de revisar en todas y cada una de las listas de chequeo disponibles para el efecto, la información de los potenciales compradores de los bienes del deudor intervenido.
Décimo. Oficiar, con copia de esta providencia, a la Junta Central de Contadores y a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, para lo de su cargo".

Finalmente, confirmó, en lo restante, la providencia recurrida.

Notificada la anterior providencia, y luego de resolverse solicitudes de aclaración y adición a la decisión de los recursos, y de presentarse una solicitud de nulidad que fue rechazada por el Despacho, por extemporánea, a las 11:25 am se dio por terminada la audiencia.

Hacen parte integral de la presente acta las grabaciones audiovisuales de lo ocurrido en ella, en dos discos, así como 14 hojas de formatos de control de asistencia, un poder y cinco sustituciones de poder.

Auto N° 400-015356 de 26 de Octubre de 2017	
Sujeto del proceso	Rentafolío Bursátil y Financiero S.A.S. y otros, bajo la medida de liquidación judicial.
Asunto	Desistimiento tácito de reclamaciones.

Consideraciones del despacho

Los procedimientos de insolvencia e intervención persiguen la realización de un interés general y no pueden terminar por desistimiento tácito

1. Todo concurso, incluidos los procedimientos de intervención regulados en el Decreto 4334 de 2008, debe velar por la satisfacción de un interés general, que define la naturaleza del procedimiento, sus líneas y directrices generales, así como muchas de las soluciones previstas por el Legislador. Dicho interés distingue a los procedimientos de insolvencia e intervención respecto de los demás procesos de carácter ordinario.

2. Por regla general, el propósito de los concursos es atender una situación de crisis del deudor que se manifiesta en la imposibilidad de atender sus obligaciones. La crisis repercute en la función de la empresa como motor de la economía, fuente generadora de empleo y eslabón fundamental en la generación de riqueza; la frustración de estas finalidades impacta directamente los derechos de todos los acreedores, sin importar las naturalezas de sus créditos o sus orígenes; e indirectamente puede tener efectos que se extienden a otros sujetos, empresas, actividades, o sectores de la economía. En este panorama, la función de los procedimientos de insolvencia, y del juez del concurso como su director, consiste en contener los efectos nocivos de la crisis, impulsar la recuperación de las empresas viables y asegurar el pronto pago de los créditos:

"Por su impacto en el orden económico y social, la actividad empresarial es de interés general, razón por la cual no son de recibo las afirmaciones del actor en cuanto a la vulneración de los preceptos constitucionales indicados en la demanda, pues justamente la finalidad de la ley es la protección de la actividad empresarial por el relevante impacto social que tiene, con lo cual se pretende asegurar la vigencia de un orden económico y social justo, la convivencia pacífica, el trabajo, la solidaridad, y la prevalencia del interés general, entre otros valores y principios que la Ley 1116 de 2006 desarrolla a lo largo de su articulado".[193]

"(…) los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se

193 Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2007.

encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad.

"La finalidad perseguida por la ley al establecer estas condiciones especiales que faciliten la reactivación y viabilidad de la empresa no es otra que la de preservarla como fuente de empleo y de desarrollo en virtud de lo prescrito por el artículo 333 superior.

"En este sentido, el derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa".[194]

3. Los procedimientos de intervención también tienen como base la satisfacción de un interés general, justificado en las situaciones excepcionales que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social en el Decreto 4333 de 2008, y que buscan el restablecimiento del orden público económico alterado por el ejercicio ilegal de actividades de captación de recursos, incluso a través de vehículos aparentemente lícitos. El artículo 2 del Decreto 4334 de 2008 dispone al respecto que el objeto del régimen de intervención consiste en "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".

4. Así, la jurisprudencia constitucional ha expresado que los procedimientos de intervención "se refieren a materias que tienen relación directa y específica con la situación que determinó la declaración de la emergencia social, ya que están orientadas a hacer efectiva la intervención del Estado en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que captan dinero del público sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorga a la Superintendencia de Sociedades amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado (…) medida que, por la razones antes indicadas no es desproporcionada ni irrazonable, ya que, se repite,

194 Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2012.

es trasunto del deber de intervención estatal previsto en los artículos 333, 334 y 335 superiores; tampoco se observa que afecte garantías fundamentales, ya que, por el contrario, la determinación de esos objetivos busca proteger los derechos de los depositantes y el interés público ínsito en el manejo de los recursos de captación".[195]

5. La presencia de un interés general que subyace a todos los procedimientos de insolvencia e intervención, justifica el recurso a medidas que trascienden la órbita del derecho ordinario. Se busca hacer frente a situaciones excepcionales a través de medidas igualmente excepcionales, que no solo se expresan en reglas de carácter especial sino, también, en un conjunto de principios que rigen las actuaciones y decisiones del juez del concurso.

6. Entre las medidas excepcionales aplicables a los procesos de insolvencia e intervención, está el principio de oficiosidad que impone al juez del concurso un deber de iniciativa, promoción e impulso del proceso, en aras de satisfacer adecuadamente el interés general que lo informa. "No obstante que las relaciones de las cuales se ocupa el concurso en su mayoría son gobernadas por el derecho privado, el legislador considerando la importancia de la empresa, su estimación como bienes indispensables en el sistema económico y la necesidad de ordenar y organizar a los acreedores, le ha dado al juez atribuciones que evidencian un interés público tutelado.

En efecto, el juez puede de oficio decretar la apertura de un concurso y además, está llamado a impulsarlo, pues hay un interés público de por medio, el cual no es otro que la empresa, y la concatenación de los patrimonios frente a la insolvencia del deudor. / (…) los procesos concursales no responden principalmente al interés que aparece a primera vista, esto es el económico, regulado por el derecho privado, sino a la necesidad social de minimizar las implicaciones que supone la crisis de una empresa sobre la economía y la sociedad en general, en la medida en que involucra no solo a la empresa y sus propietarios, sino también a los trabajadores, a las familias de éstos, a las personas que se benefician o participan de manera indirecta en la cadena de producción, a los bancos y demás entidades crediticias, a sus ahorradores, y al Estado mismo, que ve reducida la capacidad contributiva de todos los implicados. / "Por ello, iniciado el juicio concursal, el impulso del procedimiento está a cargo del juez, que actúa sin que sea necesaria petición de los interesados".[196]

7. Como consecuencia de este principio, no podría dejarse la suerte del concurso

---

195 Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2009.

196 Superintendencia de Sociedades, Sentencia de 5 de abril de 2004. Proceso Verbal Sumario (artículo 39 de la Ley 550 de 1999) de Édgar José Namén Ayub contra Autos Marca Ltda. y Financiera Mazdacrédito Compañía de Financiamiento Comercial, cit.

al impulso de una sola de las partes, pues ello sería incompatible con la naturaleza del proceso. En esta medida, la jurisprudencia de tiempo atrás ha considerado que, a diferencia de los procesos de naturaleza ordinaria, "en virtud del interés general que revisten los procesos concursales no terminan por desistimiento ni les son aplicables las normas sobre perención".[197]

8. Así las cosas, las normas del Código General del Proceso sobre desistimiento tácito no son aplicables al proceso de insolvencia o de intervención, pues ello supondría dejar en pendencia los derechos de la totalidad de los acreedores y afectados interesados en la terminación y el buen suceso de sus créditos y reclamaciones. Mal podría tutelarse el derecho de la universalidad de los acreedores o afectados si se dejara la suerte de todos ellos a la voluntad de alguno o algunos de los sujetos del concurso y se permitiese la terminación del proceso a causa de su inactividad.

9. Es claro, por tanto, que el proceso concursal no es pasible de desistimiento expreso ni tácito, pues ello afectaría la universalidad de los acreedores o afectados del concurso. Otra cosa ocurre con los derechos de cada una de las partes del proceso, individualmente considerados, tal como se pasa a analizar a continuación.

II. Situación de los derechos de cada uno de los acreedores y afectados

10. Si bien es cierto que el proceso concursal involucra un interés general, no ocurre lo mismo con cada una de las solicitudes y reclamaciones que los acreedores y afectados presentan al proceso, para hacerlas valer en dicho escenario. Se trata en ambos casos de derechos de crédito[198], así algunos de ellos por expresa disposición legal se encuentren excluidos de la masa.[199]

11. Por regla general, los derechos civiles, como el de crédito, se estructuran sobre la base de su disponibilidad. El artículo 15 del Código Civil indica que "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

El poder dispositivo que esta norma dio a las partes sobre sus derechos comprende "los derechos civiles susceptibles de ser válidamente renunciados, y por sentido contrario, de ellas se deduce también los que no pueden renunciarse, esto es, los

197 Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2002.
198 Sobre la naturaleza de la obligación de devolver en los procesos de intervención, Vid. Superintendencia de Sociedades, Auto 400-005967 de 18 de abril de 2016 proferido en el proceso de intervención Alternativas Financieras S.A. y otros.
199 En el caso de los afectados con la captación, el artículo 7 parágrafo 2, Decreto 4334 de 2008 dispone que "Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos".

derechos conferidos por la ley no sólo en interés individual sino también en interés colectivo y social y aquellos cuya renuncia prohíbe expresamente la ley".[200]

12. La renunciabilidad de los derechos es un desarrollo del principio general de la autonomía privada, que está en la base misma de la ordenación de los actos y negocios jurídicos de contenido patrimonial. La jurisprudencia ha planteado que, en virtud de este principio, el titular de un derecho "detenta plena disposición para optar por desligarse de uno u otro derecho"[201], que "los promotores de la negociación pertinente, gozan, también, en línea de principio, de la facultad de disponer de las facultades que el pacto les depare; decisión que puede involucrar, inclusive, la renuncia de ellos"[202], que "las restricciones a la libertad contractual o autonomía privada dispositiva son excepcionales, requieren texto legal, de cuya finalidad, al menos, en protección de determinados sujetos o intereses vitales, pueda inequívocamente desprenderse"[203], y que "por supuesto, delineado tal espectro, que incluye la posibilidad de hacer dejación de un derecho específico o la renuncia del mismo; en términos generales, en la medida en que no contravenga el orden público o las buenas costumbres (art. 16 C. C.), la parte que así proceda no tendría restricción alguna y, por ello, viabilizar el pacto gestado resultaría una garantía legal".[204]

13. Atendiendo estas premisas, el legislador previó como regla general que fueran renunciables todos los derechos civiles, independientemente de su naturaleza, con la única salvedad de aquellos en los que esté interesado el orden público de la Nación. A falta de distinción, y con la salvedad que se acaba de enunciar, no es dable al intérprete distinguir, y dicho principio debe entenderse aplicable a todos los derechos derivados de normas dispositivas o permisivas. Así, ha sostenido la jurisprudencia nacional que "las leyes, como es bien sabido, desde el punto de vista de su contenido y sanción, se clasifican en imperativas, que mandan hacer algo o proceder en cierto sentido; en prohibitivas, que ordenan que no se ejecute un hecho de manera que no puede realizarse en forma ni bajo condición algunas, y en permisivas, que no mandan la ejecución ni la abstención de un hecho, sino que simplemente lo permiten, advirtiéndose, desde luego, como diferencia esencial entre ellas, que en las dos primeras se impone el concepto de obligación, en tanto que en las leyes permisivas se percibe destacadamente la idea de derecho. Son

---

200 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de junio de 1940, G.J. XLIX, pp. 568-569.

201 9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de marzo de 2012, Exp. 11001 31 03 042 2007 00067 01.

202 Ibídem.

203 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2011, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01.

204 Sentencia de 23 de marzo de 2012, cit

los derechos originales en las leyes permisivas los que pueden ser materia de renuncia válida; pero no todos los derechos que confieren esta especie de normas legislativas, sino solamente aquellos que afectan directamente y de manera exclusiva el interés particular y cuya renuncia no sea objeto de una prohibición legal fundada en consideraciones de orden público o de interés social o por concepto de buenas costumbres".[205]

14. Ahora bien, en nuestro sistema de derecho privado, allí donde se admite la renuncia, ésta puede ocurrir de manera expresa o tácita. Expresamente, cuando su titular así lo ha declarado de manera inequívoca; tácitamente, cuando a través de un hecho inequívoco, su titular da a entender su voluntad de prescindir de él.

15. La renuncia expresa puede ocurrir de muy diversas formas, según la forma en que se exteriorice: sea a través de un acto unilateral, como la remisión o condonación de deuda, ora de un desistimiento, bien en virtud de un negocio jurídico bilateral, como un contrato de transacción o de un acuerdo conciliatorio.

16. La remisión de deuda o condonación, es una de las formas arquetípicas de extinción de las obligaciones civiles,[206] y consiste en la exoneración, liberación o perdón de una deuda, total o parcial, que unilateralmente hace el acreedor. Acto de renuncia que procede sin mayores formalidades que la insinuación notarial exigida para la donación cuando la cuantía del derecho condonado sobrepasa los cincuenta salarios mínimos legales mensuales.[207]

"El artículo 1625 del Código Civil prevé que las obligaciones se extinguen, 'en todo en parte', por el fenómeno de la 'remisión'. Esto significa, de conformidad con el artículo 1711, ibídem, que se trata de una liberación voluntaria del acreedor hacia el obligado de todo o de parte de la deuda, por las circunstancias que fueren, sin recibir nada a cambio o en pago.

"Lo anterior, desde luego, es permitido tratándose de un acto enteramente dispositivo, cual ocurre en el caso, en donde la condonación o remisión de parte del capital o de los intereses, sólo mira la situación particular del acreedor. Y sí una de las formas de expresión de esa figura jurídica la constituye, al decir de la Corte, 'el recibo del capital sin reserva alguna', pues ello equivale a la 'condonación de los intereses', o la 'destrucción o entrega del título de la deuda', a 'su remisión', con mayor razón ello

---

205 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de junio de 1940, G.J. XLIX, pp. 568

206 Código Civil, artículo 1625.4 y 1711 a 1713.

207 Código Civil, artículos 1712 y 1458. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC11027 de 21 de agosto de 2015, Expediente T 1100122030002015-01514-01.

es de recibo cuando así se consiente en forma expresa".[208]

"Cuando el acreedor perdona o condona la deuda o concede una rebaja (quita), sea del principal, sea de complementos: intereses, frutos, indemnizaciones, gastos, sea de una parte o de una o varias cuotas, prescinde del interés consiguiente, de ordinario patrimonial. Que la remisión es un acto dispositivo y que es de la iniciativa autónoma del acreedor, es algo que no da lugar a duda".[209]

17. Sin duda alguna, la renuncia voluntaria que haga el acreedor a su derecho de crédito es admisible en los procedimientos de insolvencia e intervención y produce efectos sin que haya lugar a mayores consideraciones. La misma Ley 1116 de 2006 respeta y protege el derecho que tiene cada uno de los acreedores a renunciar parcial o totalmente al cobro del capital debido, y prevé la posibilidad de que cuando medie "con el consentimiento individual y expreso del respectivo acreedor", se puedan prever "quitas y condonaciones"[210] en los acuerdos de reorganización y sus reformas[211], sea que se celebren en el marco de un proceso recuperatorio, o como medio para resolver la liquidación[212], así como en los acuerdos extrajudiciales que se someten a validación.[213]

La transacción es "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".[214] La transacción "implica un acto de disposición, porque en ella cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener";[215] "las partes, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, se hacen justicia sin la intervención de los juzgadores, esto es, que ellas mismas sacrificando parcialmente sus pretensiones".[216]

En esta medida, esta figura conlleva renuncias o concesiones mutuas, cuestión que si bien no está prevista por el legislador, de tiempo atrás la jurisprudencia ha reconocido como elemento de la esencia del negocio: "En realidad lo que caracteriza el contrato de transacción es que acaba con un pleito o lo previene, mediante el sacrificio recíproco del derecho que cada una de las partes cree poseer, sacrificio

208 16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC10152-2014 de 31 de julio de 2014, Expediente C-1100131030252001-00457-01.
209 HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones, tomo I – Concepto estructura, vicisitudes.
210 Ley 1116 de 2006, artículo 33, especialmente el numeral 2.
211 Por remisión del artículo 31 parágrafo ejúsdem.
212 Por remisión del artículo 66 ejúsdem.
213 Por reenvío del artículo 84 ejúsdem
214 Código Civil, artículo 2469
215 23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 marzo de 1926, G.J. XXXII, p. 217.
216 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 20 de enero de 1987,G.J. CLXXXVIII, pp. 6-7.

que en manera alguna implica que las concesiones de las partes sean exactamente iguales, sino que cada una renuncia aun cuando sea a una parte de su derecho.

"Teniendo en cuenta la mencionada característica de la transacción, esta bien podría definirse así: el contrato en que las partes, mediante concesiones recíprocas, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

"En consecuencia, para que exista realmente el contrato de transacción se requieren tres requisitos: 1º existencia de un litigio aun cuando no esté sometido a los jueces; 2º intención de ponerle fin; y 3º concesiones recíprocas otorgadas con ese fin".[217]

19. Ahora bien, desde su propia definición legal, la transacción es un contrato; se trata pues de "un negocio extrajudicial o sea, una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona".[218] En esta medida, "participando la transacción de la naturaleza de los contratos, ésta se rige por los principios que dominan los actos jurídicos (artículos 1740, 1741, 1766, 2470, 2476, 2477, 2478, 2480, 2483, 2484 Código Civil)",[219] y debe llenar los requisitos de capacidad, consentimiento libre de vicios, y objeto y causa lícitas que se predica de todo negocio jurídico a partir del artículo 1502 del Código Civil.

Así, como la transacción implica necesariamente un acto de disposición de intereses por parte del deudor (y no solo del acreedor), la celebración de este tipo de contratos tiene amplias restricciones dentro del escenario concursal, ya que las sociedades sujetas a insolvencia o intervención están fuertemente limitadas.

Por ello, la Ley 1116 de 2006 prohíbe la celebración de contratos de transacción con los acreedores por fuera del escenario concursal, desde el momento mismo en que se presenta la solicitud de reorganización.[220] Cualquier transacción celebrada a partir de ese momento tendría objeto ilícito por vulnerar una disposición imperativa en la que está interesado el orden público económico, y sería absolutamente nula[221] o ineficaz de pleno derecho[222] dependiendo de si se perfeccionó antes o después de la admisión al proceso recuperatorio, a menos de que medie autorización del juez

---

217 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de diciembre de 1938, G.J. XLVII, pp. 479-480; reiterada en varios fallos posteriores.
218 26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de mayo de 1966, G.J. CXVI, pp. 95-96.
219 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de octubre de 1979, G.J CLIX, pp. 301-302
220 Ley 1116 de 2006, artículo 17
221 Código Civil, artículo 1741; Código de Comercio, artículo 899 numerales 1 y 2.
222 Código de Comercio, artículo 897; Ley 1116 de 2006, artículo 17 parágrafo 2.

del concurso.[223] Por su parte, las sociedades en liquidación sólo tienen capacidad limitada para desplegar los actos tendientes a una pronta liquidación,[224] y el juez del concurso tiene la potestad de objetar los contratos que celebre el liquidador y que afecten el patrimonio o los intereses de los acreedores;[225] actos sancionables con nulidad por falta de capacidad o, en todo caso, inoponibles a la sociedad. En igual sentido, el régimen de intervención supone restricciones similares a partir de la toma de posesión.[226]

Si el asunto fue sometido a decisión de un juez de la República, y está pendiente de fallo definitivo, la transacción también consiste en una forma anormal de terminación del proceso.[227] Sin embargo, la transacción puede recaer sobre asuntos que ya fueron resueltos judicialmente, como "la actuación posterior a la sentencia", en caso de "diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia"[228], e, incluso, podría versar "sobre las condenas impuestas en la sentencia"[229] (supuesto que no estaba previsto en vigencia del Código de Procedimiento Civil) y que faculta a las partes de un litigio concluido para modificar, en ejercicio de su libertad contractual, decisiones con fuerza de cosa juzgada que al respecto se hayan proferido, siempre y cuando en ellas no esté involucrado el orden público.

20. La conciliación, por su parte, es un mecanismo alternativo de resolución de controversias en la que las partes, con la mediación de un conciliador, llegan a un acuerdo vinculante. Se trata de "un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes"[230], que para su funcionamiento se vale de "la intervención de un tercero neutral -conciliador- quien, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y el imparte su aprobación".[231]

Según la Corte Constitucional, la conciliación es "un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes"[232], que "permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los

223 Por ejemplo, en los artículos 17 inciso primero y parágrafo 4º (adicionado por la Ley 1429 de 2010, artículo 34)
224 Ley 1116 de 2006, artículo 48.2.
225 Ejúsdem, artículo 5 numeral 3.
226 Decreto 4334 de 2008, artículo 9.
227 Código General del Proceso, artículos 312 y 313
228 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 5 de noviembre de 1996, Exp. 4546.
229 Código General del Proceso, artículo 312.
230 Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 1999.
231 Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001.
232 Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 1999.

asociados”[233]; “constituye una actividad preventiva” o “una causal de terminación anormal del proceso”[234] según se celebre antes o durante un proceso judicial; se vale de un conciliador, tercero imparcial que “no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral”[235]; adicionalmente, las decisiones que allí se adopten tienen “la fuerza vinculante de una sentencia judicial (res iudicata) y presta mérito ejecutivo”.[236]

Pero más allá de estos aspectos generales, se destaca que la conciliación “se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico”[237], y por tanto, constituye un mecanismo de disposición o renuncia de intereses por parte de los interesados en ella. En efecto, y de acuerdo con la ley, se trata de un mecanismo que procede frente a “todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación”.[238] Se trata, por tanto, de una forma de disposición de intereses privados que puede abarcar como fórmula de arreglo la renuncia de derechos de las partes del acuerdo conciliatorio.

21. El desistimiento es un mecanismo procesal de renuncia de derechos que se proyecta en el contexto de su reclamación jurisdiccional. Dicha figura implica una renuncia a las pretensiones formuladas a la justicia, renuncia que, indirectamente, también incidirá en la posibilidad de hacer efectivo el derecho sobre el cual versaban las pretensiones desistidas.

Dice al respecto la Corte Suprema de Justicia que “el desistimiento es un palmario ejemplo de un acto procesal, en cuanto que la parte que hace uso de él está renunciando a un pronunciamiento judicial de fondo sobre determinada cuestión sometida a la jurisdicción -sobre una pretensión, excepción, como también sobre un recurso, ora respecto de una prueba pedida con el fin de darle soporte al supuesto fáctico de sus peticiones-. Contrario a lo que acontece en la transacción, en este mecanismo procedimental no existe disposición de derecho sustancial alguno, como bien lo anotó el maestro Jaime Guasp, tan solo se renuncia a un futuro pronunciamiento judicial que, indudablemente, podrá o no afectar un derecho sustancial. En opinión de este autor, ‘la renuncia -transacción o cesión del derecho, se añade- tiene por objeto, en este caso, la pretensión procesal y no el derecho alegado como fundamento: el demandante abandona o desiste del proceso, pero no abandona ni desiste del ejercicio de los derechos que puedan corresponderle’

233 Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001
234 Sentencia C-160 de 1999, cit
235 Ibídem.
236 Sentencia C-893 de 2001, cit.
237 Sentencia C-160 de 1999, cit
238 Ley 640 de 2001, artículo 19, en concordancia con los artículos 8 y 13.3 ejúsdem.

(Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pag. 529). De igual forma que la transacción, producirá los efectos de cosa juzgada referida exclusivamente al objeto y partes que intervinieron en el proceso".[239]

Con excepción de los incapaces que carezcan de licencia judicial previa, los apoderados no facultados para ello y los curadores ad litem,[240] puede desistir válidamente todo aquel que haya acudido a la administración de justicia: "el demandante, al ser capaz, es por excelencia quien puede declinar su litigio".[241]

22. La renuncia tácita, de otro lado, parte del entendimiento de que la actitud pasiva del titular de un derecho se interpreta como abandono y supone, de manera implícita pero inequívoca, su voluntad de renunciar a él.

23. Desde el punto de vista sustancial, puede renunciarse tácitamente a ciertos derechos cuando a través de un comportamiento inequívoco se descarta el ejercicio de un derecho. Así, por ejemplo, en los supuestos de renuncia tácita a la prescripción[242] o cuando, en virtud de la aceptación del pago tardío se purga el incumplimiento que habría dado lugar a la resolución del contrato.[243]

25. El principio dispositivo "deja a la iniciativa y responsabilidad de las partes la carga de proporcionarle al juez los elementos de la sentencia, mediante la demanda, las pruebas y las alegaciones escritas u orales. Resultando de ello que el juez debe abstenerse de declarar hechos no alegados ni discutidos por las partes, las cuales son para él verdades incontrovertidas. El principio contrario al dispositivo lo forma el inquisitivo o principio de conocimiento de oficio"[244]

De acuerdo con el principio dispositivo, las partes del proceso están llamadas a hacer valer sus derechos ante el juez, sin que este pueda entrar a suplir las falencias de las partes motu proprio. El ejercicio incompleto o inadecuado de las reclamaciones que los distintos sujetos procesales formulen a los jueces o las deficiencias en la

---

239 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto A-022 de 7 de febrero de 2000, Exp. 7778.

240 Código General del Proceso, artículo 315.

241 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC2210-2017 de 21 de febrero de 2017, Exp. 05001-22-03-000-2016-00940-01

242 Código Civil, artículo 2514. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de junio de 2005, Exp. 7921.

243 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de diciembre de 2009, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01

244 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI, p. 615.

prueba de los hechos que sustentan sus solicitudes, son entendidos como un acto de disposición de los intereses del solicitante, y equivalen a una renuncia. Por ello, la jurisprudencia ha considerado como consecuencias del principio dispositivo que "1º Las peticiones de las partes condicionan los poderes del juez y determinan los límites y el contenido de los distintos actos de protección jurídica. (…) 2º Las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia (…) 3º La alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento incontrovertido de la sentencia (…) 4º El reconocimiento y la renuncia de la acción vinculan al juez".[245]

El principio dispositivo, con todo, morigeró su alcance en los procesos civiles a partir de la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1970, en el que "se adoptó el criterio opuesto, es decir, el de considerar las normas procesales como de derecho público y se consagró como predominante el sistema inquisitivo, especialmente en materia probatoria, precisamente en orden a procurar que las sentencias se ajusten a la realidad social y no sean meramente formales".[246] La potestad oficiosa de decretar pruebas es una expresión de esta ruptura, así como diversos poderes de dirección del proceso, ajuste del trámite y control de legalidad, algunos de los cuales se fortalecieron tras la expedición del Código General del Proceso.

Con todo, numerosas instituciones procesales mantienen un corte dispositivo, tal como se expresa, por vía de principio, desde el artículo 8 del estatuto general del proceso.

26. Muy similar al principio dispositivo es el de impulso de parte, según el cual "Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio".[247] De acuerdo con esta directriz, son las partes interesadas quienes deben procurar lo necesario para que en el proceso se resuelvan sus solicitudes y se provea sobre las pretensiones u excepciones planteadas. Así, por regla general, los distintos sujetos del proceso deben plantear al juez sus solicitudes, aportar o pedir las pruebas que las sustenten, ejercer en tiempo los recursos a que haya lugar, solicitar aclaraciones, adiciones o correcciones cuando sea del caso y, en términos generales, proveer lo necesario para la defensa de sus intereses.

27. Por su parte, el principio de eventualidad o preclusión "señala que las oportunidades para realizar los actos del proceso son perentorias e improrrogables, porque la seguridad jurídica, la economía procesal, así como el impulso de parte que nutre el procedimiento civil, justifican que los interesados en la definición de

245 Ibídem, pp. 615-616.
246 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de abril de 1989, s.p.
247 Código General del Proceso, artículo 8

las controversias concurran a desarrollar las actividades dentro de las ocasiones señaladas legal o judicialmente".[248] De acuerdo con él, la dinámica del proceso ofrece a los interesados unas oportunidades precisas para que ejerzan sus derechos, límite temporal que, una vez agotado, excluye a posibilidad para actuar. Así, salvo circunstancias realmente extraordinarias, los términos y oportunidades procesales no pueden ser revividas.

28. Sea que se trate de cuestiones en que está en juego uno cualquiera de los tres principios mencionados, ello se expresa en la noción de "carga procesal". Sobre esta noción, ha explicado la Corte Suprema de Justicia que "las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e, inclusive, hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

"Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa".[249]

Si bien algún sector ha estudiado la perención desde una óptica sancionatoria,[250] la jurisprudencia observó en ella una forma de renuncia tácita, que se manifiesta en el proceso bajo la forma de abandono y falta de impulso:

"Desde un punto de vista subjetivo se ve en el abandono, en que el actor tiene el proceso, una presunción de que su voluntad es dejarlo extinguir sin que se llegue a la sentencia definitiva, mientras que en términos subjetivos se observa que un estado de cosas así, originado en la paralización del trámite, atenta contra la seguridad jurídica y es aconsejable liberar a las autoridades judiciales de las obligaciones, deberes, responsabilidad e inconvenientes que supone una litispendencia permanente e indefinida (…); cuando la parte interesada deja paralizado el proceso por un tiempo

248 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 5 de junio de 2007, Exp. 11001-3103-036-2002-01032-01.

249 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 17 de septiembre de 1985, G.J. CLXXX, p. 427.

250 "La perención es en general una forma de terminación anormal del proceso, de la instancia o de la actuación, que opera de oficio o a petición de parte, como sanción a la negligencia, omisión, descuido o inactividad de la parte a cuyo cargo esté la actuación" Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 2001.

más o menos prolongado, es porque no tiene interés en su prosecución y se infiere que ha desistido tácitamente de la instancia, situación que autoriza al Estado a exonerar a sus propios órganos de las obligaciones a ellos exigibles como secuela de una relación procesal pendiente".[251]

La perención llevaba a la terminación automática del proceso casi exclusivamente basada en la inactividad del proceso. En esta medida, el legislador del año 2003 la consideró como "una disimulada denegación de justicia" y decidió eliminarla para hacer énfasis en el papel del juez como "protagonista del proceso".[252] Sin embargo, la revivió luego para los procesos ejecutivos, "como medida derivada de la injustificada inactividad de la parte actora, constituye un mecanismo idóneo y constitucionalmente admisible para contribuir eficazmente a la descongestión del aparato judicial, dentro del margen de configuración propio del legislador"[253], hasta la expedición del Código General del Proceso, que la derogó para los procesos civiles, comerciales, agrarios y de familia.[254]

30. El desistimiento tácito, por su parte, consiste también en una forma de terminación anormal del proceso como consecuencia de la inactividad de la parte interesada; pero a diferencia de la perención, en lugar de derivar de la simple parálisis del proceso, la Ley 1194 de 2008 la concibió como la reacción al incumplimiento de una carga procesal. Así, en el trámite del proyecto de ley se expresó, entre otras cosas, que "la figura del desistimiento tácito presenta las siguientes ventajas.

"1ª. Es de aplicación en todo tipo de procesos civiles. No importa si se trata de un proceso de conocimiento, de un ejecutivo o de uno de liquidación. Lo cierto es que si el juez no puede darle impulso en la forma en que la ley se lo ordena por falta de un acto de quien lo promovió, el proceso no debe seguir en el Despacho Judicial, pues sólo causa 'estorbo'.

"2ª. Es de aplicación en toda actuación que se promueva, incluyendo los incidentes o la convocatoria de terceros. De manera que la desidia de los demandantes que promueven estas actuaciones no podrá causar el estancamiento del proceso.

"3ª. No genera discusiones en torno a los efectos de su declaratoria. La disposición propuesta claramente señala que queda sin efectos la demanda o la solicitud, y el proceso o la actuación respectiva deben terminar de inmediato. Esta no extingue el

---

251 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto A-103 de 6 de septiembre de 1988, GJ CXCII, pp. 126-127.
252 Informe de ponencia al Primer debate del Proyecto de Ley 204 de 2001 Senado, "" (Ley 794 de 2003), en Gaceta del Congreso 152 de 8 de mayo de 2002.
253 Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008, reiterada luego en la sentencia C-787 de 2011.
254 Código General del Proceso, artículo 626 literal a).

derecho reclamado, salvo que haya expirado la oportunidad para ejercerlo, como cuando se haya consolidado la caducidad o vencido el término para invocarlo dentro del proceso, según el caso.

"4ª. No termina el proceso inadvertidamente. Antes de decretar la terminación del proceso, el juez debe ordenarle en forma concreta al demandante o a quien haya promovido la actuación, la realización de un acto, y otorgarle el término de veinte días para obedecer. De modo que cuando se decrete la terminación del proceso, el actor está claramente avisado.

"5ª. No es consecuencia del simple olvido del litigante. Lo que reprocha esta disposición es la desobediencia de la parte a la orden impartida por el juez, a pesar de la advertencia.

"6ª. No somete al juez ni a la persona afectada con medidas cautelares a una espera tan prolongada (seis meses), como lo proponía el proyecto de ley con la figura de la perención judicial. En verdad el término de veinte días [treinta en la versión final del proyecto sancionada como Ley 1194 de 2008] es suficiente para que el demandante o quien haya promovido cualquier otra actuación procesal realice lo que le corresponda en aras de facilitar el impulso del proceso. (…)

"7ª. No toma por sorpresa al afectado. La disposición que se propone plantea un juego limpio y frentero. Por un lado, con la orden que imparte el juez, las partes quedan advertidas de lo que ocurrirá si no se obedece. Y por otro lado, el auto que decreta la terminación se notifica por estado, que es la notificación que las partes deben estar esperando mientras el proceso no haya ingresado para sentencia".[255]

"Dichas finalidades y la forma prevista por el legislador para atenderlas fueron avaladas por la jurisprudencia constitucional así: "el legislador previó que antes de que el juez disponga la terminación del proceso, debe ordenar que se cumpla con la carga procesal o se efectúe el respectivo 'acto de parte' dentro de un plazo claro: treinta (30) días. De esta manera, se estimula a la parte procesal concernida a ejercer su derecho de acceso a la administración de justicia, a que respete el debido proceso y a que cumpla sus deberes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Ello, a su turno, promueve las finalidades mencionadas, sin sorprender a la parte ni desconocer sus derechos procesales".[256]

---

255 Informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 62 de 2007 Cámara "Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Civil y se dicta otras disposiciones" (Ley 1194 de 2008), en Gaceta del Congreso 481 de 28 de septiembre de 2007, pp. 3-4
256 Corte Constitucional, Sentencia C-1186 de 2008.

31. El Código General del Proceso, en su artículo 317, recogió la figura del desistimiento tácito concebida en la Ley 1194 de 2008, y la complementó con otras modalidades que si bien se asemejan a la perención del antiguo Código de Procedimiento Civil, pues prevén la terminación del proceso por su inactividad durante más de un año cuando no se ha proferido aún sentencia o por más de dos, cuando hay sentencia y está pendiente su ejecución. Tuvo en cuenta el legislador que "como los procesos inactivos atentan contra la eficacia y congestionan los despachos judiciales, se amplía la figura del desistimiento tácito (moderna perención) compatible con el principio inquisitivo que rige la impulsión de los procesos por parte del juez, para que los pleitos abandonados puedan terminar y dejen de engrosar injustificadamente las cifras de procesos en trámite"[257]

32. Según la jurisprudencia, el desistimiento tácito genera diversos efectos, y "entre ellos que: (I) se termina el proceso, (II) la demanda solo se puede volver a presentar pasados seis meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto, (III) se tornan ineficaces todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y notificación de la demanda que dio origen al proceso o a la actuación cuya terminación se decreta y (IV) que decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido.

"Ahora bien, tal sanción no puede aplicarse de manera automática a todos los juicios civiles y de familia sino que debe revisarse de manera concreta el asunto y la naturaleza del mismo para determinar su procedencia, pues en atención a las consecuencias que genera su decreto, hacerlo de manera irreflexiva y mecánica generaría en algunas controversias, una abierta y ostensible denegación de justicia".[258]

33. Frente al desistimiento tácito previsto en el Código General del Proceso, la jurisprudencia ha coincidido en afirmar que "la exigencia de cumplir determinada carga procesal y aplicar la sanción ante la inobservancia regulada en el precepto citado, no puede ser irreflexiva de las circunstancias especiales previstas en el referido artículo, sino que debe obedecer a una evaluación particularizada de cada situación, es decir, del caso en concreto, para establecer si hay lugar a la imposición de la premisa legal (…) porque la actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y

257 Exposición de motivos al Proyecto de Ley 196 de 2011 Cámara "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones", Gaceta del Congreso 119 de 23 de marzo de 2011, p. 94.

258 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC14353-2016 de 6 de octubre de 2016, Exp. T 6800122130002016-00503-01.

sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales".[259] En esta medida, la figura del desistimiento tácito no es procedente en los siguientes casos:

a. En todos aquellos en que la carga procesal consiste en la notificación del auto admisorio de la demanda y está aún pendiente la práctica de una medida cautelar. Dicha restricción se deriva del mismo artículo 317 C.G.P., cuyo numeral 1 dispone que "el juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumar las medidas cautelares previas".

Esta restricción adquiere sentido "cuando se encuentran actuaciones pendientes para consumar una cautela, no se puede requerir a la parte demandante para que realice las diligencias de notificación del extremo pasivo, porque se alertaría a la parte sobre la cual recaerían tales medidas, pudiendo terminar estas condenadas al fracaso de su ulterior objetivo, esto es, que de manera precautelativa se lograse inmovilizar el patrimonio o parte del mismo perteneciente al demandado como garantía de lo pretendido".[260]

b. Cuando la parte afectada con el desistimiento tácito es un incapaz que carece de apoderado judicial. Según dispone el mismo artículo 317 del Código General del Proceso en su último literal "h), el presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial".

c. En los procesos donde se debatan derechos de algunos sujetos de especial protección constitucional, como los niños y, especialmente, el derecho de alimentos. "En ese sentido, es que esta Sala ha señalado que en algunos procesos de características particulares, como, verbi gracia, el de alimentos de menores no puede tener cabida la mencionada norma [el artículo 317 del Código General del Proceso], pues en él no solo se debate un derecho que de conformidad con el artículo 424 del Código Civil es intransferible, inajenable e ineluctable sino que, además, garantiza los recursos necesarios para la subsistencia y el desarrollo hacia la adultez del niño, niña o adolescente, quien es sujeto de especial protección, como quedó claro en líneas precedentes".[261]

---

259 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC16508-2014 de 4 de diciembre de 2014, Exp. 05001-22-03-000-2014-00816-01.
260 Ibídem.
261 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC8850-2016 de 30 de junio de 2016, Exp. 05001-22-10-000-2016-00186-01. En el mismo sentido, la Sentencia STC9811-2016 de 19 de julio de 2016, Exp. 8800122080002016-00014-01, de esa misma corporación.

d. Como mecanismo de terminación de procesos liquidatorios, en general, y, específicamente, en los procesos de sucesión y de liquidación de sociedad conyugal.[262] Así, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que "la figura del 'desistimiento tácito', como mecanismo de terminación de juicios que es, (…) no ha de aplicarse a asuntos de naturaleza liquidatoria, como quiera que por esa vía se llegaría a la inaceptable conclusión de que, operado el desistimiento tácito por segunda vez, una masa sucesoral jamás podría llegar a ser materia de repartición, dejando a los herederos perennemente desprovistos de su legítima asignación que por virtud de ley les pueda corresponder, lo que acarrearía, por ende, quedar los bienes relictos indefinidamente en indivisión y los interesados en continua comunidad"[263]

e. Tampoco puede decretarse el desistimiento tácito por no haberse cumplido una carga procesal que carezca de fundamento legal, según lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, al considerar en varios casos en los que ha considerado que "la actuación del funcionario accionado comporta una violación al debido proceso de la tutelante, por cuanto impuso una obligación no prevista en la legislación"[264], y que "la carga que le trasladó el Juzgado accionado a la parte demandante y por la cual, ante su aparente incumplimiento, decidió terminar el proceso por desistimiento tácito, resulta infundada y constituye una vía de hecho por defecto procedimental que vulnera gravemente los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de la justicia de la interesada".[265]

f. Si bien se ha admitido la terminación por desistimiento tácito de los procesos donde se debaten derechos colectivos, como en las acciones populares, debido al carácter irrenunciable e imprescriptible de estos derechos, la jurisprudencia ha excluido algunas restricciones derivadas de dicha forma de terminación del proceso. Así, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia que "el actor constitucional está en posibilidad de incoar nuevamente su queja por la presunta vulneración de derechos colectivos, sin aguardar al transcurso de los seis (6) meses de que trata el literal f del artículo 317 del Código General del proceso, ya que al tratarse de prerrogativas de carácter irrenunciable e imprescriptible, no les son aplicables las sanciones derivadas de la figura jurídica en comento".[266]

---

262 71 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 13 de agosto de 2013, Exp. 1100122100002013-00241-01; STC14909-2014 de 30 de octubre de 2014, Exp. 4100122140002014-00257-01; STC1760-2015 de 23 de febrero de 2015, Exp. 7600122100002014-00345-01; y STC4726-2015 de 23 de abril de 2015, Exp. 5000122130002015-00150-01, entre otras.

263 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de agosto de 2013, Exp. 11001-22-10-000-2013-00241-01.

264 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de agosto de 2013, Exp. 11001-22-10-000-2013-00241-01.

265 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC6945-2015 de 4 de junio de 2015, Exp. 11001-02-03-000-2015-01115-00.

266 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC3633-2017 de 15 de marzo de

34. Los desarrollos de la jurisprudencia sobre el desistimiento tácito confirman lo dicho en cuanto a que los procesos liquidatorios no son susceptibles de terminación por desistimiento tácito. Sin embargo, nada se dice en relación con los créditos y reclamaciones de los acreedores y afectados de dichos procesos. Por esta razón, se debe analizar de manera reflexiva y ponderada sobre la procedencia del desistimiento tácito de dichas solicitudes, y del requerimiento previsto en el numeral primero del artículo 317 C.G.P. con dicho fin.

III. Las reclamaciones derechos de los acreedores en los procesos de insolvencia e intervención son derechos renunciables

35. En los procesos de insolvencia e intervención, el papel de los acreedores y afectados gravita en torno a la reclamación de derechos de naturaleza crediticia y de carácter patrimonial. Los derechos de este tipo, "por estar en el comercio humano, son derechos enajenables, prescriptibles, renunciables, transigibles y por consiguiente su titular está asistido de facultad legítima para disponer de ellos a su talante"[267], entre otras, a través de los mecanismos de renuncia expresa y tácita que se explicaron más arriba.

36. Diversas disposiciones en el estatuto de insolvencia empresarial son desarrollos del principio de renunciabilidad de los derechos de los acreedores que intervienen en ellos, y la estructura misma de la mayor parte de las etapas e instituciones del concurso responden a los intereses de quienes intervienen, en ejercicio de su autonomía privada y de su poder dispositivo.

37. La primera expresión de la renunciabilidad de los derechos en los procesos de insolvencia e intervención, se plasma en el principio de negociabilidad. Los procedimientos de insolvencia deben tender a "la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor" (artículo 4.5). Este principio tiene dos desarrollos en los procesos regulados por el estatuto de insolvencia empresarial: unos de naturaleza sustancial y otros de naturaleza procesal.

38. El primer perfil del principio de negociabilidad, esto es, el sustancial, reafirma el carácter patrimonial de los intereses involucrados en la insolvencia, y dota a las partes del proceso de la potestad de convenir soluciones a los distintos aspectos en juego. No en vano desde la misma exposición de motivos de la Ley 1116 de 2006

2017, Exp. 66001-22-13-000-2017-00029-01. En el mismo sentido, la Sentencia STC491-2017 de 25 de enero de 2017, Exp. 66001221300020160106801, de esa misma Corte.

267 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de octubre de 1974, G.J. CXLVIII, página 275.

se dio un rol central al poder de negociación de los acreedores interesados con miras a atacar “el origen de la crisis de las empresas” y a plantear “mecanismos que permitan corregir las deficiencias de los deudores, a través de la reconversión o reorganización de la empresa, como un concepto de carácter operativo”. Así, el proyecto de ley se justificaba en que “los problemas empresariales requieren para su solución, en primer lugar, recursos y decisiones económicas y administrativas adoptadas directamente por los interesados, esto es por los acreedores involucrados en el riesgo de la empresa, quienes son los llamados a evaluar y negociar, con base en una información adecuada, la decisión de celebrar un acuerdo recuperatorio o una adjudicación de los bienes del deudor, sin dilaciones y procedimientos que lo único que conseguían era aumentar el endeudamiento y la obsolescencia de los bienes”.[268]

La centralidad del concordato o de los acuerdos recuperatorios o liquidatorios, es evidente a este respecto. Sobre este punto, a lo largo de la historia se han planteado distintas aproximaciones a la naturaleza del concordato y de su fuerza vinculante; para algunos, la obligatoriedad de este tipo de acuerdos deriva de una decisión judicial; para otros, de un acto de autonomía privada de las partes del acuerdo; para otros más, finalmente, se trata de una combinación de estas posiciones. Pero más allá de las distintas posturas acerca del origen último de su fuerza vinculante, es claro que tanto el concordato como los acuerdos asimilables tienen naturaleza convencional, y parten de un ejercicio de negociación de quienes concurren a ellos. Lo dicho del concordato se aplica en todo tipo de procesos de insolvencia e intervención, como los acuerdos de reorganización, tanto judiciales como extrajudiciales sujetos a validación, los acuerdos de adjudicación y los planes de desmonte de los sujetos intervenidos de acuerdo con el Decreto Legislativo 4334 de 2008.

Así, el ordenamiento colombiano da a todos los acreedores la posibilidad de negociar la forma en que serán atendidos sus créditos, incluso por una cuantía inferior o con una cosa distinta de la prevista inicialmente en el contrato. Entre otras, si se cuenta con las mayorías legales o con el consentimiento individual y expreso del respectivo acreedor, se pueden pactar prórrogas, plazos de gracia, quitas o condonaciones[269], capitalizar acreencias o prever daciones en pago.[270]

39. El segundo perfil de la negociabilidad, el procesal, se desarrolla en una secuencia de etapas en las que se les concede a las partes de una controversia la posibilidad de resolver sus diferencias de manera conciliada o negociada ante el auxiliar de

---

268 Exposición de Motivos al Proyecto de Ley 207 de 2005 Senado, en Gaceta del Congreso 943 de 23 de diciembre de 2005, página 24.
269 Artículo 31.2 de la Ley 1116 de 2006
270 Artículo 42 ibídem.

la justicia, antes de que el juez del concurso tenga la oportunidad de tomar una decisión al respecto. Así ocurre con las objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto, inventarios y avalúos, sea en los procesos recuperatorios,[271] ora en los liquidatorios[272] o en la adjudicación de activos en los procesos de liquidación judicial.[273] Incluso, en algunos casos el legislador optó porque las partes tuvieran la oportunidad de negociar sobre problemas en la celebración o en la ejecución del acuerdo y evitar con ello la liquidación, como ocurre en caso de ilegalidad del acuerdo presentado al juez para su confirmación[274] o ante la denuncia de incumplimiento del acuerdo celebrado.[275]

40. Una segunda expresión de la renunciabilidad de los derechos de los acreedores en los procesos de insolvencia regidos por la Ley 1116 de 2006, tiene relación con la imposición de cargas procesales, entendidas como "la exigencia legal de una conducta de realización facultativa, establecida en el exclusivo interés del litigante, y cuya omisión trae aparejada para él consecuencias desfavorables".[276] En esta medida, "por efecto del principio dispositivo que campea en este específico campo de la jurisdicción, es a las partes a quienes corresponde determinar el ámbito de sus reclamos, quejas e impugnaciones, y a las que les compete acatar las cargas y deberes que la ley les impone, que no al juez".[277]

41. Son muchas y muy variadas las cargas de los acreedores y los afectados en los procesos de insolvencia e intervención. En los procesos de reorganización, los acreedores tienen la carga de promover el proceso de insolvencia por su propia iniciativa o a través de una actuación administrativa previa ante la Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control del deudor[278]; comparecer directamente o a través de apoderado[279]; verificar que su crédito haya sido relacionado por el concursado en la solicitud de admisión, en su actualización o en los demás documentos que hacen parte del expediente[280]; solicitar al deudor, a los acreedores o al auxiliar de la justicia la información necesaria para el desarrollo del proceso[281]; cuando no se haya relacionado su crédito, presentarse en la oportunidad para

271 Artículo 29 de la Ley 1116 de 2006
272 Por remisión del artículo 48.5 ejúsdem.
273 Artículo 57 ejúsdem.
274 Artículo 35 ejúsdem
275 Artículo 46 ejúsdem.
276 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de noviembre de 1972
277 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 22 de noviembre de 2013, Exp. 11001-31-03-024-2007-00258-01.
278 Artículo 11 de la Ley 1116 de 2006.
279 Artículo 11 parágrafo ejúsdem
280 Artículos 13.7 y 19.3 de la Ley 1116 de 2006 y 123 del Código General del Proceso.
281 Artículo 4.4 de la Ley 1116 de 2006.

formular objeciones[282]; controvertir, vía objeción, los proyectos de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto e inventarios del deudor, respecto de la existencia, cuantía, titularidad, clase o grado de los créditos y los votos asignados al acreedor respectivo[283], entre otras circunstancias; intervenir en el término de traslado de las objeciones que formulen los demás sujetos del proceso[284]; acreditar los hechos en los que se sustentan sus objeciones o descorres con pruebas documentales[285]; comparecer y participar en las audiencias que se convoquen para la resolución de objeciones o para la decidir sobre el acuerdo presentado[286]; negociar y votar el acuerdo[287]; presentar observaciones al acuerdo presentado por el promotor[288]; denunciar los incumplimientos del deudor respecto de lo estipulado en el acuerdo de reorganización[289]; solicitar aclaraciones, adiciones o correcciones, nulidades procesales, formular recusaciones o interponer recursos contra las providencias que profiera el juez del concurso[290] y pronunciarse sobre las solicitudes y recursos que presenten los demás sujetos procesales[291]; intervenir, negociar y votar en el trámite de las eventuales reformas al acuerdo de reorganización[292], entre otras.

Adicionalmente, los acreedores beneficiarios de garantías reales tienen la carga de solicitar la exclusión de los bienes no necesarios que respalden sus créditos, para perseguirlos por fuera del concurso;[293] objetar los proyectos que presente el promotor cuando no sean reconocidos en la condición y con los votos dispuestos en la ley de garantías mobiliarias[294]; solicitar que se le pague con preferencia a los demás acreedores del acuerdo[295] o que se extienda la calidad de crédito garantizado

---

282 Artículo 26 ejúsdem.
283 Artículos 19.4 y 29 ibídem.
284 Artículo 29 ejúsdem.
285 Artículos 167 y 263 y ss. del Código General del Proceso, 29 y 30.1 de la Ley 1116 de 2006. Sobre los alcances de esta carga en el proceso concursal ver, in extenso, el auto 400-009736 de 22 de junio de 2016, proceso de reorganización de Productos Químicos Panamericanos S.A.
286 El artículo 107 del Código General del Proceso dispone que “las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes”; norma aplicable a las audiencias de los artículos 30 y 35 de la Ley 1116 de 2006.
287 Artículos 31 a 34 de la Ley 1116 de 2006
288 Artículo 35 ejúsdem.
289 Artículo 46 ejúsdem.
290 Artículos 285 a 287, 133 a 138, 140 a 147, 302 y 317 a 318 del Código General del Proceso.
291 Artículo 110 ejúsdem.
292 Artículo 31 parágrafo de la Ley 1116 de 2006.
293 Artículo 50 inciso segundo de la Ley 1676 de 2013.
294 Ibídem, inciso quinto.
295 Ibídem, inciso sexto. Sobre este punto, véase el auto 400-008463 de 11 de mayo de 2017 en el proceso de reorganización de Productos Químicos Panamericanos S.A.

a todos los créditos hasta la concurrencia del bien dado en garantía[296], entre otras.

42. En sede de liquidación judicial, además de los aspectos del proceso de reorganización compatibles, deben resaltarse las cargas de los acreedores de presentar oportunamente sus créditos al liquidador con prueba de su existencia y cuantía[297]; de solicitar la celebración del contrato de compraventa de vivienda, cuando su crédito derive de un contrato de promesa sobre un bien de esta especie[298]; de negociar y celebrar, en caso de ser posible, el acuerdo de adjudicación sobre los bienes del deudor, incluidos en los inventarios y avalúos[299]; intervenir en la audiencia de confirmación del acuerdo y presentar sus reparos, solicitar aclaraciones o adiciones o recurrir el auto que lo confirme[300]; recibir los bienes adjudicados, en el estado en que se encuentren, dentro de los treinta días siguientes a la adjudicación[301]; en caso de que no se quiera aceptar la adjudicación hecha, informar al liquidador de dicha circunstancia dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que confirme el acuerdo o que adjudique los bienes[302]; solicitar la adjudicación adicional de los nuevos bienes del deudor que se hayan dejado de inventariar[303]; objetar las cuentas finales rendidas por el liquidador dentro de los veinte días siguientes a su presentación[304] o promover la celebración de un acuerdo de reorganización dentro de la liquidación judicial, cuando ello sea viable y conveniente.[305] Los acreedores de obligaciones caucionadas con garantías mobiliarias, además, tienen la carga de solicitar la exclusión[306] o la adjudicación directa[307] de los bienes garantizados de la masa de la liquidación.

43. En sede de intervención, los afectados y, cuando la modalidad del proceso lo permite, también los acreedores de los intervenidos, están llamados a cumplir con un gran número de cargas procesales, como la presentación de las reclamaciones ante el agente interventor o liquidador dentro de los diez días siguientes a la publicación del aviso que dé cuenta de la intervención[308]; interponer el recurso de reposición contra la decisión del auxiliar de a justicia dentro de los tres días siguientes a su

296 Artículo 50 inciso séptimo de la Ley 1676 de 2013.
297 Artículo 48.5 de la Ley 1116 de 2006.
298 Artículo 51 ejúsdem.
299 Artículo 57 inciso segundo ejúsdem.
300 Artículo 57 inciso tercero ejúsdem.
301 Artículo 58 inciso final ejúsdem.
302 Artículo 59 inciso primero ejúsdem.
303 Artículo 64.1 ejúsdem.
304 Artículo 65.2 ejúsdem.
305 Artículo 66 ejúsdem.
306 Artículo 52 inciso primero de la Ley 1676 de 2013.
307 Artículo 52 incisos segundo y tercero ejúsdem.
308 Artículo 10 literal b) del Decreto 4334 de 2008.

expedición[309]; y recibir el pago de las devoluciones aceptadas en cada uno de los planes de pagos correspondientes,[310] entre otras.

44. Del mismo modo, y con independencia del proceso concursal de que se trate, los acreedores tienen la carga de promover acciones revocatorias o de simulación concursales para reconstituir el patrimonio del deudor en concurso[311]; acciones de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales o empleados de la concursada[312]; o acciones de responsabilidad de matrices y controlantes[313], de solicitar ante el juez del concurso el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de actos o negocios jurídicos del deudor cuando así esté previsto en la ley[314] o de hacer valer la inexistencia de negocios jurídicos relevantes para el proceso[315] o la nulidad absoluta de aquellos que hayan sido celebrados con objeto o causa ilícita, cuando se reúnan las condiciones para realizar dicha declaratoria.[316]

45. Las cargas y posibilidades de renuncia de los derechos de los acreedores y de

---

309 Artículo 10 literal d) ejúsdem.
310 Artículo 10 literal f) ejúsdem.
311 Artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 y 2.2.2.14.3.1., Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

312 Artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.
313 Artículo 61 ejúsdem.
314 Artículo 76 ejúsdem, en relación con el artículo 897 del Código de Comercio. Sobre la competencia del juez del concurso, los requisitos y efectos del reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, véase el auto 400-017280 de 10 de noviembre de 2016, en el proceso de liquidación judicial de Pollos PLG S.A.S., así como el auto 400-011032 de 11 de julio de 2017 en el proceso de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial de Estrategias en Valores S.A. y otros.
315 Artículo 898 del Código de Comercio. Sobre la competencia del juez del concurso, los requisitos y efectos del reconocimiento de los eventos de inexistencia de contratos y otros negocios jurídicos, véase el citado auto 400-011032 de 11 de julio de 2017, en el que también se cita jurisprudencia sobre el tema.
316 Artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del Código Civil. Véase también el auto 400-011032 de 11 de julio de 2017, ya citado. Las condiciones para la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos son, según la jurisprudencia: "1ª, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3ª, que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de abril de 1946, G.J. LX, p. 363, reiterada en numerosas sentencias posteriores). El deber de todos los jueces de la República de declarar la nulidad absoluta de los negocios viciados con objeto o causa ilícitos también fue reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia C-345 de 2017.

los afectados en los procesos de insolvencia e intervención son el reflejo de que tales prerrogativas, para el Legislador, tienen la naturaleza de derechos disponibles, y son susceptibles de sujetarse a las condiciones previstas para su renuncia.

IV. Procedencia del desistimiento tácito respecto de las reclamaciones y créditos no recibidos por sus beneficiarios en los procesos de insolvencia e intervención

46. Establecido que las reclamaciones y créditos presentados en un proceso concursal versan sobre derechos renunciables, cabe preguntarse ahora si la figura del desistimiento tácito puede predicarse de dichas solicitudes, en especial cuando existen reservas a favor de los afectados y acreedores respectivos, pero sus titulares no los han reclamado.

47. Las reclamaciones y créditos de los procesos concursales no están dentro de ninguna de las categorías legales y jurisprudenciales excluidas de dicha figura:

a. Primero, el recibo de los referidos pagos no está supeditado a la práctica de medidas cautelares ni está comprendida por la limitación impuesta, a este respecto, por el numeral 1 del artículo 317 C.G.P.

b. En segundo término, las solicitudes que dieron origen a la constitución de dichas reservas, en principio, no se refieren a incapaces sin apoderado judicial. Las reclamaciones y los créditos involucrados en el proceso de intervención deben estar precedidas de una solicitud formulada ante el liquidador por una persona con capacidad de ejercicio[317], que adicionalmente no requiere de la intervención de abogado para hacerlo valer en el proceso concursal respectivo.[318]

c. En tercer lugar, el objeto de los procesos de insolvencia e intervención no es la protección de derechos de sujetos de especial protección constitucional. Se trata de mecanismos de protección del derecho de crédito, de recuperación empresarial, de liquidación patrimonial con fines de pago, o de devolución de dineros ilegalmente captados del público, de naturaleza puramente patrimonial. En todos estos asuntos, por vía de principio, no pesa la condición de especial protección constitucional del sujeto en cuestión, sino el derecho de crédito y el interés general que subyace a éste y a la empresa como motor de la economía, mecanismo de creación y circulación de riqueza y fuente generadora de empleo. Si bien puede haber acreedores o afectados de especial protección constitucional, esta condición es protegida en el concurso a través de las reglas propias de la conformación de la masa y de la calificación y

317 Artículos 48.5 de la Ley 1116 de 2006 y 10 literal b) del Decreto Legislativo 4334 de 2008.
318 Artículo 11 parágrafo de la Ley 1116 de 2006.

graduación que el constituyente y el legislador han asignado a cada una de las acreencias y reclamaciones.

d. En cuarto lugar, como se ha dicho, una cosa es el proceso liquidatorio, que no puede terminar por vía de desistimiento tácito y otra cosa es cada una de las reclamaciones y acreencias que se busca satisfacer en el concurso. El eventual desistimiento tácito de algunas de las reclamaciones o acreencias en cuestión no es un mecanismo de terminación del proceso liquidatorio y, por tanto, no se puede encajar dentro de esta regla de exclusión.

e. En quinto lugar, la carga de recibir los bienes y dineros con que se pagan las reclamaciones y los créditos, está prevista en la ley, sea de una manera genérica (la normalización del pasivo está prevista como una de las finalidades de los concursos recuperatorios[319], el pago a los acreedores como el propósito de los procesos liquidatorios[320], y la devolución de recursos como fin último de los de intervención[321], sea como una carga específica de los adjudicatarios de bienes en los trámites de liquidación.[322] Por tratarse de una carga prevista en la ley, resulta perfectamente posible requerir su cumplimiento por parte del juez del concurso.

49. El caso concreto plantea la situación de un considerable número de sumas de dinero que fueron adjudicadas en el presente proceso concursal y que no han sido reclamados por los adjudicatarios; situación que se ha mantenido a lo largo de un amplio lapso que abarca varios meses. Cabe analizar si los adjudicatarios de los referidos títulos pueden ser requeridos por el juez del concurso, so pena de que proceda el desistimiento tácito de sus reclamaciones.

50. De acuerdo con el artículo 191 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, los títulos de depósito judicial están constituidos por los dineros que deban consignarse a órdenes de los despachos jurisdiccionales, de conformidad con lo previsto en la ley. Entre otros, y de conformidad con lo previsto tanto en el régimen de insolvencia empresarial, en el decreto de intervención y el estatuto general del proceso, se encuentran aquellos dineros sobre los cuales hayan recaído medidas cautelares, y con las que se realicen los pagos o adjudicaciones a que haya lugar en el proceso respectivo.[323]

---

319 Artículos 1 inciso segundo y 34 de la Ley 1116 de 2006.
320 Artículos 1 inciso tercero, 58 y 59 ejúsdem.
321 Artículo 2 del Decreto Legislativo 4334 de 2008.
322 Artículos 58 y 59 de la Ley 1116 de 2006.
323 Código General del Proceso, artículo 593.10, en concordancia con la Ley 1116 de 2006, artículos 5.2, 19.7, 20, 36, 48.3, 54, 57, 58 y 70, así como el Decreto 4334 de 2008, artículo 10 literales e), f) y parágrafo 1º.

51. Ahora bien, cuando en un proceso judicial se ordena transferir a alguna de las partes los dineros contenidos en títulos de depósito judicial, y se ordena para el efecto su transferencia, resulta apenas lógico que el beneficiario de tales órdenes tiene la carga de recibir. En efecto, por la propia naturaleza de las cosas, toda obligación de dar o entregar tiene como contrapartida que el destinatario reciba los bienes o dineros que se pretende transferir.

En el ámbito de las obligaciones nacidas del contrato, el recibo de los bienes es una verdadera obligación, que en caso de ser incumplida, da derecho a quien intentó frustradamente la entrega, a ejercer ciertos derechos para evitar que dicha situación se perpetúe de manera indefinida: "si el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida, existe en el comprador la obligación correlativa de recibirla, y el artículo 1883 del Código Civil le concede ciertos derechos cuando el comprador se pone en mora de recibir; y del mismo modo, si el comprador debe pagar el precio, el vendedor está obligado a recibirlo, y si no lo hace, la justicia lo fuerza a ello mediante el pago por consignación".[324]

En el ámbito del proceso, el recibo de las sumas que se asigne a alguna de las partes tiene la naturaleza de una auténtica carga procesal, pues por un lado, se trata de un acto de parte de carácter facultativo ya que "el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello", y por el otro lado, su "omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso".[325]

52. Por otro lado, debe resaltarse que el desistimiento tácito puede ser decretado respecto de cargas que surjan incluso con posterioridad a la definición judicial de la controversia. Varios argumentos llevan a soportan esta conclusión.

En primer término, tal como ya se explicó ampliamente, el desistimiento tácito conlleva una forma de renuncia, y procede respecto de todos aquellos derechos que sean susceptibles de disposición por las partes; y un derecho patrimonial a una suma de dinero, que por su propia naturaleza es disponible, no dejará dicha calidad por el solo hecho de haber sido definido en su existencia, cuantía, o de haberlo asegurado con la adjudicación de un título judicial.

En segundo lugar, la misma ley dota a las partes de la capacidad de disponer de

---

324 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de mayo de 1929, G.J. XXXVI, p. 449.

325 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 17 de septiembre de 1985, cit.

sus derechos incluso con posterioridad a la sentencia. Así, el Código General del Proceso permite, por ejemplo, que los sujetos de la controversia celebren contratos de transacción sobre "las condenas impuestas en la sentencia".[326] En otras palabras, para el mismo legislador la cosa juzgada no es un impedimento de orden público que impida a las partes disponer de lo resuelto por el juez. Y si puede transigirse sobre lo ordenado en una sentencia judicial, con mayor razón podrá remitirse, renunciarse, o desistirse expresa o tácitamente.

En tercer lugar, la regulación misma del desistimiento tácito en el Código General del Proceso permite que a este se llegue en cualquier etapa del trámite jurisdiccional, incluso con posterioridad a la sentencia. Incluso se establece una regla especial para los casos de desistimiento tácito por inactividad de las partes, cuando el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada.[327]

53. Adicionalmente, el desistimiento tácito de las reclamaciones o créditos del concurso no sólo es posible, sino que además resulta conveniente para el proceso, de acuerdo con los principios aplicables al proceso de insolvencia o de intervención, en procura de la mejor administración de los activos disponibles y con miras a realizar de la mejor manera posible los intereses del concurso como un todo. Así, advierte el Despacho que el desistimiento tácito de las reclamaciones y créditos que cuentan con los dineros no reclamados por sus titulares es la manera en que mejor se realizan los intereses del proceso, tal como se sigue de las siguientes observaciones:

54. En primer lugar, el desistimiento tácito, en principio, no extingue el derecho del reclamante. De acuerdo con la regulación legal del desistimiento tácito, la extinción del derecho del reclamante sólo ocurre en caso de que sea decretado por segunda vez el desistimiento tácito entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones.[328] En esta medida, y en caso de que las condiciones lo permitan, el reclamante o afectado en contra del cual se declare el desistimiento tácito podrá solicitar de nuevo al intervenido la devolución o el pago, una vez haya concluido el proceso de intervención y se restablezca el derecho de ejecución individual de los acreedores anteriores al concurso.

Ahora bien, el decreto del desistimiento tácito no implica que el afectado o el acreedor respectivo deban iniciar un nuevo proceso concursal; una vez restablecidas las condiciones para el ejercicio individual de la acción ejecutiva, podrán intentarla ante los jueces ordinarios, a través de alguno de los procesos previstos en el artículo

326 Código General del Proceso, artículo 312, inciso tercero.
327 ejúsdem, artículo 317.2 literal b).
328 Código General del Proceso, artículo 317.2 literal g).

422 y siguientes del Código General del Proceso. En todo caso, las reglas sobre desistimiento tácito se refieren al ejercicio de la pretensión implícitamente desistida, mas no al tipo de proceso en el que se hubiese decretado el desistimiento.

55. El desistimiento tácito permite además mantener el destino de los bienes dentro de la liquidación. En efecto, el desistimiento tácito de las solicitudes de los beneficiarios de dineros no reclamados tienen como consecuencia directa que los dineros depositados regresan al patrimonio a liquidar y puede beneficiar a los acreedores de la no masa o de la masa que aún se encuentren pendientes de pago, según las reglas dispuestas para el efecto en el artículo 64 de la Ley 1116 de 2006.

56. El desistimiento tácito no disminuye el patrimonio a liquidar. Los dineros no reclamados no saldrían del patrimonio de los liquidados y beneficiarían a la universalidad de los afectados y acreedores, a quienes se asignarían los nuevos recursos líquidos que no fueron reclamados en tiempo por los destinatarios originales de los títulos.

57. El desistimiento tácito aprovecha plenamente la liquidez del concurso. Al preverse la reinversión de los dineros en beneficio de la universalidad de los afectados y acreedores del concurso, el desistimiento garantiza la existencia de una mayor liquidez, en procura de un pago más eficaz a los interesados en el proceso concursal.

58. El desistimiento tácito facilita la realización de devoluciones y pagos en el curso de la liquidación. El reintegro de los dineros no reclamados al proceso haría más fácil el pago a los afectados y acreedores restantes, pues resulta mucho más sencilla la entrega de recursos líquidos, en lugar de adjudicar bienes en especie, a menudo en común y proindiviso. Ello también evita o mitiga el riesgo de nuevos procesos jurisdiccionales para resolver la situación de los copropietarios adjudicatarios, cuando a ello hay lugar.

59. El desistimiento tácito protege de mejor manera los derechos de los acreedores internos y de los intervenidos. Según se explicó, el desistimiento tácito impide que activos del patrimonio de los concursados tengan un destino distinto del propio proceso concursal. Ello asegura que los bienes del patrimonio serán empleados en su totalidad en la devolución a los afectados y en el pago a los acreedores, y que se evitará al máximo la pérdida del valor, protegiendo, de paso, los derechos que sobre los remanentes tendrían los acreedores internos de las sociedades liquidadas o los intervenidos, al cabo de la liquidación.

60. El desistimiento tácito favorece a los afectados y acreedores interesados en el

recibir devoluciones y pagos, pues su decreto frente a las reclamaciones y créditos de quienes no mostraron un interés en comparecer al proceso a reclamar los dineros reservados a su favor premia la actividad de quienes sí estuvieron interesados en el proceso y en ejercer de manera efectiva sus derechos.

VI. Formulación de requerimiento en el caso concreto

61. Ahora bien, el Despacho encuentra que a la fecha las personas relacionadas por el auxiliar de la justicia que constan en los antecedentes de esta providencia no han reclamado la suma que les fue adjudicada, a pesar de que en muchas ocasiones se trata de planes de pagos que fueron anunciados desde hace varios meses e incluso varios años. Ello, por supuesto, trae graves consecuencias para un proceso de intervención que se encuentra en su etapa final, y que requiere definición en lo relacionado con la reclamación y las reservas constituidas para atenderla; pero también para los afectados que sí han demostrado interés en obtener la devolución de las inversiones hechas, para los acreedores de los intervenidos, que aún se encuentran a la espera del pago de sus acreencias, y de los mismos intervenidos, cuyo patrimonio se ve comprometido en reclamaciones en cuya devolución sus titulares no han demostrado interés.

62. En virtud de la anterior situación, y con fundamento en las consideraciones expuestas ampliamente en el presente auto, se requerirá a los afectados que no han reclamado los dineros reservados a su nombre para que cumplan con la carga de recibirlos. Para ello, se concederá el término legal de treinta (30) días, que se computarán a partir del día siguiente a la notificación por estado de esta providencia, so pena de que se entienda desistida tácitamente su reclamación.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Requerir a las personas relacionadas en los antecedentes de la presente providencia para que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reciban los dineros adjudicados, so pena de que opere el desistimiento tácito de su reclamación.

Acta N° 400-002306 de 27 de Noviembre de 2017	
Sujeto del proceso	Elite International Américas S.A.S. y otros.
Asunto	Fraude a la ley en operaciones de captación ilegal.

Consideraciones del despacho

1. Sería del caso resolver sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de María Matilde Carrasquilla Sicard. Sin embargo, analizados los documentos y las demás actuaciones del caso que fueron aducidos por los distintos intervinientes en la actuación, llamó la atención del Despacho que el contrato de promesa de compraventa que sirvió de base para todas las operaciones que hoy son materia de análisis, y cuyo texto fue aportado con el radicado 2017-01-104247, adolece de vicios trascendentes que impiden la producción de efectos jurídicos.

2. El referido contrato, celebrado por escrito entre María Matilde Carrasquilla Sicard y Colombia Land S.A., ambos por conducto de representante, tenía como propósito la celebración de un contrato de compraventa del predio identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1826522. Así lo plantea el “Artículo I”, en su “Sección 1.01”, que se refiere al objeto del contrato, en estos términos: “Objeto.- LA PROMITENTE VENDEDORA se obliga a vender, a título de venta real y efectiva, en favor de EL (sic) PROMITENTE COMPRADOR, el pleno derecho de dominio, propiedad y posesión, que tiene y ejerce sobre el inmueble que más adelante se identifica y este último se obliga a recibir, al mismo título, el derecho real de dominio, propiedad y posesión sobre el inmueble, de la forma en que se establece en el presente Contrato”; inmueble que se identifica en la “Sección 1.02”.

3. El objeto del contrato de promesa contiene, pues, una obligación principal de hacer: celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble. En estos casos, siguiendo los lineamientos del artículo 1611 del Código Civil, modificado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, el contrato de promesa debe determinar a cabalidad los elementos del contrato prometido y las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que debe celebrarse.

4. Cuando lo prometido consiste en la celebración de un contrato de compraventa de un bien inmueble, la jurisprudencia ha sostenido de manera unívoca que, como elemento esencial del contrato, debe fijarse un plazo o una condición determinados o determinables y, en caso de que haya más de una notaría en el municipio en que deba celebrarse el contrato, la indicación precisa de la oficina notarial en donde habrá de suscribirse la escritura pública.

5. Respecto de lo primero, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que “obvia consecuencia de la finalidad de la promesa, que es, se repite, la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente, es la de que las partes no queden ligadas por ella de manera indefinida: por lo consiguiente, en su celebración debe evitarse toda incertidumbre sobre la época en que ha de concertarse el contrato prometido y determinarse esa época. Es por ello por lo que el ordinal 3° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 dispone que la promesa de contrato, para su validez, debe contener ‘un plazo o-condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato’; pero (…) para cumplir tal exigencia no puede acudirse a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación, son instrumentos idóneos que sirvan para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida”.[329]

6. Respecto de lo segundo, la misma corporación ha sostenido que “es necesario (…) determinar con precisión la notaría en que en su momento ha de otorgarse la escritura pública, pues como lo enseña el artículo 1857 del Código Civil, en su inciso segundo, la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública. Siendo contrato solemne esta clase de ventas, y consistiendo precisamente la solemnidad en el otorgamiento de la escritura ante notario, indispensable se hace precisar la notaría donde ha de solemnizarse la venta de inmuebles”.[330]

7. Analizado el contrato de promesa celebrado entre Carrasquilla y Colombia Land S.A., es evidente que su contenido no cumple con ninguno de los elementos que se acaban de enunciar, pues en ningún punto se hace mención del día, la hora o el lugar en el que se extenderá el instrumento público que perfeccione el contrato de compraventa prometido.

8. En efecto, en el “Artículo III”, y más específicamente en la “Sección 3.01” del documento, se indicaron el lugar, la fecha y la hora en que se haría el “Otorgamiento de la Escritura Pública de Transferencia” al patrimonio autónomo derivado del contrato de “fiducia mercantil irrevocable” que “desde ahora se compromete a constituir EL PROMITENTE COMPRADOR en la Fiduciaria Panameña OWENS WATSON (sic)”, contrato cuyo propósito era “garantizar el cumplimiento del pago del valor del presente contrato [la promesa]”, según refiere el “Parágrafo I” del artículo

329 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de julio de 1983, G.J. CLXXII, p. 122.
330 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de enero de 1979, G.J. CLIX, p. 11.

anterior del documento contractual. Como se ve, no se fijaron fecha, hora y sitio de celebración del contrato prometido sino de la transferencia al patrimonio autónomo a título de fiducia mercantil.

9. Ahora bien, podría considerarse que el contrato de promesa de compraventa que ahora se analiza no debe leerse de manera aislada sino integrando su contenido con la operación fiduciaria, y que, en realidad, el patrimonio autónomo sería el vehículo a través del cual se celebraría el contrato de compraventa, el "medio encaminado a facilitar o posibilitar la realización de la prestación principal"[331], en este caso, la celebración del contrato de compraventa prometido. De acuerdo con esta postura, la falta de determinación del lugar, fecha y hora de la celebración de la escritura pública de compraventa se habría sustituido con una remisión al contrato de fiducia, pues este último contrato tendría como finalidad principal la ejecución del contrato de promesa, bajo la modalidad de coligación contractual que la jurisprudencia define como "contrato específico con prestación subordinada de otra especie".[332] Sin embargo, esta apreciación debe desecharse.

10. En primer término, observa el Despacho que el "Contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración de inmueble celebrado entre Colombia Land, y otros y Fiduciaria Owens and Watson", cuya copia reposa, entre otros, en el radicado 2017-01-104247, consta en documento privado que dice haber sido firmado el 4 de octubre de 2015, pero cuyos sellos notariales de reconocimiento fueron impuestos el 10 de noviembre de 2015, de la Notaría 43 de Bogotá. Con posterioridad, se corrió una escritura pública (la 2409 de 10 de noviembre de 2015, otorgada en la Notaría 2 de Bogotá, aportada, entre otros, en los radicados 2016-01-610921 y 2017-01-176141), que tenía por objeto la transferencia, a título de fiducia mercantil de garantía y administración, del varias veces nombrado lote Santa Lucía.

11. De entrada se advierte que el mencionado negocio no cumplió con las solemnidades sustanciales para su existencia, de acuerdo con el artículo 898 del Código de Comercio, ya que no consta en escritura pública. En efecto, el artículo 1228 del estatuto mercantil dispone que "[l]a fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes"; solemnidad que la ley sustancial requiere para los bienes inmuebles (como surge, entre otros, de los artículos 760, 1457, 1857, 1956 y 2434 del Código Civil y 12 del Decreto 960 de 1970). A pesar de que la transferencia del lote al supuesto patrimonio autónomo se hizo constar en instrumento público, en él no se protocolizó el contrato de fiducia.

---

331 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI, p. 571.
332 Ibídem.

Desde la cláusula primera del contrato referido en dicha escritura, las partes se limitaron a expresar que la señora María Matilde Carrasquilla Sicard, en su calidad de "beneficiaria tradente", transfiere el inmueble a título de fiducia mercantil de garantía y administración, pero no incluyeron en dicho acto notarial ninguno de los elementos esenciales del contrato de fiducia. Así las cosas, se advierte que si bien "[d]e la regulación legal colombiana y, en particular de su definición normativa, comporta el negocio jurídico de fiducia mercantil, la transferencia real y efectiva de uno o más bienes, el encargo de gestión reflejado en su administración o enajenación, la finalidad determinada en interés del constituyente, beneficiario o fideicomisario y la remuneración del fiduciario"[333], en la Escritura Pública 2049 de 10 de noviembre de 2015 sólo se incluyeron los aspectos relativos a la transferencia del inmueble, sin expresar en qué consistía el encargo ni su finalidad ni mucho menos los aspectos relacionados con la gestión o administración del patrimonio autónomo.

Por tanto, este Despacho observa que el negocio que determina los elementos esenciales de la fiducia carece de la solemnidad legal constitutiva de la escritura pública, por estar involucrado un bien raíz, mientras que la escritura pública de trasferencia del bien inmueble al patrimonio autónomo carece de los elementos de la esencia para la celebración de un contrato de fiducia mercantil. En estas condiciones, es forzoso concluir que el contrato no existe.

12. Podría considerarse que la fiducia mercantil o la transferencia del inmueble puedan subsistir porque, en aplicación del principio de conservación del contrato, los vicios advertidos podrían "en últimas no aniquilar totalmente su eficacia", porque "desde una perspectiva jurídica distinta es viable su conversión en otro [contrato] diferente".[334] Sin embargo, en el presente caso, ello no es posible porque el negocio celebrado en documento privado depende de la transferencia de un bien inmueble al patrimonio autónomo (como se deriva del contenido del Capítulo V del "contrato"), y porque la transferencia del bien inmueble que pretendía hacerse mediante escritura pública va dirigida a un patrimonio autónomo derivado de un contrato de fiducia inexistente (como se desprende desde el mismo objeto del negocio allí protocolizado). Pensar en un negocio sin el otro es en un sinsentido que no puede subsanarse para rescatar la existencia de alguno de los dos negocios.

13. Pero, incluso, si se admitiese, en gracia de discusión, que existen tanto el contrato de fiducia como la transferencia del inmueble al patrimonio autónomo, tampoco habría de producir efectos dicho convenio, pues adolece de nulidad absoluta. El

---

333 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 11001- 3103-036-1999-01458-01.

334 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 05001-3103-017-2002-00189-01.

artículo 1226 del Código de Comercio establece, con carácter de orden público, que "solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria [hoy Superintendencia Financiera de Colombia], podrán tener la calidad de fiduciarios"; calidad que no tiene el supuesto fiduciario que firmó, a través de su representante, tanto en el documento privado como en la escritura pública. En efecto, la sociedad fiduciaria Owens & Watson Trust Corp. es una compañía panameña que no cuenta con la autorización de las autoridades locales para ofrecer sus servicios como fiduciaria, tal como se desprende de la información proveniente de la Superintendencia Financiera de Colombia en el documento radicado 2017-01-358252. De esta forma, el contrato de fiducia adolece de nulidad absoluta, sea por falta de capacidad de una de sus partes, sea por contrariar disposiciones establecidas en defensa del orden público económico, como la ausencia de autorización oficial para la actividad fiduciaria, vicios que llevan a la destrucción de los efectos del contrato en virtud de lo dispuesto en los artículos 899 del Código de Comercio y 1740 y siguientes del Código Civil.

14. Pero, incluso, si el contrato de fiducia hubiese existido y fuere válido, tampoco podría suplir el defecto avizorado en el contrato de promesa de compraventa celebrado entre María Matilde Carrasquilla Sicard y Colombia Land S.A. Debe, en efecto, debe recordarse que en la especie de coligación contractual de que se trata, "se aplican los textos legales que rigen el contrato tipo", en este caso, las reglas aplicables al contrato de promesa, pues esa es la "finalidad total del contrato"[335] coligado. Sin embargo, este no es el caso, tal como resulta de las observaciones siguientes.

En primer término, el contrato de fiducia no comprende dentro de su objeto ni la transferencia del bien inmueble al fideicomitente deudor (pues sólo se hace referencia al aporte de dicho bien al patrimonio autónomo) ni mucho menos define el día ni la hora de la celebración del negocio traslaticio del derecho de dominio a favor de Colombia Land. Pero además, si el contrato de fiducia fuera integrado al de promesa para suplir sus falencias, la verdad es que el primero deja a una sola de las partes de la promesa la determinación de las condiciones de transferencia del inmueble. En efecto, la consideración sexta del referido negocio expresa que Carrasquilla Sicard, en su calidad de beneficiario tradente, "comparece en el presente Contrato solamente con el propósito de fungir como el enajenante del Bien INMUEBLE, materia del mismo que conformará el Fideicomiso, pero no tendrá facultad alguna decisoria frente al mismo, puesto que las instrucciones las impartirá el FIDEICOMITENTE DEUDOR [es decir Colombia Land S.A.] con exclusividad" (énfasis añadido).

335 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1938, cit.

Al respecto, se remite el Despacho a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia sobre este tipo de casos, en que la determinación de los elementos esenciales de la promesa se sujetan a la exclusiva voluntad de una de las partes: "la promesa 'no contiene la época para el cumplimiento de la obligación'; (…) el otorgamiento de dicha escritura quedó sometido a día incierto e indeterminado, puesto que dependiendo de su fijación de la simple voluntad del prometiente comprador, 'no se sabe si ha de llegar, ni cuándo'; (…) el día cierto e indeterminado es una verdadera condición, como lo preceptúa el art. 1141 del C. C., sujeto a las reglas de las condiciones; (…) la condición a la que se sujetó la promesa de compraventa es potestativa, por lo cual las obligaciones contraídas bajo tal condición son nulas según el artículo 1535 del C. C., primer inciso; y (…) en consecuencia, el contrato suscrito en estas condiciones (…) es ineficaz conforme al art. 89 de la Ley 153 de 1887".[336]

15. Ante la indeterminación de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se debe celebrar el contrato de compraventa prometido, es evidente que las partes del negocio no dieron cuenta de los elementos esenciales que la ley determina para este tipo de actos. Queda, pues, determinar las consecuencias de dicha omisión frente a las partes del contrato y respecto del presente proceso de intervención, toda vez que el dinero con el que se pagó parte del precio del contrato prometido, salió del patrimonio de intervenidos por captación.

16. Sobre este punto, la jurisprudencia ha planteado tres posibles escenarios sobre la suerte del supuesto "contrato de promesa de promesa de compraventa". (I) Por un lado, podría pensarse que se trata de un acto nulo, de nulidad absoluta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil, que sanciona de esta forma los actos celebrados con "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos", como las "que son de su esencia" (artículo 1501 ejúsdem), que se extrañan en este caso. (II) Por otro lado, podría plantearse que se trata de un evento de inexistencia contractual, por faltar "alguno de sus elementos esenciales" (artículo 898 del Código de Comercio). (III) Finalmente, podría considerarse que el contrato es ineficaz del pleno derecho, figura que opera cuando en la ley "se exprese que un acto no produce efectos" (artículo 897 del Código de Comercio), supuesto que plantea el mismo artículo 1611 del Código Civil, que dispone que la promesa "no produce obligación alguna, salvo que concurran" la totalidad de los requisitos que allí se expresan, incluidos aquellos que en este caso no se reúnen.

17. Las tres posturas han sido admitidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en diversas decisiones, incluso, en negocios celebrados entre no

336 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de mayo de 1969, G.J. CXXX, p. 126.

comerciantes. Así, por ejemplo, algunas sentencias han considerado que "[c]uando la promesa carece de cualquiera de las exigencias legales previstas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, tal acto se encuentra afectado de nulidad absoluta"[337] por objeto ilícito, "de acuerdo con la doctrina que estructuran los artículos 1517 y 1518 del Código Civil"[338]; otras decisiones han estimado que la promesa a la que le faltan estos elementos o bien no existe o bien resulta ineficaz, porque "faltando la expresión de las cosas esenciales, el contrato no produce efecto"[339], y el juez debe declarar que "no produce obligación alguna"[340] o porque "es ineficaz conforme al art. 89 de la Ley 153 de 1887".[341]

18. Para este Despacho, la ausencia de los elementos esenciales del contrato de promesa de compraventa, como la determinación de la fecha, la hora y la notaría en la que habría de celebrarse el contrato de compraventa prometido, es un claro caso de inexistencia del contrato. Independientemente de que el negocio en examen esté sujeto a las reglas del derecho civil o del derecho mercantil, el mismo régimen general de las obligaciones dispuesto en el Código Civil establece que ante la ausencia de sus elementos esenciales, el contrato no produce efecto alguno o degenera en un tipo contractual distinto (artículo 1501).

19. La jurisprudencia ha aplicado en diversas ocasiones la figura de la inexistencia a los actos, contratos y negocios jurídicos de naturaleza privada, incluso, desde antes de la entrada en vigencia del estatuto mercantil de 1971: "la propia negativa del ser o inexistencia (…) es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad"[342]; "la inexistencia se reconoce para no dar efectos al contrato que legalmente no la tiene (…) cuando sea manifiesta la omisión que impidió la perfección del contrato"[343], "[u]na cosa es que un contrato sea o haya venido a ser vicioso y otra cosa muy distinta es que no se celebrara"[344], pues, en

337 Cortes Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de diciembre de 1981, G.J. CLXVI, p. 631.
338 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de enero de 1979, sin publicar.
339 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de enero de 1979, G.J. CLIX, p. 11.
340 Ibídem.
341 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de mayo de 1969, G.J. CXXX, p. 126.
342 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de mayo de 1968, G.J. CXXIV, p. 168.
343 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de junio de 1892, G.J. VII, p. 261.
344 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de marzo de 1941, G.J. L, p. 803.

este último caso, “aquel erróneo concepto de haberlo celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato qué anular”[345]. Por su parte, diversos casos de ineficacia de pleno derecho aparecen incluso en el Código Civil en todos aquellos eventos en que la ley dispone que alguna cláusula se tenga “por no escrita”[346] o en los que se establezca cierta previsión “no obstante cualquiera estipulación en contrario”.[347]

20. Específicamente en lo que concierne a la ausencia de elementos esenciales, afirma la jurisprudencia que “si el negocio jurídico por definición consiste en la expresión de la voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al faltar aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, mas no un acto de esa índole, conclusión que asimismo se impone (…) en los casos en que se omiten los requisitos esenciales previstos por el ordenamiento para la especie de la que se llegara a tratar, ya que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acuerdo tampoco existe o degenera en otro distinto; (…) conforme a la teoría que se viene desarrollando, la falta de los requisitos esenciales previstos para todos los contratos produce, inexorablemente, la inexistencia de ellos (…)”.[348]

21. Con base en lo anterior, es forzoso concluir que el contrato de promesa de compraventa aparentemente celebrado entre María Matilde Carrasquilla Sicard y Colombia Land S.A. el 14 de octubre de 2015, en realidad nunca nació a la vida jurídica, no existió como negocio jurídico y carece de fuerza obligatoria.

22. La anterior situación lleva a tres consideraciones puntuales. (I) La primera, si el juez del concurso de intervención tiene la posibilidad de reconocer la inexistencia de dicho negocio de manera oficiosa. (II) La segunda, si la inexistencia del contrato lleva al restablecimiento de las cosas al estado anterior. (III) Finalmente, y en caso de resolverse afirmativamente la anterior cuestión, si dicho restablecimiento implica retrotraer lo ejecutado en virtud del contrato a partir de su celebración (ex tunc) o si sólo surte efectos a futuro (ex nunc).

23. Para responder al primer interrogante, la inexistencia “opera, por regla general, de pleno derecho, en el sentido de que cuando uno de los motivos a través de los cuales se la concibe brota en forma diamantina u ostensible, se produce

---

345 Ibídem, p. 802

346 Por ejemplo, en los artículos 1537 y 1950 del Código Civil, o en los artículos 13 y 28 numeral 3 del Código General del Proceso.

347 Por ejemplo, en los artículos 1673 y 2440 del Código Civil.

348 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 05001-3103-017-2002-00189-01.

automáticamente, ipso iure, sin necesidad de un fallo judicial que la declare".[349] La labor del juez que se enfrenta a un caso de inexistencia, se limita a reconocer su ocurrencia a través de una decisión meramente declarativa: "se dirige únicamente al reconocimiento judicial de una relación jurídica o a la constatación de un hecho jurídicamente importante".[350] Sin embargo, ha resaltado la Corte "que el sistema procesal colombiano no ofrece para declarar judicialmente la inexistencia un camino peculiar y distinto del establecido para la nulidad".[351] Por esta razón, puede concluirse con certeza que un juez está habilitado para reconocer la inexistencia de un acto en los mismos casos en que podría declarar la nulidad, que debe ser declarada incluso de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, según se deduce a las claras del artículo 1742 del Código Civil.

24. En efecto, si se considera que la ausencia de los requisitos del artículo 1611 del Código Civil genera la nulidad absoluta del contrato de promesa por objeto ilícito, el artículo 1742 del Código Civil (modificado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936) dispone que esta causal de invalidez "puede y debe ser decretada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato". Se ha expuesto en pluralidad de ocasiones que dicha norma "atribuye al juez no solo la potestad sino el deber de privarlo de la eficacia normativa que por principio le corresponde, declarando la nulidad absoluta del mismo, aun sin petición de parte"[352], siempre y cuando concurran tres circunstancias: "1ª, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3ª, que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron".[353]

Consideraciones análogas cabe hacer, en los casos en que se decide declarar

---

349 Ibídem.

350 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de abril de 1936, G.J. XLIII, p 758; citada también en la sentencia de esa misma Corporación de 29 de febrero de 2012, Exp. 73001-3103-001-2000-00103-01..

351 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 1984, G.J. CLXXVI, p. 189.

352 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 7582.

353 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de abril de 1946, G.J. LX, p. 363, reiterada en numerosas sentencias posteriores.

de manera oficiosa la inexistencia o reconocer la ineficacia de pleno derecho de un contrato, no solo en virtud de la asimilación que en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia se ha hecho de la regulación de la nulidad a las otras especies de ineficacia negocial (como se analizará más adelante en lo que tiene que ver con las restituciones mutuas) sino por tratarse de un requisito lógico. (I) Por un lado, el carácter manifiesto de la causal de inexistencia o ineficacia es una consecuencia natural del carácter dispositivo de los derechos de naturaleza privada (artículo 15 del Código Civil), cuyas excepciones son restringidas y sólo permiten la intervención oficiosa del juez cuando el vicio advertido sea manifiesto. (II) En segundo lugar, la necesidad de que el contrato o negocio inexistente o ineficaz haya sido invocado por las partes como fuente de derechos u obligaciones es una derivación lógica del principio procesal de congruencia, que permite al juez pronunciarse sobre cualquier fenómeno que pueda constituirse como excepción en el proceso, según las pautas del artículo 281 del Código General del Proceso.[354] (III) Finalmente, la necesidad de que concurran los interesados es un requisito derivado del derecho fundamental al debido proceso, que supone el derecho de audiencia, contradicción y defensa de todas las partes de un negocio jurídico, que deben ser convocados como litisconsortes necesarios como supuesto básico para un pronunciamiento sobre la existencia, validez, o eficacia de dicho acto.

25. Si se analiza el caso en concreto, aparecen plenamente acreditados los tres elementos exigidos por la jurisprudencia para que este Despacho se pronuncie oficiosamente sobre el particular y declare motu proprio la pérdida de eficacia del negocio jurídico bajo análisis. (I) En efecto, el vicio aparece de bulto en el contrato analizado, pues la falta de determinación de la fecha, hora y notaría para el perfeccionamiento del contrato de compraventa prometido emerge de una lectura desprevenida del clausulado pactado entre María Matilde Carrasquilla Sicard y Colombia Land S.A. (II) Asimismo, el contrato es fuente de los derechos en litigio en sede del presente proceso jurisdiccional, ya que los derechos que de él se derivan (sea en caso de que haya de cumplirse, ora en el evento en que pierda eficacia y deba retrotraerse lo pagado en virtud del negocio) hacen parte del patrimonio de la intervenida, que respalda la obligación de devolver a los afectados y a los acreedores de este concurso, razón que en su momento motivó el decreto de la medida cautelar cuestionada a través del recurso de reposición. (III) Por último, las partes del negocio de promesa de compraventa están vinculadas al presente proceso con ocasión de la medida cautelar que en su momento se recurrió y han intervenido en este preciso trámite.

---

354 Sobre la facultad para declarar oficiosamente la inexistencia y su fundamento en el principio de congruencia, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC10712-2015 de 12 de agosto de 2015, Exp. 11001-02-03-000-2015-01736-00, entre otras decisiones semejantes.

26. En lo que hace al segundo interrogante, es decir, a si la declaratoria de inexistencia genera la obligación de restablecer las cosas al status quo ante, este Despacho se remite a lo expuesto en providencia reciente, cuyos argumentos se transcriben pues, si bien se refieren a los efectos específicos del reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, resultan del todo aplicables a este caso:

"5. Ahora bien, el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia conlleva el retrotraimiento de los efectos del negocio ineficaz al mismo estado en el que se habrían hallado las partes si dicho acto no hubiese existido nunca. En otras palabras, una vez verificados los presupuestos de ineficacia, corresponde al juez del concurso ordenar las restituciones mutuas a que haya lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil: 'pronunciamiento que comporta, háyase o no solicitado la expresión al respecto, la ruptura del vínculo y la decadencia de todos los efectos finales a que él daba vocación y, cuando se haya ejecutado o empezado a practicar, la retrotracción de las cosas al estado que tenían con anterioridad al negocio' (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1968, GJ CXXIV, p. 169).

"6. Si bien la citada norma se refiere a las consecuencias legales de la declaratoria de nulidad (absoluta o relativa) de los actos o negocios jurídicos, considera este Despacho que debe aplicarse también a los eventos en que se reconocen los presupuestos de ineficacia de pleno derecho. Diversas consideraciones sustentan dicha conclusión. "7. Recuerda el Despacho que las reglas relacionadas con las restituciones mutuas buscan realizar el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa, como lo ha sostenido de tiempo atrás la jurisprudencia civil.

"'[L]os actos cumplidos en razón de él [el contrato nulo], en el lapso que media entre la celebración y el pronunciamiento de nulidad, se liquidan siguiendo las reglas que sancionan el enriquecimiento sin causa a expensas de otro. Es evidente que el legislador colombiano consagra estas últimas normas en la segunda parte del artículo 1746 del C.C. para regular los efectos retroactivos de la nulidad pronunciada sobre un contrato de esa especie.

"'Esas reglas del enriquecimiento sin causa, (…) no son mecánicas, sino de equidad o equivalencia' (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, aclaración de 25 de julio de 1936 a la sentencia de 27 de marzo de 1936, GJ, XLIII, p. 739).

"(…) Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha permitido su aplicación a otras formas en que el ordenamiento priva de efectos a los actos de voluntad, como la inexistencia: 'En efecto, bien que se diga que esa ineficacia se predicó

a título de nulidad o ya porque consideró el sentenciador inexistente el acto, en uno y otro caso ha sostenido la jurisprudencia iguales efectos en lo tocante a las consecuencias de dicha declaración. Pues, tanto desde antes de la consagración positiva de la inexistencia de los actos jurídicos como después, cuando tomó cuerpo como figura autónoma en la legislación mercantil, equiparó la Corte sus efectos a los de la nulidad' (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC10097-2015 de 31 de julio de 2015, Rad. 11001-31-03-004-2009-00241-01)".[355]

27. De esta manera se puede concluir que, una vez declarada la inexistencia de un contrato, el juez debe dictar las órdenes tendientes a restablecer el equilibrio que originalmente existía entre las partes, con el cual interfirió el negocio aparente. Una vez privado de efectos el negocio, estas restituciones "son objeto ipso facto del juicio"[356], y "no requieren pedimento expreso o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre esas que son sus consecuencias".[357]

28. Por último, respecto del tercer interrogante, este Despacho entiende que el restablecimiento que se sigue como consecuencia natural de la inexistencia del contrato de promesa implica la reversión de lo ejecutado en virtud del contrato desde el momento de su celebración (o sea, las restituciones abarcan lo ejecutado, ex tunc). En efecto, el contrato de promesa es uno de los negocios denominados de ejecución instantánea, pues su contenido se agota en un único momento, con la celebración del acto jurídico prometido, y frente a este tipo de negocios se aplica a cabalidad lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de tracto sucesivo, frente a los cuales las restituciones derivadas de la declaratoria de alguna especie de ineficacia siguen reglas distintas, según ya tuvo oportunidad de desarrollarlo este Despacho.[358]

29. Así las cosas, en este caso, se concluye que el contrato de promesa de compraventa del predio Santa Lucía, suscrito el 14 de octubre de 2015 por María Matilde Carrasquilla Sicard y Colombia Land S.A., adolece de inexistencia por carecer de los elementos esenciales previstos en el artículo 1611 del Código Civil. Dicho vicio puede ser reconocido de oficio por el juez de la intervención, como se hace en este caso, y en el mismo pronunciamiento se ordenará el restablecimiento de las cosas al estado anterior y la devolución de lo recibido en ejecución del frustrado contrato, con valor actualizado desde el día de su desembolso.

---

355 Auto 400-017280 de 10 de noviembre de 2016, Liquidación judicial de Pollos P.L.G. S.A.S.

356 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de noviembre de 1945, G.J. LIX, p. 784.

357 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de marzo de 1951, G.J. LXXI, p. 349.

358 Sentencia de 8 de marzo de 2017 (Acta 2017-01-099803), Proceso verbal sumario de Rocío del Mar Burgos Alemán contra la Alcaldía de Ciénaga de Oro (Córdoba), Exp. 2015-480-00081.

30. Aun si se llegase a considerar que la ausencia de los referidos elementos esenciales del contrato de promesa no son una causa de inexistencia sino de nulidad absoluta o de ineficacia del negocio, en nada cambian las conclusiones a las que se ha llegado. Más allá de las diferencias entre las posibles sanciones jurídicas al mencionado contrato de promesa, las consecuencias prácticas de una y otra declaratoria, son idénticas. En los tres casos puede el juez reconocerlas oficiosamente; los tres llevan a la destrucción ex tunc de los efectos del negocio defectuoso (excepción hecha de los contratos de tracto sucesivo); y en los tres casos habría lugar a ordenar las restituciones mutuas, con miras a evitar un enriquecimiento sin causa.

En el caso de la nulidad absoluta, el juez está facultado para declararla de oficio con fundamento en el artículo 1742 del Código Civil (modificado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936), cuestión que no implica una simple "potestad, sino el deber de privarlo de la eficacia normativa que por principio le corresponde, declarando la nulidad absoluta del mismo, aun sin petición de parte".[359] Su declaratoria "comporta, háyase o no solicitado expresión al respecto, la ruptura del vínculo y la decadencia de todos los efectos finales a que él daba vocación y, cuando se haya ejecutado o empezado a practicar, la retrotracción de las cosas al estado que tenían con anterioridad al negocio (…) haciendo regresar a sus autores al terreno primitivo, impartiéndoles órdenes que son consecuencia del mismo negocio y efectos negativos o indirectos suyos",[360] retrotracción que ocurre, por regla general, ex tunc, según lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil.

Tratándose de ineficacia de pleno derecho, es evidente la potestad del juez para reconocerla de oficio, dado que por su misma definición ella implica "la privación automática de los efectos propios del negocio, en tanto esa negativa actúa ope legis, o, lo que es lo mismo, de manera inmediata por mandato legal", o lo que es igual, ocurre "sólo por ministerio normativo, [y] no exige la actividad jurídico-procesal destinada a restar esas consecuencias".[361] De igual forma ha sido reconocido que la ineficacia conlleva el deber, para el juez que la reconoce, de ordenar las restituciones mutuas, pues "por ser el aludido acto ineficaz, las sumas de dinero de las que trata la prealudida restitución fueron entregadas sin causa alguna y, por ello mismo, la demandada está llamada a regresarlas, debidamente actualizadas".[362]

---

359 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 7582.

360 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de mayo de 1968, G.J. CXXIV, pp. 169-170.

361 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 05001-3103-017-2002-00189-01.

362 Ibídem

31. En todo caso, cualquiera sea el criterio del intérprete, ante la semejanza de los efectos prácticos que suponen las figuras de la inexistencia, la nulidad absoluta y la ineficacia de pleno derecho, el asunto se resolvería igual con independencia de la calificación jurídica que se asigne. La misma Corte Suprema de Justicia, en un caso donde se debatía el acierto de una declaración de nulidad, porque el casacionista consideraba el acto inexistente, se dijo que "resulta en verdad inoficioso, al menos desde el punto de vista práctico, insistir en la disimilitud de tales dos fenómenos. Por lo consiguiente cuando (…) el juzgador de instancia omite declarar la inexistencia de un contrato (…) pero en cambio declara la nulidad de ese contrato (…) su apreciación dista en mucho de ser manifiesta u ostensiblemente equivocada".[363]

32. En lo que respecta a las sumas que, en virtud de la declaratoria de inexistencia del contrato, María Matilde Carrasquilla Sicard debe restituir, este Despacho ordenará la corrección monetaria, de acuerdo con lo preceptuado de tiempo atrás por la jurisprudencia, según la cual "cuando, como consecuencia de la declaratoria de una nulidad de un acto o contrato, decretada sea a instancia de parte o bien por la exclusiva iniciativa del fallador, se deben ordenar restituciones mutuas, (…) la determinación atinente a la referida revalorización, halla un nítido e incontrovertible soporte en la equidad, encauzadora del régimen de las relaciones jurídicas, máxime cuando en estas se advierta un contenido o significación patrimonial".[364]

33. Así las cosas, habrá de actualizarse el valor de los pagos hechos a la promitente vendedora quien debe ahora restituir, de acuerdo con el IPC, según la siguiente fórmula:

$$\mathbf{VA = VH \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}}$$

Donde **VA =** Valor Actualizado; **VH =** Valor Histórico; **IPC Inicial =** el IPC al momento del desembolso; e **IPC Final =** el IPC a la fecha.

34. Así, los valores actualizados se esquematizan en la siguiente tabla, así:

---

363 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 1984, G.J. CLXXVI, p. 189, reiterando doctrina expuesta en la sentencia de esa misma corporación de 15 de septiembre de 1943, G.J. LVI, pp. 125-126, decisión que se profirió antes de la previsión legal de la inexistencia con la expedición del actual Código de Comercio.

364 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 1988, G.J. CXCII, p. 72; en igual sentido, Cfr. la sentencia de la misma Corporación de 9 de septiembre de 1999, G.J., t. CCLXI, Volumen I, pp. 280-281.

Número	Fecha del pago	Valor histórico	IPC inicial	IPC final (junio de 2017)	Valor actualizado
1	15/10/2015	$ 400.000.000	124,62	137,87	$ 442.529.289
2	15/10/2015	$ 800.000.000	124,62	137,87	$ 885.058.578
3	15/10/2015	$ 1.300.000.000	124,62	137,87	$ 1.438.220.189
4	27/12/2015	$ 160.000.000	126,15	137,87	$ 174.864.843
5	27/12/2015	$ 353.800.000	126,15	137,87	$ 386.669.885
6	07/01/2016	$ 195.700.000	127,78	137,87	$ 211.153.224
7	07/01/2016	$ 1.000.000.000	127,78	137,87	$ 1.078.963.844
8	07/01/2016	$ 400.000.000	127,78	137,87	$ 431.585.538
9	07/01/2016	$ 150.000.000	127,78	137,87	$ 161.844.577
10	14/01/2016	$ 307.600.000	127,78	137,87	$ 331.889.278
11	15/01/2016	$ 66.000.000	127,78	137,87	$ 71.211.614
12	15/01/2016	$ 290.000.000	127,78	137,87	$ 312.899.515
13	15/01/2016	$ 370.000.000	127,78	137,87	$ 399.216.622
14	15/01/2016	$ 301.900.000	127,78	137,87	$ 325.739.185
15	15/01/2016	$ 200.000.000	127,78	137,87	$ 215.792.769
16	12/02/2016	$ 500.000.000	129,41	137,87	$ 532.686.809
17	12/02/2016	$ 17.333.333	129,41	137,87	$ 18.466.476
18	12/02/2016	$ 925.339.360	129,41	137,87	$ 985.832.143
19	25/02/2016	$ 40.098.038	129,41	137,87	$ 42.719.392
20	25/02/2016	$ 1.569.000.000	129,41	137,87	$ 1.671.571.208
21	25/02/2016	$ 67.990.000	129,41	137,87	$ 72.434.752
22	11/04/2016	$ 250.000.000	131,28	137,87	$ 262.549.512
23	11/04/2016	$ 400.000.000	131,28	137,87	$ 420.079.220
24	11/04/2016	$ 250.000.000	131,28	137,87	$ 262.549.512
25	11/04/2016	$ 75.000.000	131,28	137,87	$ 78.764.854
26	11/04/2016	$ 25.000.000	131,28	137,87	$ 26.254.951
27	11/04/2016	$ 26.400.000	131,28	137,87	$ 27.725.229
28	11/04/2016	$ 94.033.852	131,28	137,87	$ 98.754.168
29	11/04/2016	$ 655.966.148	131,28	137,87	$ 688.894.369
30	11/04/2016	$ 1.000.000.000	131,28	137,87	$ 1.050.198.050
31	31/05/2016	$ 200.000.000	131,95	137,87	$ 208.973.096
TOTAL				**$ 13.316.092.692**	

35. El monto actualizado de los valores que debe restituir a la intervención la señora María Matilde Carrasquilla Sicard, es de $13.316.092.692.

36. En atención a lo expuesto, pierde razón de ser cualquier análisis sobre los argumentos planteados en el recurso y en los memoriales subsiguientes por carencia de objeto, pues la inexistencia del contrato de promesa deja sin fundamento tanto la medida cautelar como las reclamaciones posteriores que se basaban en la plena eficacia del negocio. En consideración a lo anterior, también se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares que habían sido decretadas en Auto 400-018061 de 29 de noviembre de 2016, una vez sea restituido el valor fijado, pues ante la inexistencia del contrato de promesa no hay siquiera un derecho eventual del intervenido sobre el inmueble en cuestión, razón por la cual la cautela pierde la apariencia de buen derecho en la que se basó su decreto.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Declarar sin valor ni efecto, por inexistente, el contrato de promesa de compraventa que consta en documento suscrito el 14 de octubre de 2015 entre María Matilde Carrasquilla Sicard y Colombia Land S.A.

Segundo. Consecuencialmente, ordenar a María Matilde Carrasquilla Sicard restituir a Colombia Land S.A. en intervención bajo la modalidad de liquidación judicial, la suma de $13.316.092.692, suma que deberá consignarse a orden de la Superintendencia de Sociedades – Grupo de Intervenidas, en el Banco Agrario de Colombia, Depósitos Judiciales, en la cuenta No. 110019196105.

Tercero. Inhibirse de resolver sobre el recurso interpuesto contra el Auto 400-018061 de 29 de noviembre de 2016, por carencia de objeto.

Cuarto. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria 50C-1826522. Los oficios deberán surtirse, una vez acreditado el pago del valor cuya restitución se ordenó.

Quinto. Librar los oficios correspondientes a la Fiduciaria Owens & Watson Trust Corp y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a través del Grupo de Apoyo Judicial de esta Superintendencia, con copia de la presente providencia.

Sexto. Rechazar las solicitudes presentadas en los memoriales 2017-01-308224,

2017- 01-314347, 2017-01-314886, 2017-01-317652, 2017-01-317655 y 2017-01-317878, 2017- 01-318806, 2017-01-318823, 2017-01-318827, 2017-01-319568, 2017-01-319579, 2017- 01-319724, 2017-01-319979, 2017-01-320055, 2017-01-320643, 2017-01-322955, 2017- 01-322967, 2017-01-326922, 2017-01-328173, 2017-01-329327, 2017-01-329667, 2017- 01-330588 y 2017-01-341298.

Auto N° 400-010255 del 21 de Junio de 2017	
Sujeto del proceso	Minergéticos S.A., Capital Factor S.A.S. y otros.
Asunto	Interpretación integrativa de las etapas del proceso de intervención por captación ilegal, bajo la modalidad de toma de posesión

Consideraciones del despacho

Este Despacho ha recibido varias solicitudes de exclusión de sujetos y desembargos de bienes actualmente afectos al proceso de intervención, así mismo, la limitación de la responsabilidad frente a las afectaciones reconocidas en este proceso que deben ser tramitadas y resueltas en la oportunidad procesal que legalmente corresponde.

La estructura normativa del proceso de intervención es compleja dadas remisiones a otros ordenamientos y procedimientos. El Decreto 4334 de 2008 establece, en sus artículos 8, 9 y 10, las líneas generales del trámite del proceso, sin entrar en detalles sobre la forma que asume cada una de las modalidades de intervención previstas en el artículo 7.

De otro lado, el artículo 15 remite, para lo no previsto en el Decreto, a lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006, estatuto éste que, a su vez, remite, ex artículo 124, al entonces Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, para los aspectos no regulados por ella. En particular, el artículo 8 de la normativa concursal remite al procedimiento incidental del estatuto procesal vigente para el trámite de *"Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso del proceso de insolvencia".*

Con este contexto, y en ejercicio de los poderes de ordenación y dirección que competen al juez de la intervención, se estima necesario poner de presente a los sujetos interesados, las distintas etapas previstas en las normas para este proceso, ya que han comparecido de manera directa varios intervenidos, es decir, sin asistencia profesional de un abogado, a un escenario muy técnico en el que se necesitan referentes claros para la eficacia de sus prerrogativas procesales.

Apertura del proceso

El proceso de intervención, en la modalidad de toma de posesión, inicia con la providencia de apertura que profiere la Superintendencia de Sociedades, y que debe cumplir con los requisitos previstos en el Decreto 4334 de 2008, en aras de lograr los fines establecidos en el artículo 2 para lo cual se designa un agente interventor para que asuma las competencias fijadas por el estatuto de intervención.

El artículo 10 ordena la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, que simultáneamente debe fijarse en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en el que el agente interventor informa sobre la medida de intervención, y convoca a quienes se crean con derecho a reclamar dineros entregados a la persona natural o jurídica intervenida para que, dentro de los diez días siguientes a la publicación del aviso, presenten sus solicitudes en los sitios que se señalen para el efecto.

a. Primera etapa del proceso. Presentación de reclamaciones

La primera etapa del proceso de intervención bajo la modalidad de toma de posesión s**e adelanta ante el interventor, a partir del auto de apertura del proceso**, y se proyecta para quienes se crean con derecho a pedir devolución de dinero, y las condiciones de tal solicitud.

(I) Presentación y decisión de reclamaciones de afectados

Dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto de apertura, el interventor debe publicar el aviso que informa de la apertura del proceso, y a partir de esta publicación efectiva quedan convocados quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a los intervenidos para que presenten sus solicitudes de devolución[365], dentro de los diez días siguientes al aviso.

Vencido este término, el liquidador cuenta con veinte días para expedir una providencia en la que decida sobre las reclamaciones que se acepten y las que se rechacen.[366] Esta providencia del interventor debe someterse a los mismos mecanismos de publicidad del auto de apertura de la intervención, es decir, debe comunicarse a través de un aviso en un diario de amplia circulación nacional o cualquier otro medio, y a través de una publicación en la página web de la Superintendencia de Sociedades. Dentro de los tres días siguientes a la expedición de la providencia, los interesados pueden interponer recurso de reposición[367], que debe ser resuelto por el interventor dentro de los cinco días siguientes.[368]

b. Segunda etapa del proceso. Plan de pagos

El agente interventor procederá al pago de las reclamaciones aceptadas dentro de los diez días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia que acepte

365 Artículo 10 literal b del Decreto 4334 de 2008.
366 Artículo 10 literal d del Decreto 4334 de 2008.
367 Artículo 10 literal d del Decreto 4334 de 2008
368 Artículo 10 literal f del Decreto 4334 de 2008.

las reclamaciones, con los recursos líquidos obtenidos como consecuencia de las medidas de intervención del patrimonio de los afectados.[369] La devolución se hará teniendo como base el capital entregado y en partes iguales a todos los afectados reconocidos, bajo los criterios señalados en los literales a, b y c, del parágrafo 1 y parágrafo 2 del artículo 10 del Decreto 4334 de 2008.[370]

c. Tercera etapa del proceso. Elaboración de inventario valorado de bienes distintos a sumas de dineros, contradicción y resolución de objeciones

El agente interventor elaborará un inventario valorado de bienes distintos a sumas de dinero afectos a las devoluciones, que será aprobado por la Superintendencia de Sociedades según las reglas de la reorganización previstas en la Ley 1116 de 2006 y sus disposiciones reglamentarias, según remisión del artículo 15 del Decreto 4334 de 2008.

De tal inventario se debe correr traslado en secretaria por cinco días, para que los distintos interesados presenten las objeciones a las que haya lugar.[371] En caso de no presentarse objeciones, el juez de la intervención deberá resolver por escrito dentro de los quince días siguientes[372], pero en caso de haberlas, se correrá traslado de ellas por tres días, trascurridos los cuales el interventor intentará conciliarlas durante los diez (10) días siguientes, y de subsistir alguna objeción, se citará a audiencia de resolución de objeciones para decidir de fondo.[373]

Las solicitudes de exclusión de personas y bienes del proceso de intervención deben presentarse como objeciones al inventario y avalúos, y deben presentarse en esta oportunidad procesal, como se concluye a partir de lo siguiente:

(I) Las solicitudes de exclusión de personas o de bienes inciden directamente en la conformación del activo de la intervención con fines devolutivos

El proceso de intervención bajo la modalidad de toma de posesión, apunta a los objetivos fundamentales de suspender inmediatamente las operaciones o negocios

369 Artículo 10 literal e del Decreto 4334 de 2008.
370 Artículo 4 del Decreto 1910 de 2009.
371 Artículos 29, Ley 1116 de 2006.
372 Ejúsdem.
373 Ejúsdem. Sobre este particular, vale recordar que el Consejo de Estado anuló la previsión del Decreto 1910 de 2009 que excluía la realización de la audiencia de resolución de objeciones al inventario, porque de esta manera se "realiza el derecho de defensa y a ser oído, en favor de los afectados –para bien o para mal-, con el proceso de intervención regulado en el Decreto 4334. De no ser así, ¿cuándo podrían lo acreedores o los intervenidos cuestionar el inventario y su valoración?", Vid. Sentencia de Sala Plena de 9 de diciembre de 2009, Rad. 2009-00732.

de quienes ejercen dicha actividad y garantizar un procedimiento cautelar orientado a lograr la pronta devolución de los dineros y a proteger los derechos de los depositantes y el interés público.

En esta fase, los intervenidos deben devolverles a los afectados la totalidad del dinero captado con cargo a sus patrimonios, sin excepción, pues así garantizará el fin de la intervención, y es fundamental para este efecto determinar con certeza quiénes son los responsables frente a las reclamaciones de los afectados, y cuáles son los bienes que integran sus patrimonios. En efecto, el patrimonio del intervenido es la prenda general de los afectados, quienes tienen derecho a perseguir todos los bienes de los intervenidos con fines devolutivos, como lo precisa el parágrafo 2 del artículo 7 del Decreto 4334 de 2008 *"Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos".*

Lo anterior se acompasa con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto de Intervención, al precisar que la intervención estatal le otorga a la Superintendencia de Sociedades amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal. Como se ve, toda solicitud de exclusión de sujetos o bienes del proceso de intervención, o la limitación de la responsabilidad frente a la afectación, en realidad conlleva una petición para disminuir el monto de los bienes que responderán por las reclamaciones de los afectados de la captación en primera medida.

(II) La conformación del patrimonio con bienes distintos dinero objeto de la intervención hacen parte del inventario valorado

La Corte Constitucional, en Sentencia C-145 de 2009, señalo que *"la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades armoniza con la materialidad de los asuntos de los que debe ocuparse esa entidad en desarrollo de la función de intervención, en particular la toma de posesión, que puede suscitar verdaderos conflictos de intereses con eventuales efectos jurídicos en otros procesos judiciales, dado que en el contexto del Decreto 4334 de 2008 esa medida tiene por finalidad* ***asumir la administración de la intervenida para devolver los dineros captados irregularmente del público****, adoptando decisiones para cumplir con ese objetivo, las cuales, por su naturaleza jurisdiccional, escapan al ámbito de control de la justicia contenciosa administrativa"* (Énfasis añadido).

El proceso de intervención busca determinar cada uno de los distintos elementos que conforman el patrimonio del intervenido, es decir, la identificación de sus activos

y pasivos. Este procedimiento prevé instrumentos para determinar los bienes afectos a las devoluciones, como la relación y reconocimiento de afectados y los inventarios y avalúos, pero también dispone mecanismos de contradicción y control de legalidad, como traslados y objeciones, solicitudes de aclaraciones, adiciones o correcciones a las providencias que los fijen, y recursos ordinarios.

Así, el proceso de intervención bajo la modalidad de toma de posesión, dispone una serie de gestiones para establecer las realidades patrimoniales de los intervenidos y para que los interesados controviertan las decisiones que se adopten. En lo relacionado, específicamente, con la conformación de los patrimonios de los intervenidos, con cargo a los cuales se pagarán las reclamaciones, la gestión se materializa en los inventarios valorados que debe presentar el interventor, según lo previsto en los artículos 4 del Decreto 1910 de 2009, y 48 de la Ley 1116 de 2006.

(III) Las controversias sobre el inventario valorado de los sujetos intervenidos deben plantearse como objeciones, en los términos de la Ley 1116 de 2006

La Ley 1116 de 2006, en desarrollo del derecho de defensa y contradicción consagrada como principio fundamental en el artículo 29 de la Carta Política, establece una oportunidad para controvertir el inventario valorado que el interventor presente sobre cada uno de los distintos sujetos intervenidos. Se trata, precisamente, de la oportunidad para presentar objeciones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 48.5 y 29 del estatuto de insolvencia.

En dicha oportunidad, los sujetos interesados pueden exponer sus desacuerdos con el trabajo preparado por el interventor para variar alguno de los aspectos que comprenden el inventario valorado, como la necesidad de incluir bienes del deudor que no fueron relacionados; de excluir bienes de terceros que no son objeto del proceso de intervención; la existencia de gravámenes, limitaciones al derecho de dominio o accesorios que no fueron tenidos en cuenta en los avalúos; las controversias sobre los valores de los bienes, con base en la metodología y elementos estudiados por el perito avaluador, entre otros asuntos de interés para el concurso.

Entre otras controversias, deben proponerse todas las que impacten la conformación del patrimonio que debe responder por las reclamaciones, y por tanto las solicitudes de exclusión de bienes y personas, así como las solicitudes de limitación de la responsabilidad deben tramitarse como objeciones al inventario valorado que presente el auxiliar de la justicia.

(IV) Las solicitudes de exclusión de bienes o personas, así como las solicitudes de limitación de la responsabilidad no deben tramitarse por la vía incidental, ya que son aspectos principales del proceso de intervención bajo la modalidad de toma de posesión

Las solicitudes de exclusión de bienes o personas, así como las solicitudes de limitación de responsabilidad no pueden ser conocidas y decididas a través del trámite incidental previsto en los artículos 127 y siguientes del Código General del Proceso, ya que dicha opción procesal es intransitable, por las razones que a continuación se indican. Por un lado, según el régimen general de los procesos civiles, están sujetas al trámite incidental aquellas cuestiones que expresamente la ley señale (artículo 127). Según esta disposición, a falta de norma que prevea que las solicitudes de exclusión de bienes y personas se tramiten como incidente, éstas deben seguir el curso general del proceso y, por tanto, deben presentarse y despacharse en la oportunidad que corresponda.

Podría pensarse que el Régimen de Insolvencia Empresarial invirtió la mencionada regla para los procesos de insolvencia, así como para los de intervención que remiten a él. El artículo 8 de la Ley 1116 de 2006 dispone que *"las cuestiones accesorias que se susciten en el curso del proceso de insolvencia se resolverán siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 135 a 139 del Código de Procedimiento Civil"* (hoy entiéndanse los artículos 127 a 131 del Código General del Proceso). ¿Quiere ello decir que para la Ley 1116 de 2006 los incidentes son regla general? De ninguna manera. Un análisis más a fondo de la norma transcrita lleva a una conclusión completamente distinta, incluso, en los asuntos sujetos al Régimen de Insolvencia Empresarial los incidentes son cuestiones excepcionales.

En efecto, el artículo 8 solo defiere al trámite incidental: *"Las cuestiones accesorias"*; previsión que exige al intérprete determinar si un asunto es accesorio antes de disponer el trámite incidental.

"Accesorio" es una noción amplia y en cierta medida vaga. Sin embargo, ya la doctrina ha debatido suficientemente sobre el sentido y alcances. Siguiendo a Beaudant[374] la palabra "accesorio" puede leerse en dos sentidos: como *"secundario"* y como *"dependiente"*. En el primero de los sentidos, se contrapone a *"esencial"*;[375] en el segundo, a *"principal"*. La lógica indica que siempre que se hable de accesorio se plantea una contraposición a lo "esencial" o a lo "principal", en una conexión funcional *"de manera que la calificación de principal o accesorio, subordinado o*

374 Citado por Goubeaux, Giles. La règle de l'accesoire en droit privé. París, Dalloz, 1969, p. 20.
375 Ídem, p. 23.

auxiliar, corresponde a una relación de finalidades prácticas.[376]

Llevadas estas consideraciones al ámbito procesal, cuando el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006 habla de *"Las cuestiones accesorias"*, se refiere a todos aquellos asuntos que no tengan el carácter de *"esencial"* o *"principal"* en el proceso de insolvencia o intervención, y este Despacho entiende por esencial o principal toda cuestión directamente relacionada con las finalidades prácticas y con la estructura central del proceso concursal. En este grupo figuran, entre otros, los actos directamente relacionados con la conformación del activo y el pasivo del concursado, así como los actos dirigidos a la determinación de las condiciones para la satisfacción de los créditos y la eventual venta o adjudicación de los bienes que conforman la masa, en aplicación analógica de la Ley 1116 de 2006.

Así las cosas, es evidente que en los procesos concursales, como el de intervención, no son accesorias aquellas cuestiones que buscan variar las resultas de la conformación del inventario valorado, pues este es, se reitera, un aspecto esencial para el trámite de la intervención.

Así, no es accesoria ninguna solicitud que busque excluir personas, bienes de la intervención o limitar la responsabilidad frente a la afectación, ya que, como se ha explicado, dichas solicitudes tienen como propósito y como efecto, alterar la conformación del activo o del pasivo de la medida de toma de posesión. Lo anterior fuerza a concluir que las solicitudes de exclusión de bienes o personas, así como las solitudes de limitación de la responsabilidad no son cuestiones accesorias al proceso de intervención y que, por tanto, no deben seguir el trámite incidental, en los términos dispuestos por el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006.

(V) Situación de las solicitudes de exclusión de bienes y personas presentadas en oportunidades distintas

Las solicitudes de exclusión de bienes y personas deben presentarse, entonces, como objeciones al inventario valorado. Con todo, puede suceder que algunas solicitudes hayan sido presentadas antes o después. Las solicitudes presentadas antes de la etapa de objeciones dentro de la medida de toma de posesión, deben ser consideradas como objeciones oportunas y trasladadas y decididas como tales, cuando llegue la oportunidad respectiva. Lo anterior, es una derivación de los principios previstos en el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, así como en el parágrafo del artículo 318 C.G.P. Igual solución se dará a las solicitudes que se presenten oportunamente, pero bajo denominación distinta, como las que se califiquen como "incidente".

376 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1968, GJ CXXIV, p. 173.

Las solicitudes que se presenten con posterioridad serán rechazadas de plano por extemporáneas, en virtud del principio de igualdad que rige el procedimiento concursal, que ordena disponer la mismas oportunidades procesales para todas las partes intervinientes. Debe advertirse que si este Despacho considera razonable adoptar la medida de liquidación judicial, como se trata de un mismo proceso, no se genera una nueva oportunidad de objeción.

Ahora, de no presentarse inventario valorado en la oportunidad procesal señalada para la toma de posesión, las solicitudes de exclusión se resolverán en audiencia previa convocatoria a los interesados. En consecuencia, las solicitudes de exclusión de personas y bienes presentados, se agregarán al expediente y respecto de ellas el Despacho se pronunciará en audiencia de resolución de objeciones al inventario valorado y resolución de incidentes de exclusión de personas y de bienes.

Por tanto, es deber legal de las partes estar atentas a las actuaciones y desarrollos del proceso para ejercer adecuada y oportunamente sus derechos. Para tal fin, deberán consultar el Exp. 76899 en el Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad.

d. Cuarta etapa del proceso. Enajenación de activos.

En principio, los pagos a los afectados deben realizarse con los activos líquidos de los intervenidos; sin embargo, el agente interventor, bajo su responsabilidad y en su calidad de representante legal de las personas jurídicas, administrador de los bienes de las personas naturales intervenidas[377], puede enajenar activos de sus administrados en aquellos casos en los que los bienes sean consumibles, o se hallen expuestos a deteriorase o perderse[378], situaciones que podrán valorarse, entre otros criterios, por la reducción sustancial del valor de los bienes bajo su custodia y administración.[379]

En estos casos, siempre se debe velar por la realización de los principios de eficiencia y gobernabilidad económica que rigen los concursos, que exigen al auxiliar de la justicia obtener el máximo valor de los activos de los sujetos del proceso, basados en la información disponible y con miras al pronto pago a los afectados.[380]

Con los recursos obtenidos en dichas enajenaciones se podrá proceder a nuevos planes de pagos, hasta cumplir con la finalidad del proceso, consistente en la

377 Decreto 4334 de 2008, artículo 9 numeral 1.
378 Artículo 52 del Código General del Proceso.
379 Para valorar la pérdida del valor de los bienes puede aplicarse por vía analógica el criterio empleado en la Ley 1676 de2013, artículo 61 numeral7.
380 Ley 1116 de 2006, artículo 43 numeral 3 y 7: aplicable al proceso de intervención por remisión expresa del artículo 15 del Decreto 4334 de 2008.

devolución de la totalidad de las sumas reconocidas. Mientras se ejecutan los pagos a los afectados, con el producto de dichas enajenaciones se deben constituir títulos de depósito judicial a órdenes de la Superintendencia de Sociedades como juez de la intervención.

e. Quinta etapa. Rendición de cuentas por parte del agente interventor.

El agente interventor presentará una rendición de cuentas de su gestión[381] debiendo relacionar los pagos ejecutados, las devoluciones aceptadas insolutas y los bienes debidamente valorados que hacen parte del inventario y que quedan afectos a dichas devoluciones. Acto seguido, se declara la terminación de la toma de posesión para devolver y de considerarlo necesario, decretará la apertura de la liquidación judicial como medida de intervención.[382]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Advertir que las solicitudes de exclusión presentadas serán tramitadas como objeciones dentro de la oportunidad procesal correspondiente o, en el caso de no haber inventario valorado, estas se resolverán en audiencia previa convocatoria a los interesados.

Segundo. La solicitud de exclusión de la responsabilidad frente a la afectación se resolverán en la audiencia arriba mencionada, o en el caso de no haber inventario valorado, esta se resolverán en audiencia previa convocatoria a los interesados.

---

381 Artículo 12 del Decreto 4334 de 2008.
382 Artículo 8 del Decreto 1910 de 2009.

Auto N° 400-018814 de 19 de Diciembre de 2016	
Sujeto del proceso	Estrategias en Valores S.A. y otro.
Asunto	Interpretación integrativa de las etapas del proceso de intervención por captación ilegal, bajo la modalidad de liquidación judicial.

Consideraciones del despacho

1. Sobre las solicitudes de prórroga y suspensión del proceso.

1.1. El proceso de intervención previsto en el Decreto 4334 de 2008 y reglamentado en el Decreto 1910 de 2009, es un proceso de naturaleza jurisdiccional. En su trámite están en juego una gran cantidad de principios, incluso de rango constitucional, como el debido proceso, el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva, y está involucrado el interés general, que se concreta en la devolución de los dineros ilegalmente captados del público.

1.2. Como proceso jurisdiccional que es, las distintas actuaciones que comprende, el orden de su secuencia y los tiempos que ellas deben tomar, son aspectos reglados a través de disposiciones de orden público y de obligatorio cumplimiento (artículo 13 C.G.P.). Por vía de principio, ni el juez de la intervención ni las partes ni el auxiliar de la justicia, están en capacidad de modificar el sentido ni los contenidos de las oportunidades previstas en las normas de procedimiento del Decreto Legislativo 4334 de 2008 ni de las demás disposiciones que las complementan.

1.3. Excepcionalmente, la ley permite que los términos procesales puedan ampliarse en virtud de instituciones procesales como la interrupción y la suspensión del proceso, regulada en los artículos 159 C.G.P., y siguientes. Dichas normas buscan hacer frente a situaciones particulares que imposibilitan la continuación del proceso o la toma de decisiones por parte del operador, relacionados con situaciones imprevistas de los sujetos procesales, con sentencias que deben adoptarse en otros procesos, o con el mutuo acuerdo de las partes, entre otras.

1.4. Los eventos de interrupción y suspensión del proceso, que ya en el régimen general previsto en la Ley 1564 de 2012 son excepcionales, son aún más restringidos en los procesos de insolvencia e intervención:

Por un lado, el interés general que subyace en este tipo de procesos, en conjunción con el principio de oficiosidad, riñe con la posibilidad de que la voluntad de un sujeto procesal específico pueda llevar a la interrupción del concurso: “Es decir,

se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad".[383] Lo anterior, sumado al hecho de que en los procesos concursales no es necesario actuar por intermedio de apoderado[384] y no se tiene prevista la intervención de un curador ad litem para la representación de los intereses de los ausentes y de los indeterminados, lo que excluye la aplicación a los procesos de insolvencia e intervención de la figura de la interrupción del proceso.

Por otra parte, la prejudicialidad tampoco puede ser invocada como causal de suspensión, en la medida en que la misma Ley 1116 de 2006 establece en su artículo 7 que "el inicio, impulsión y finalización del proceso de insolvencia y de los asuntos sometidos a él, no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, cualquiera sea su naturaleza. De la misma manera, la decisión del proceso de insolvencia tampoco constituirá prejudicialidad".

1.5. Ahora bien, revisada la solicitud del agente liquidador a la luz de lo dispuesto en el artículo 161 C.G.P., el Despacho encuentra que la suspensión del proceso allí pedida es improcedente, pues no se configuran los supuestos establecidos en la ley para la suspensión de mutuo acuerdo de las partes. Por tal motivo, el Despacho no accederá a la solicitud de suspensión del proceso planteada por el auxiliar.

1.6. Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho recuerda que en algunos casos la propia jurisprudencia constitucional ha dotado de cierta flexibilidad los plazos para proferir ciertas decisiones en los procesos jurisdiccionales. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional que: "el incumplimiento de los términos se encuentra justificado (I) cuando es producto de la complejidad del asunto y dentro del proceso se demuestra la diligencia razonable del operador judicial; (II) cuando se constata que efectivamente existen problemas estructurales en la administración de justicia que generan un exceso de carga laboral o de congestión judicial; o (III) cuando se acreditan otras circunstancias imprevisibles o ineludibles que impiden la resolución de la controversia en el plazo previsto en la ley"[385] (énfasis añadido).

1.7. En este contexto, con base en lo anterior, y analizado el volumen de la información que en la actualidad analizan el liquidador y su equipo de trabajo para cumplir sus funciones legales, no es irrazonable el retraso en que ha incurrido el auxiliar de la justicia. En efecto, el plazo previsto en el Decreto Legislativo de intervención es de

383 Corte Constitucional, sentencia SU-773 de 2014.
384 Artículo 11 parágrafo de la Ley 1116 de 2006.
385 Sentencia T-803/12.

tan solo veinte (20) días, tiempo que resultó insuficiente para calificar las numerosas reclamaciones presentadas por los afectados y culminar la auditoría realizada por Fiduagraria, y que será fundamental para la toma de dicha decisión.

En consecuencia, ante la imposibilidad de proferir la decisión de las reclamaciones, este operador, en cumplimiento del deber de dirección, ordenará al liquidador que radique su decisión sobre la aceptación o rechazo de las reclamaciones, a más tardar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

1.8. Es menester además que el liquidador identifique cada uno de los títulos de depósito judicial remitidos a este Despacho, en aras de depurarlos correctamente y ordenar la conversión a aquellos que correspondan a operaciones relacionadas con pagarés-libranza.

1.9. Adicionalmente, se debe dejar claro que la Superintendencia de Sociedades no interfiere en el estudio y calificación de las reclamaciones presentadas ante el auxiliar de la justicia ni en el mecanismo escogido por él para la recolección de la información necesaria para determinar la veracidad de la reclamación presentada, toda vez que, tal y como ha estimado la jurisprudencia, dichas decisiones hacen parte de las funciones que se le confieren al auxiliar para el desarrollo de su labor, por lo cual son completamente autónomas e independientes.

2. Sobre las distintas etapas procesales del proceso de intervención.

Tal como se refirió en el capítulo de antecedentes de esta providencia, este Despacho ha recibido un considerable número de solicitudes de exclusión de sujetos y bienes actualmente afectos al proceso de intervención que deben ser tramitadas y resueltas en la oportunidad procesal que corresponda de acuerdo con la ley.

La estructura normativa del proceso de intervención no es de fácil comprensión, dada la gran cantidad de remisiones a otros ordenamientos y procedimientos. El Decreto 4334 de 2008 establece, en sus artículos 8, 9 y 10, las líneas generales del trámite del proceso, sin entrar en detalles sobre la forma que asume cada una de las modalidades de intervención previstas en el artículo 7 del mismo estatuto.

El artículo 15, por su parte, remite para lo no previsto en esa normativa, a lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006. A su turno, esta última ley reenvía, en su artículo 124, al Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso) para llenar los aspectos no regulados por ella; y en su artículo 8 se remite al procedimiento incidental del estatuto procesal civil vigente para el trámite de “las cuestiones accesorias que se susciten en el curso del proceso de insolvencia”.

Teniendo en cuenta la complejidad de este panorama, y en ejercicio de los poderes de ordenación y dirección que competen al juez de la intervención, se estima necesario precisar cuáles son las distintas etapas procesales que seguirá este proceso, con miras a dar certeza sobre cada uno de los pasos a seguir en él y organizar las actuaciones promovidas por los distintos interesados. Para ello se presentará una descripción de las distintas etapas que se surten en el presente proceso de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial.

2.1. Apertura del proceso

El proceso de intervención, en la modalidad de liquidación judicial, inicia con la providencia de apertura que profiere la Superintendencia de Sociedades, y que debe cumplir con los requisitos previstos tanto en el Decreto 4334 de 2008 para los procesos de intervención, como en la Ley 1116 de 2006, para la liquidación judicial.

Copia de dicha providencia debe fijarse en la página web de la Superintendencia de Sociedades. De igual forma, dentro de los dos días siguientes a la expedición de la providencia de toma de posesión, el Agente Interventor debe publicar un aviso en un diario de amplía circulación nacional o por cualquier medio expedito, en el que se informe sobre la medida de intervención, y convocará a quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a la persona natural o jurídica intervenida para que presenten sus solicitudes en el sitio o sitios que se señalen para el efecto, dentro de los diez días siguientes a la publicación del aviso.

2.2. Primera etapa del proceso. Presentación de créditos y reclamaciones.

La primera etapa del proceso de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial se adelanta ante el liquidador, a partir del auto de apertura del proceso, y se proyecta en dos frentes distintos que se desarrollan de manera simultánea: (I) uno relacionado con las reclamaciones de los afectados con la captación masiva e ilegal; y (II) otro concerniente a las solicitudes de los acreedores de los sujetos intervenidos.

I) Presentación y decisión de reclamaciones de afectados

Dentro de los diez días siguientes a la publicación del aviso que comunica la apertura de la intervención, el liquidador debe convocar a quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a la persona natural o jurídica intervenida, para que presenten sus solicitudes de devolución.[386]

Vencido este término, el liquidador cuenta con veinte días para expedir una

386 Artículo 10 literal b del Decreto 4334 de 2008.

providencia en la que decida sobre las reclamaciones que se acepten y las que se rechacen.[387]

La mencionada providencia del liquidador debe someterse a los mismos mecanismos de publicidad del auto de apertura de la intervención, o sea, debe comunicarse a través de un aviso en un diario de amplia circulación nacional o cualquier medio expedito, y a través de una publicación en la página web de la Superintendencia de Sociedades.

Dentro de los tres días siguientes a la expedición de la providencia, los interesados pueden interponer recurso de reposición[388], que debe ser resuelto por el liquidador dentro de los cinco días siguientes.[389]

II) Presentación de créditos y elaboración del proyecto de calificación y graduación de créditos, inventarios y avalúos

De manera simultánea con el trámite anterior, y dentro de los veinte días siguientes a la desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, los acreedores deben presentar sus créditos al liquidador, junto con las pruebas documentales idóneas para acreditar su existencia y cuantía.[390]

Sobre la información recaudada en este plazo el liquidador debe preparar el proyecto de calificación y graduación de créditos para lo cual la ley otorga un término de entre uno y tres meses.[391]

De manera paralela, el liquidador debe elaborar el proyecto de inventario de los activos de los sujetos intervenidos para que lo presente en el término de treinta días a partir de su posesión.[392]

2.3. Segunda etapa. Contradicción de los proyectos de calificación y graduación de créditos e inventario valorado y resolución de objeciones.

Una vez el liquidador presente los proyectos de calificación y graduación de créditos y el inventario valorado, se debe correr traslado en secretaría por cinco días, para que los distintos interesados presenten las objeciones a las que haya lugar.[393]

---

387 Artículo 10 literal d del Decreto 4334 de 2008.
388 Artículo 10 literal d del Decreto 4334 de 2008.
389 Artículo 10 literal f del Decreto 4334 de 2008.
390 Artículo 48.5, Ley 1116 de 2006.
391 Ídem.
392 Artículo 48.9, Ley 1116 de 2006.
393 Artículos 53 y 29, Ley 1116 de 2006.

En caso de no presentarse objeciones, el juez de la intervención deberá resolver por escrito en los quince días siguientes.[394] Pero en caso de haberlas, se correrá traslado de ellas por tres días, transcurridos los cuales el liquidador intentará conciliarlas en los diez días siguientes, y de subsistir alguna (o algunas) de ellas, se citará a audiencia de resolución de objeciones para decidir de fondo.[395]

2.3.1. El trámite de las solicitudes de exclusión de bienes y personas debe hacerse en esta etapa.

Ahora bien, las solicitudes de exclusión de personas y bienes del proceso de intervención deben presentarse como objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos, inventarios y avalúos, y deben presentarse en esta oportunidad procesal, como se concluye a partir de lo siguiente:

a. Las solicitudes de exclusión de personas o de bienes inciden directamente en la conformación de los patrimonios objeto de liquidación judicial.

Los procesos concursales persiguen la protección de una pluralidad de intereses, a menudo contrapuestos: la protección del derecho de crédito de los acreedores del concursado; la dignidad de la persona del deudor; el amparo de la empresa como motor de la economía y fuente generadora de empleo;[396] la tutela de los terceros, incluidos los afectados por captación ilegal de dineros del público.[397] Además de estos intereses privados, es claro también el compromiso del interés general, que justifica la intervención del Estado en la economía en procura del bienestar de la sociedad.

A casi todos los mencionados intereses subyace una relación crediticia: una relación jurídica entre un acreedor y un deudor alrededor de una prestación que, en la mayor parte de estos procesos, tiene un carácter pecuniario. Casi todos los sujetos del proceso concursal o de intervención se ubican en el extremo activo o en el extremo pasivo de una relación de crédito; es decir, asumen los roles de acreedor o deudor.

Sea cual sea la condición en la que comparecen al proceso, es fundamental en todo proceso de insolvencia o intervención determinar a ciencia cierta quiénes son los deudores de los créditos del concurso y de las reclamaciones de los afectados, y cuáles son los bienes que integran su patrimonio. En efecto, el patrimonio del deudor es la prenda general de todos los acreedores y afectados, que tienen derecho a

394 Ídem.
395 Ídem.
396 Cfr. Rivera, Julio César. Instituciones de Derecho Concursal, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 29.
397 Cfr., al respecto, las consideraciones y el artículo 1 del Decreto 4334 de 2008.

perseguir “todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables”, según dispone el Código Civil en su artículo 2488.

Así las cosas, toda solicitud de exclusión de sujetos o bienes del proceso de intervención en realidad conlleva una petición para disminuir el monto de los bienes que responderán por las reclamaciones de los afectados de la captación y por las obligaciones del concurso.

b. La conformación de los patrimonios objeto de liquidación judicial hace parte de los proyectos de calificación y graduación de créditos y del inventario valorado.

Se entiende por patrimonio una universalidad jurídica compuesta por elementos activos y pasivos, de valor pecuniario, radicados en una persona[398]; “el conjunto de derechos y obligaciones de la persona estimables en dinero”.[399]

Los procesos de insolvencia e intervención tienen como elemento común que todos ellos buscan, de una u otra manera, determinar cada uno de los distintos elementos que conforman el patrimonio del deudor concursado, es decir, la identificación de los activos y pasivos que lo integran. Todos estos procedimientos prevén algún mecanismo para determinar los bienes y las deudas del sujeto en concurso o intervención: relación de acreedores, presentación de créditos, calificación y graduación de créditos, reconocimiento de afectados, inventarios y avalúos. También se prevén mecanismos de contradicción y control de legalidad a dichos trabajos de determinación, como la presentación de objeciones y su traslado, la solicitud de aclaraciones, complementaciones o correcciones a las providencias que los fijen, así como los recursos ordinarios en contra de ellas.

Así, los procesos de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial comprenden una serie de etapas para determinar los distintos elementos del patrimonio de los sujetos intervenidos y para que los sujetos interesados controviertan las decisiones que allí se adopten. Y en lo relacionado, específicamente, con la conformación del patrimonio de los intervenidos que responderá por las reclamaciones de los afectados de la captación y las obligaciones con los acreedores, que se materializa en los proyectos de calificación y graduación de créditos, inventarios y avalúos que debe presentar el liquidador en las oportunidades previstas en el artículo 48 de la Ley 1116 de 2006.

---

398 Gómez, José J. Bienes. Bogotá, Externado, 1981, p. 101.

399 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de septiembre de 1968, GJ CXXIV, p. 303, citada entre otras por la sentencia C-876 de 2002, de la Corte Constitucional

c. Las controversias sobre la calificación y graduación de créditos y el inventario valorado de los sujetos intervenidos deben plantearse a través de objeciones, en los términos de la Ley 1116 de 2006.

La Ley 1116 de 2006, en desarrollo del derecho de defensa y contradicción consagrado como principio fundamental en el artículo 29 de la Carta Política, establece una oportunidad para controvertir la calificación y graduación de créditos y el inventario valorado que el liquidador presente sobre cada uno de los distintos sujetos intervenidos. Se trata, precisamente, de la oportunidad para presentar objeciones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 48.5 y 29 del Régimen de Insolvencia Empresarial.

En dicha oportunidad, los distintos sujetos interesados pueden presentar sus desacuerdos con el trabajo inicialmente preparado por el liquidador, con el propósito de variar alguno de los aspectos que comprenden los proyectos de calificación y graduación de créditos e inventario valorado: la inclusión o exclusión de créditos; su cuantía; su calificación en el orden de prelación de créditos; su valoración como crédito de la masa o como reclamación de afectado, como gasto de administración o como crédito postergado; la necesidad de incluir bienes del deudor que no fueron relacionados en los inventarios o de excluir bienes de terceros que no son objeto del proceso concursal; la existencia de gravámenes, limitaciones al derecho de dominio o accesorios que no fueron tenidos en cuenta en los avalúos; las controversias sobre el valor del bien, con base en la metodología y elementos estudiados por el perito avaluador, entre otras circunstancias de interés para las resultas del concurso.

Entre otras controversias, se resalta que deben incluirse todas las que impacten la conformación del patrimonio que debe responder por las reclamaciones de los afectados y los demás créditos de la liquidación, y por tanto, las solicitudes de exclusión de bienes y personas deben tramitarse como objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos e inventario valorado que presente el auxiliar de la justicia en el trámite de la liquidación.

d. Las solicitudes de exclusión de bienes o personas no deben tramitarse por la vía incidental, ya que son aspectos principales del proceso de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial.

Podría pensarse que las solicitudes de exclusión de bienes o personas deben ser conocidas y decididas a través del trámite incidental previsto en los artículos 127 y siguientes del Código General del Proceso. Sin embargo, este Despacho por medio de la presente providencia corrige esta postura, con fundamento en los argumentos que se indican a continuación.

Por un lado, de acuerdo con el régimen general de los procesos civiles, únicamente están sujetas al trámite incidental aquellas cuestiones que expresamente la ley señale.[400] Según esta disposición, a falta de norma que prevea que las solicitudes de exclusión de bienes y personas se tramiten como incidente, éstas deben seguir el curso general del proceso y, por tanto, deben presentarse y despacharse en la oportunidad que corresponda.

Podría pensarse que el Régimen de Insolvencia Empresarial invirtió la mencionada regla para los procesos de insolvencia, así como para los de intervención que remiten a él. En efecto, el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006 dispone que "las cuestiones accesorias que se susciten en el curso del proceso de insolvencia se resolverán siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 135 a 139 del Código de Procedimiento Civil" (hoy entiéndanse los artículos 127 a 131 del Código General del Proceso, que los subrogaron).

¿Quiere ello decir que para la Ley 1116 de 2006 los incidentes son regla general? De ninguna manera. Un análisis más a fondo de la norma transcrita lleva a una conclusión completamente distinta: incluso en los asuntos sujetos al Régimen de Insolvencia Empresarial los incidentes son cuestiones excepcionales.

En efecto, el artículo 8 solo defiere al trámite incidental "Las cuestiones accesorias"; previsión que exige al intérprete determinar si un asunto es accesorio antes de disponer el trámite incidental.

"Accesorio" es una noción amplia y en cierta medida vaga, cuya determinación conlleva más de una dificultad. Sin embargo, ya la doctrina ha debatido suficientemente sobre el sentido y los alcances de esta palabra. Siguiendo a Beaudant19, la palabra "accesorio" puede leerse en dos sentidos: como "secundario" y como "dependiente". En el primero de los sentidos, se contrapone a "esencial"; en el segundo, a "principal". La lógica indica que siempre que se hable de accesorio se plantea una contraposición a lo "esencial" o a lo "principal", en una conexión funcional20, "de manera que la calificación de principal o accesorio, subordinado o auxiliar, corresponde a una relación de finalidades prácticas".

Llevadas estas consideraciones al ámbito procesal, podemos afirmar que cuando el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006 habla de "las cuestiones accesorias", se refiere a todos aquellos asuntos que no tengan el carácter de "esencial" o "principal" dentro del proceso de insolvencia o intervención.

---

400 Código General del Proceso, artículo 127.

Este Despacho entiende por esencial o principal toda cuestión directamente relacionada con las finalidades prácticas y con la estructura central del proceso concursal. En este grupo figuran, entre otros, los actos directamente relacionados con la conformación del activo y el pasivo del concursado, así como los actos dirigidos a la determinación de las condiciones para la satisfacción de los créditos y la eventual venta o adjudicación de los bienes que conforman la masa.

Así las cosas, es evidente que en los procesos concursales, como el de intervención, no son accesorias aquellas cuestiones que buscan variar las resultas de la calificación y graduación de créditos, o la conformación del inventario valorado, pues este es, se reitera, un aspecto esencial para el trámite del concurso. Y en este sentido, no es accesoria ninguna solicitud que busque excluir personas o bienes de la intervención, ya que, como se ha explicado, dichas solicitudes tienen como propósito o como efecto, alterar la conformación del activo o del pasivo del proceso de intervención.

Lo anterior fuerza a concluir que las solicitudes de exclusión de bienes o personas no son cuestiones accesorias al proceso de intervención y que, por tanto, no deben seguir el trámite incidental, en los términos dispuestos por el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006.

2.3.2. Situación de las solicitudes de exclusión de bienes y personas presentadas en oportunidades distintas.

Tal como ya se expuso, las solicitudes de exclusión de bienes y personas que se presenten en el curso del proceso de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial deben presentarse como objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos y al inventario valorado. Con todo, puede suceder que algunas solicitudes hayan sido presentadas antes o después o de forma distinta
.
Las solicitudes presentadas con anterioridad a la etapa de objeciones deben ser consideradas como objeciones y trasladadas y decididas como tales, cuando llegue la oportunidad respectiva. Lo anterior es una derivación de los principios previstos en el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, así como en el parágrafo del artículo 318 C.G.P. Igual solución se dará a las solicitudes que se presenten oportunamente, pero bajo una denominación distinta (por ejemplo, las que se califiquen como “incidente”).

Las solicitudes que se presenten con posterioridad serán rechazadas de plano por extemporáneas, en virtud del principio de igualdad que rige el procedimiento concursal, y que prevé unas mismas oportunidades procesales al deudor y a los acreedores.

En consecuencia, las solicitudes de exclusión de personas y bienes que se han presentado al proceso, se agregarán al expediente y respecto de ellas el Despacho se pronunciará en audiencia de resolución de objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos y aprobación de inventario valorado y resolución de incidentes de exclusión de personas y de bienes.

Por tanto, se advierte el deber legal de las partes de estar atentos a las actuaciones que se surten dentro del proceso a fin de ejercer adecuada y oportunamente sus derechos. Para tal fin, deberán consultar el expediente 40068 en el archivo del Grupo de Apoyo Judicial de esta Entidad.

2.4. Tercera etapa. Adjudicación de bienes. Pago, adjudicación de bienes y rendición de cuentas por parte del agente liquidador.

El liquidador podrá enajenar los bienes del inventario valorado hasta dentro de los dos meses siguientes a la firmeza del auto que resuelva sobre la calificación y graduación de créditos.

A diferencia de los procesos de liquidación judicial sujetos al Régimen de Insolvencia Empresarial, en los de intervención bajo la modalidad de liquidación judicial no es procedente intentar un acuerdo de adjudicación, pues dicha figura es incompatible con la intervención. En efecto, sostener lo contrario implicaría desproteger a los afectados, que son el objeto principal de este régimen excepcional, ya que un acuerdo de adjudicación sólo comprendería a los acreedores externos e internos del intervenido, y no a los afectados con la captación.

Así las cosas, una vez concluida la etapa de enajenación de los activos, el Despacho deberá proferir la providencia de adjudicación, que deberá realizarse en los plazos previstos en el artículo 59 de la Ley 1116 de 2006, luego de lo cual el liquidador deberá presentar su rendición final de cuentas. En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia,

Resuelve

Primero. Rechazar la solicitud de suspensión del proceso incoada por el liquidador del proceso.

Segundo. Requerir al liquidador para que radique su decisión final sobre reconocimiento de afectados, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia.
Tercero. Requerir al liquidador para que identifique a qué conciernen los títulos de

depósito judicial remitidos a este Despacho, de conformidad con lo establecido en las consideraciones de este proveído.

LEY 550 DE 1999 Acta 2017-01-099803 de 8 de Marzo de 2017	
Demandante **Demandado**	Rocío del Mar Burgos Alemán y otros. Alcaldía de la ciudad Ciénaga de Oro, departamento de Córdoba.
Asunto	Efectos de la nulidad del acuerdo de reestructuración.
Expediente	2015-480-00081

El 21 de febrero de 2017, a las 10:25 a.m. se dio inicio a la audiencia de que trata el artículo 392 del C.G.P., convocada por auto 2017-01-050345. Asistió a la audiencia el apoderado de la parte demandante Juan José Rodríguez Espitia, con la cédula de ciudadanía número 80.410.750 de Usaquén y portador de la tarjeta profesional de abogado número 53.001 del Consejo Superior de la Judicatura. En la misma diligencia, se decretó un receso hasta el 2 de marzo de 2017, a las 8:00 a.m. A la reanudación asistieron Daniel Salamanca Pérez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1-010.203.824 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional de abogado número 273.154 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado sustituto de la parte demandante; Adriana Betancourt Ortiz, identificada con la cédula de ciudadanía número 38.260.145 de Ibagué y portadora de la tarjeta profesional de abogada número 48.751 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de curadora ad litem de los acreedores que conforman la primera y quinta clases; Feliberto Segundo Sáenz Sierra, identificado con la cédula de ciudadanía número de 78-730-702 de Ciénaga de Oro y portador de la tarjeta profesional de abogado número 93.874 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la parte demandada.

Se deja constancia de que se recibió en cinco folios la sustitución del poder conferido por la parte actora y el poder conferido por la parte demandada.

El Despacho reanudó la audiencia con el fin de proferir sentencia oral.

Si bien, de acuerdo con lo señalado en el inciso primero del numeral 6 del artículo 107 del C.G.P., en el acta se debe insertar solo la parte resolutiva de la sentencia que se profiera, en el presente proceso se insertará la totalidad de la misma debido a la relevancia del pronunciamiento en ella realizado.

Sentencia

Por disposición legal, no es necesario referir los antecedentes del caso ni del

proceso; basta sólo con decir que la controversia versa sobre la legalidad de las cláusulas 1 y 3 de la modificación del acuerdo de reestructuración del municipio de Ciénaga de Oro celebrada el 26 de junio de 2015, que la parte demandante considera nulas por vulnerar el principio de igualdad o par condicio creditorum y el orden legal de prelación de créditos.

El principio de igualdad se manifiesta, en los procesos concursales, en el establecimiento de unas mismas condiciones para satisfacer los créditos de acreedores que se encuentren en una misma categoría.

"El principio de igualdad entre los acreedores se concreta en la obligación de no establecer privilegios injustificados y se plasmó en el aforismo „par conditio creditorum"" (T-258 de 2007). "Con este se persigue que los créditos existentes sean pagados en igual proporción, plazo y forma exceptuando los órdenes o categorías de pago fijados por ley." (T-441 de 2002).

Ahora bien, *"la prelación de créditos es (…), el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos" (C-092 de 2002). A través de ella "a los titulares de un derecho de crédito, frente a una masa de bienes, se les aplican unas normas mínimas en procura de garantizar la protección de las personas que por alguna característica especial merecen ser tratados de manera preferente frente a los demás acreedores" (T-1033 de 2007).*

En esta medida, la prelación de créditos es *"una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley"* (C-092 de 2002).

Así las cosas, el juez del acuerdo debe tener presente que *"tratándose de créditos de la misma categoría, se debe respetar la igualdad de tratamiento derivada de tal principio y dar igual trato a acreedores en iguales condiciones"* (T-441 de 2002).

En síntesis, el principio de igualdad obliga a las partes del acuerdo de reestructuración a prever el mismo trato a todos los acreedores que se encuentren en la misma clase y grado de la prelación legal de créditos, sin que, por regla general, se puedan establecer categorías o criterios diferenciadores distintos de los expresamente previstos en la ley para ellos, a menos que sean consentidos expresamente por los acreedores afectados.

Hechas las anteriores precisiones, pasa el Despacho a analizar el contenido de la reforma al acuerdo demandada:

a) Cláusula primera de la modificación al acuerdo.

La cláusula primera de la modificación al acuerdo de reestructuración del municipio de Ciénaga de Oro dispone, en primer término, que los acreedores del acuerdo se clasifican en los siguientes grupos:

"1. Grupo 1: Trabajadores y pensionados
2. Grupo 2: Entidades Públicas e Instituciones de Seguridad Social
3. Grupo 3: Entidades financieras y,
4. Grupo 4: Los demás acreedores externos.

El Despacho advierte que la mencionada cláusula dispone un conjunto de clases de acreedores distinta de las previstas en la Constitución Política en el Código Civil y en las demás leyes que los complementan. En efecto, la cláusula en comento confunde las categorías de acreedores exigidas por la Ley 550 de 1999 para efectos de garantizar un origen plural de los votos a favor del acuerdo, con las clases de acreedores previstas en la ley sustancial como orden de prelación para la satisfacción de las obligaciones.

Por su parte, el parágrafo 1 de la misma cláusula dispone que los créditos de la primera clase se pagarán, entre otros, se acuerdo con los siguientes conceptos

"2. Factores salariales, prestaciones sociales adeudadas y sanción moratoria.

3. Factores salariales y prestaciones sociales adeudadas, originadas en mandamiento de pago".

Los numerales establecen un trato distinto a créditos con el mismo origen, con base en una única consideración: si se ha iniciado un proceso ejecutivo y se ha obtenido mandamiento de pago o no. Frente a quienes no cuentan con mandamiento de pago se previó el reconocimiento de sanción moratoria, sanción que no se contempló para quienes cuenten con mandamiento de pago.

Dicho parágrafo establece una diferenciación no prevista en la ley para asignar consecuencias distintas a cada uno de los términos de la comparación, con lo cual se infringe el principio de igualdad.

Ahora bien, los parágrafos 2 y 3 de la misma cláusula primera disponen un orden en el pago de las acreencias en función de dos criterios: su valor y su antigüedad. El parágrafo 2 establece una serie de rangos de créditos (menores a 5 millones, entre 5 y 10 millones, entre 10 y 50 millones y superiores a 50 millones), y dispone que

los pagos deban hacerse conforme según dicho orden; y el parágrafo 3 dispone que al interior de cada uno de dichos rangos debe pagarse antes las acreencias más antiguas y luego las más recientes.

Estos parágrafos carecen de soporte legal toda vez que establecen un trato diferencial para acreedores que se encuentran en igualdad de condiciones. No existe razón legal alguna para diferenciar a los acreedores según el monto de sus obligaciones ni según su antigüedad; las reglas de prelación legal disponen que la satisfacción de todos los créditos adquiridos por el deudor con anterioridad al inicio de las negociaciones debe hacerse en unos mismos términos y condiciones, y en caso de que los activos resulten insuficientes para pagar la totalidad de su monto, se remite a la regla de la prorrata.

Ahora bien, el parágrafo 4 de la misma cláusula también compromete el principio de igualdad, en la medida en que establece un tratamiento distinto entre los acreedores laborales que cuenten con una sentencia judicial ejecutoriada y quienes no cuenten con ella respecto del pago de la sanción moratoria. Sobre el punto, el Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2007 concluyó que *"la fuente de la obligación a cargo de la Administración para cancelar la sanción moratoria por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas, lo constituye la ley, por lo que no es necesario que exista un acto administrativo o una sentencia que expresamente reconozcan el derecho al pago de la sanción. / El pago de la sanción moratoria, cuando previamente se ha reconocido el valor de las cesantías de un empleado, es una acreencia o crédito cierto".*

En este orden de ideas, si la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías a favor de los acreedores laborales fue incluida en la determinación de derechos de voto o el pago de dicha sanción fue aceptada por los demás acreedores al momento de votar el acuerdo, su pago no puede ser desconocido o modificado por el municipio de Ciénaga de Oro sin la anuencia del respectivo acreedor ni puede distinguirse entre los acreedores a los que dicha sanción se haya reconocido por sentencia judicial y aquellos que no.

Similares consideraciones pueden hacerse respecto del parágrafo 5 de la misma cláusula primera, que distingue entre los acreedores que cuentan con sentencia judicial en firme y quienes no para reconocer intereses moratorios y corrientes únicamente a aquellos y no a estos; y respecto del parágrafo 6, que dispone que solo se pagará una fracción de lo debido a aquellos acreedores que cuenten con mandamiento ejecutivo en procesos ejecutivos que aún no cuenten con sentencia.

Debe recordarse al respecto lo sostenido por la Corte Constitucional: *"El legislador*

no consideró que el haber iniciado el proceso ejecutivo y el haber logrado el decreto de embargo de un bien específico perteneciente a la persona jurídica disuelta, fuera razón suficiente para conceder un privilegio en el pago al acreedor respectivo, ni para excluir de la masa de la liquidación el bien previamente embargado. Razones que justamente tocan con la necesidad de no establecer privilegios injustificados, y de hacer efectivo el principio "par conditio creditorum" que busca hacer efectiva la igualdad entre acreedores en los procesos liquidatorios, lo llevaron a la conclusión contraria: que el sólo hecho del embargo ya decretado no podía constituirse en fundamento constitucional suficiente para otorgar el privilegio mencionado. De lo contrario, la circunstancia de haber logrado primero la medida cautelar sería argumento para hacer prevalecer un crédito sin ninguna consideración distinta, como las relativas a la situación de debilidad del acreedor, a la presencia de intereses públicos en la satisfacción de los créditos, o simplemente a la existencia de garantías especiales constitutivas de derechos adquiridos, que son razones, estas sí de rango constitucional, para conceder privilegios, que son tenidas en cuenta por el ordenamiento" (C-291 de 2002).

Son todas distinciones que no se acompasan con la legalidad y que establecen discriminaciones odiosas que van en contravía de la par condicio creditorum y de las reglas sobre prelación legal de créditos.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que la cláusula primera de la modificación del acuerdo de reestructuración vulnera el principio de igualdad entre los acreedores de una misma clase y adolece de nulidad; nulidad que vicia la médula de la fórmula de pago y que se extiende a todos los demás aspectos de la cláusula en comento; razón por la cual no puede ser declarada de manera parcial.

b) Cláusula tercera de la modificación al acuerdo.

La cláusula tercera de la modificación del acuerdo, por su parte, dispone un orden en el pago de los créditos quirografarios así:

"(…) El municipio de Ciénaga de Oro, pagará las acreencias ciertas como créditos de quinta clase, de conformidad con el artículo 2509 del Código Civil, en el siguiente orden:

1. Obligaciones con Personas Naturales y Jurídicas que no gozan de preferencia de los créditos en primera y segunda clase.

1. *Obligaciones con entidades públicas.*
2. *Cuotas partes pensionales.*
3. *Obligaciones financieras sin otorgamiento de prenda.*

Esta cláusula vulnera la prelación legal de pagos, pues defiere el tiempo y el orden de los pagos de los créditos de una misma clase a una serie de categorías extralegales, cuando la ley no establece distinción alguna. Distinción que, por dar un trato distinto a personas en la misma situación fáctica, vulnera las reglas más elementales de la par condicio creditorum y vicia la disposición del acuerdo.

Ahora bien, los parágrafos 1 y 2 incorporan criterios de cuantía y antigüedad en los términos semejantes a lo pactado en la cláusula primera, con lo cual se establecieron criterios distintos de los previstos en la ley, se fracturó aún más el principio de igualdad y se incurrió en nulidad absoluta por objeto ilícito. Al respecto, el Despacho se remite a lo dicho con anterioridad.
Los parágrafos 3 y 4 de la cláusula tercera distinguen entre los acreedores quirografarios entre las entidades públicas y los demás acreedores, y establece términos distintos para el pago de unas y otras, sin que legalmente exista dicha distinción ni que se hubiese acreditado la existencia de alguna de las excepciones permitidas a la prelación legal.

Ahora bien, los parágrafos 7 y 8 de la cláusula tercera no sólo prevén un trato diferencial para una porción de créditos quirografarios que no está establecida en la ley, como son los créditos con entidades financieras; también incurre en los mismos vicios de las disposiciones anteriores, en la medida en que establece términos y condiciones de pago distintas en función de la cuantía de los créditos; y va más allá, pues regula el caso específico de cada uno de los acreedores financieros, que distingue con nombres propios y frente a los cuales establece condiciones de pago distintas.

Adicionalmente, los parágrafos en comento condicionan el pago de dichas acreencias a la disponibilidad de recursos. Sin embargo, esta condición raya en lo potestativo, y encuadra en la prohibición que la ley civil formula frente a este tipo de pactos, según lo dispuesto en el artículo 1535 del Código Civil.

Con base en lo anterior, habrá también de declararse la nulidad respecto de la totalidad de la cláusula tercera de la modificación del acuerdo de reestructuración del municipio de Ciénaga de Oro, sin que quepa la posibilidad de una nulidad parcial.

c) Efectos de la nulidad declarada

La declaratoria de nulidad por parte del juez de conocimiento tiene como efecto la desaparición de los mencionados pactos de la vida jurídica.
Advierte, sin embargo, el Despacho, que la nulidad de las cláusulas demandadas supone que se estudien los siguientes problemas jurídicos: (I) si la nulidad de la

modificación supone la reviviscencia de las cláusulas del acuerdo inicial; (II) si la nulidad de las cláusulas demandadas supone la nulidad de todo el acuerdo de reestructuración; y (III) si la nulidad declarada afecta los pagos hechos con fundamento en lo pactado en el acuerdo antes de la declaratoria de nulidad.

Sobre el primero de los problemas jurídicos, considera el Despacho que la nulidad de la reforma no implica la reviviscencia del clausulado original del acuerdo, pues dichas estipulaciones ya se habían extinguido en virtud del consentimiento de los acreedores que votaron favorablemente la reforma. En efecto, una vez aprobada la reforma del acuerdo de reestructuración del municipio de Ciénaga de Oro, se dejó sin efecto todas aquellas cláusulas que fueron sustituidas por la modificación. A partir de entonces, el acuerdo de reestructuración incluía como parte integral las reformas que se le introdujeron al texto original.

En lo que respecta al segundo problema jurídico, el Despacho estima que la nulidad de las cláusulas que disponen la forma de atender las obligaciones de la entidad reestructurada conlleva la nulidad del acuerdo en su totalidad. Varios argumentos llevan a esta conclusión:

La forma de atender el pasivo de la concursada es un elemento esencial del acuerdo de reestructuración. Elementos esenciales, se recuerda, son aquellos sin los cuales un negocio *"o no produce efecto alguno o degeneran en otro contrato diferente"* (artículo 1501 del C.C.).

Ahora bien, el artículo 33 de la Ley 550 de 1999, en lo tocante a los contenidos de los acuerdos de reestructuración, estableció que éstos *"deberán incluir cláusulas que contemplen* ***como mínimo*** *lo siguiente: (…) 2. Prelación, plazos y condiciones en las que se pagarán, tanto las acreencias anteriores a la fecha de iniciación del acuerdo, como las que surjan con base en lo pactado en el mismo"* (se destaca).

Es evidente que las condiciones de pago de los distintos acreedores anteriores al acuerdo de reestructuración y la prelación en que dichos pagos se realizarán son uno de los requisitos mínimos del acuerdo de reestructuración. Además, corresponde a un elemento de la esencia, por cuanto dicho elemento realiza efectivamente el objeto del acuerdo: *"corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas [en el presente caso entidades territoriales] puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo".*

Ahora bien, como la nulidad declarada versa sobre un elemento esencial del acuerdo de reestructuración (las condiciones del pago de los créditos a cargo de la entidad

demandada), no es posible que la nulidad sea parcial. En efecto, el artículo 902 del Código de Comercio prevé que la nulidad de alguna de las cláusulas de un contrato *"acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad".*

En el presente caso resulta evidente que las partes no habrían celebrado el negocio sin las cláusulas que aquí se demandan, no solo porque ello hace parte del objeto mismo del acuerdo de reestructuración sino porque, además, la ausencia de uno de los elementos esenciales llevaría indefectiblemente a la inexistencia del acuerdo ex artículo 898 del Código de Comercio: *"Será inexistente el negocio jurídico (…) cuando falte alguno de sus elementos esenciales".*

Mal haría el Despacho en declarar la nulidad parcial del acuerdo, so pretexto de mantener las estipulaciones restantes del mismo, pues dicha decisión llevaría, paradójicamente, a la aniquilación del negocio por faltarle alguno de los elementos esenciales para su existencia.

Finalmente, habrá de pronunciarse esta Superintendencia sobre las consecuencias de la nulidad declarada respecto de los pagos que se hicieron en cumplimiento de lo pactado en el acuerdo nulo.

Por regla general, la nulidad de los actos o negocios jurídicos implica, como consecuencia, la reversión de las cosas al mismo estado en que se habrían hallado en caso de no haberse celebrado nunca. Así lo dispone, entre otras, el artículo 1746 del Código Civil.

Sin embargo, en el caso de los contratos de tracto sucesivo, la situación merece un tratamiento y consideraciones distintas. La Corte Suprema de Justicia ha expresado en una línea jurisprudencial que se ha mantenido incólume a lo largo de muchas décadas, que *"en los pactos destinados a producir una serie de efectos escalonados, llamados por eso de tracto sucesivo, (…) sería imposible restablecer la situación originaria y el efecto retroactivo no se produce por la naturaleza misma de la convención y la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior. (…) [S]e está en presencia de una terminación del contrato (…)" (casación civil de 29 de septiembre de 1944, G.J. tomo LVII, p. 604). "Por la terminación (o cesación) judicial, pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, „ejecutorios" por oposición a „ejecutados", cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas"* (casación civil de 26 de noviembre de 1935, G.J. tomo XLIII, p. 391).

Así las cosas, y por tratarse el acuerdo de reestructuración de un negocio de tracto sucesivo, el Despacho no ordenará la devolución de los pagos que a la fecha se hayan efectuado ni el restablecimiento de las obligaciones que en virtud de ellos se habían extinguido; sin embargo, sí se ordenará que se convoque a los acreedores a la celebración de un nuevo acuerdo que establezca la forma de atender las obligaciones a cargo del municipio, y las condiciones y términos en que ello debe hacerse conforme a las disposiciones que gobiernan este tipo de acuerdos.

En este orden de ideas, prosperarán las pretensiones del demandante, y se ordenará la convocatoria de una nueva reunión de determinación de derechos de voto y acreencias, para que se cuantifiquen los créditos del concurso que en la actualidad están pendientes de pago y los votos que de ellos se derivan, y se celebre un acuerdo de reestructuración, en los plazos previstos para ello por la Ley 550 de 1999.

Para efectos del nuevo acuerdo que haya de celebrarse, el Despacho considera oportuno aclarar a las partes que las condiciones de pago de los créditos a cargo de la entidad deben respetar las cinco clases de prelación de créditos señaladas en el Código Civil, y al interior de cada una de ellas debe seguir el orden de los grados dispuestos en la ley y en la jurisprudencia constitucional, sin que sea posible invertir dichos órdenes, modificar las reglas de prelación ni prever un trato desigual a alguno o algunos de los acreedores que conforman una misma clase, salvo anuencia del acreedor perjudicado o flexibilización de la prelación de créditos, en los casos en que la ley así lo permita y con el agotamiento de los requisitos de forma y de fondo para ello.

12. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, una suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Estimar las pretensiones del demandante.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta del acuerdo de reestructuración de pasivos del municipio de Ciénaga de Oro, sin que dicha nulidad se extienda a los pagos realizados en ejecución del acuerdo que se declara nulo en la presente sentencia.

Tercero. Ordenar al promotor del acuerdo de reestructuración del municipio de Ciénaga de Oro que convoque a una nueva reunión de determinación de derechos de voto y acreencia, con miras a la celebración de un nuevo acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 550 de 1999.

Cuarto. Fijar como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, que el demandado pagará a favor de la parte demandante.
Quinto.- Decretar el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda en la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Líbrese el oficio respectivo.

La presente providencia se notifica en estrados.

En firme la sentencia, y siendo las 8:56 a.m., se dio por terminada la presente diligencia.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES