Auto 2010-01-104769

Identificación de la decisión

Tipo de decisión	Auto
Dependencia	Delegatura para los Procedimientos Mercantiles. Grupo de Intervenidas
Naturaleza de la decisión	Proceso de intervención judicial. Terminación de toma de posesión y apertura de liquidación judicial como medida de intervención
Radicado	2010-01-104769
Fecha	2010-04-23
Sujeto	DMG Grupo Holding S.A.
Expediente	60878

Tema

Exclusión de sujetos vinculados a la captación, aprobación de rendición de cuentas y reconocimiento de honorarios, con transición a liquidación judicial acumulada.

Subtemas

Participación directa e indirecta; tercero proveedor de buena fe; nombramiento y ejercicio de funciones administrativas; ausencia de reclamaciones particulares; autonomía frente al proceso penal; derecho de petición ante el juez; aportación documental y requisitos de la prueba testimonial; contenido y control de la rendición de cuentas; condición del auxiliar y doble remuneración; apertura de liquidación sin cesación de pagos; acumulación procesal y atención independiente de otras acreencias.

Problemas jurídicos

1.	¿Qué circunstancias permiten diferenciar al tercero proveedor de buena fe del sujeto vinculado a la captación, y qué incidencia tienen el ejercicio efectivo del cargo y la ausencia de reclamaciones particulares en su exclusión?

2.	¿Puede obtenerse el levantamiento de la intervención invocando la inexistencia de investigación penal o el derecho de petición, y qué exigencias rigen la aportación y solicitud de pruebas para decidir la exclusión?
3.	¿Qué controles y presupuestos rigen la aprobación de cuentas, el reconocimiento de honorarios y la transición a liquidación judicial acumulada, y qué límites conserva la atención de acreencias?

Tesis planteadas

1. Vinculación con la captación y límites de la exclusión:

La intervención comprende a quienes desarrollan la captación y a quienes participan directa o indirectamente en ella, sin que la falta de recepción personal de recursos o de reclamaciones contra un sujeto determine por sí sola su exclusión. El contrato de servicios tampoco acredita automáticamente la condición de tercero proveedor protegido: deben valorarse conjuntamente la función desempeñada y las pruebas del vínculo con la actividad. El nombramiento como subgerente no equivale, en el supuesto examinado, al ejercicio efectivo de la representación o administración; si solo existió la expectativa de ejercer el cargo y no se aprecia su desempeño, procede levantar la medida. Esta conclusión debe diferenciarse de las negativas sustentadas en actuaciones administrativas comprobadas, pertenencia a la junta y falta de desvirtuación del vínculo.

2. Autonomía jurisdiccional y actuación probatoria:

La toma de posesión se adelanta en ejercicio de funciones jurisdiccionales y no depende de que se haya iniciado un proceso penal contra el intervenido. La ausencia de investigación criminal no elimina el fundamento patrimonial de la intervención ni sustituye la prueba requerida para excluir al solicitante. Las peticiones relativas al proceso se resuelven conforme a sus etapas y reglas, sin que el derecho de petición permita desplazarlas. Anunciar documentos no equivale a aportarlos, y la solicitud de recibir un testimonio debe cumplir los requisitos del procedimiento aplicable; la incorporación directa de documentos no requiere citar a una persona únicamente para allegarlos.

3. Rendición de cuentas y liquidación acumulada:

La aprobación de la rendición de cuentas exige verificar su contenido y soportes, aun cuando el traslado transcurra sin objeciones; sobre esa base puede terminarse la toma de posesión y, si resulta necesario, abrirse la liquidación judicial como medida de intervención, sin exigir cesación de pagos. El reconocimiento simultáneo de honorarios depende de la condición jurídica comprobada del auxiliar y no constituye una autorización general para servidores públicos. La acumulación por conexidad con la captadora permite coordinar la liquidación y la devolución del dinero captado, pero las acreencias distintas de dicha devolución deben atenderse independientemente respecto de cada sociedad o persona. La terminación de una fase no equivale a excluir a quienes continúan sometidos a la nueva medida.

Razón o fundamento principal de la decisión

Los artículos 1 y 5 del Decreto 4334 de 2008 permiten intervenir los negocios, operaciones y patrimonio de quienes desarrollan o participan en la actividad financiera no autorizada, de modo que el recaudo directo no agota el ámbito subjetivo de la medida. Por ello, que no se hayan presentado reclamaciones contra una sociedad o persona no prueba, por sí mismo, que haya sido ajena a la captación ni impide examinar su participación en la estructura que la hizo posible. La condición de tercero proveedor de bienes y servicios de buena fe, examinada a partir de la Sentencia C-145 de 2009, no se demuestra únicamente con la denominación del contrato o con facturas y cotizaciones; el despacho contrasta esos elementos con los demás documentos, las manifestaciones de trabajadores, el funcionamiento de puntos de atención de la captadora, la cooperación de sociedades vinculadas como codeudoras, el pago de servicios públicos y las coincidencias en representación y domicilios. Tales circunstancias, valoradas conjuntamente, pueden revelar una relación que excede la provisión ordinaria de servicios. Respecto de las personas naturales, el auto distingue la calidad formal del desempeño que encuentra probado: los subgerentes quedan comprendidos cuando, a falta del principal, actúan como representantes, pero el nombramiento sin ejercicio apreciable de administración permitió levantar la medida en uno de los supuestos examinados. En cambio, la documentación de actuaciones como director administrativo y financiero, junto con la condición de revisor fiscal de otra sociedad vinculada, sostuvo una negativa; la alegación de haber prestado servicios por poco tiempo o con posterioridad a la intervención de la captadora no desvirtuó esos elementos. Para la integrante de junta, el vínculo de la sociedad con la captación y la ausencia de las pruebas anunciadas impidieron obtener la exclusión. El alcance de cada conclusión depende de esos fundamentos y no de una regla universal de responsabilidad por la sola inscripción de cualquier cargo.

El artículo 3 del Decreto 4334 de 2008, en relación con el artículo 116 de la Constitución, atribuye carácter jurisdiccional a la actuación de toma de posesión. El auto deduce de ello

que el proceso de intervención no depende del proceso penal, por lo que la falta de investigación criminal no acredita ausencia del vínculo que sustenta la medida patrimonial. Tampoco la invocación del derecho de petición transforma una solicitud procesal en actuación administrativa sujeta a reglas distintas de las del juicio. La Sentencia T-1124 de 2005, reproducida por el despacho, distingue la obligación de tramitar peticiones ante los jueces de la oportunidad y el procedimiento para decidir cuestiones propias del proceso. La solicitud de exclusión debe, por tanto, examinarse con las pruebas allegadas y conforme al trámite judicial. En esa valoración, el anuncio de documentos no equivale a su aportación: si el interesado fue requerido para allegarlos y no lo hizo dentro del término concedido, el juez no puede tenerlos como demostración de sus afirmaciones. La documental puede incorporarse directamente, sin necesidad de citar a un tercero con ese solo propósito; si lo pretendido es recibir declaración testimonial, la petición debe satisfacer el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, cuya inobservancia motivó el rechazo de la citación solicitada. La práctica de prueba de oficio para esclarecer las funciones de otro solicitante tampoco sustituye la valoración conjunta de las constancias, contratos y documentos recibidos. Así se explican resultados distintos dentro del mismo auto: la exclusión por falta de ejercicio administrativo apreciable, la negativa basada en actuaciones comprobadas y la negativa en la que el vínculo no fue desvirtuado con las pruebas anunciadas. La autonomía frente a lo penal no elimina ese examen probatorio ni convierte toda calidad societaria en prueba concluyente de responsabilidad.

El artículo 8 del Decreto 1910 de 2009, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 4334 de 2008, exige que la rendición de cuentas relacione pagos ejecutados, devoluciones aceptadas insolutas y bienes valorados afectos a ellas, con soporte suficiente. En ejercicio de las atribuciones del artículo 4 del Decreto 4334 y del artículo 5, numeral 11, de la Ley 1116 de 2006, el instructivo 420-110865 concreta el informe cronológico, número y detalle de reclamaciones, saldos, inventario individualizado y valorado, ingresos y egresos, puntos de atención y contratos de trabajo terminados, además de las firmas del agente y contador y la certificación de este. El traslado por veinte días, conforme al artículo 65 de la Ley 1116, transcurrió sin objeciones, pero el despacho requirió armonizar las cuentas y verificó la información complementada antes de aprobarlas; el silencio de los interesados no reemplazó ese control. Para tasar honorarios aplicó la Resolución 100-00817 de 5 de marzo de 2009, atendiendo reclamaciones, oficinas, contratos terminados, recuperación y administración de bienes y duración de la gestión para la comisión de éxito. La posibilidad de percibir simultáneamente otra remuneración se apoyó en el concepto de Función Pública incorporado al auto: el gerente liquidador examinado era un particular auxiliar de la administración, sin vínculo laboral subordinado, y por esa condición no estaba incurso en la prohibición del artículo 128 constitucional. Se conservó la reserva sobre el agente que sí ostentara la condición de servidor público; el artículo 11 del Decreto 4334 admite esa designación y la fuente del pago prevista en el artículo 10, parágrafo 3, no elimina por sí sola la incompatibilidad. Aprobadas las cuentas, los artículos 7, literales f y g, del Decreto 4334 y 8 del Decreto 1910 sustentan la liquidación necesaria para desmantelar la

actividad y continuar la devolución, sin exigir cesación de pagos de la persona jurídica ni calidad de comerciante de la natural. La conexidad acreditada y los fines del artículo 2, examinados con C-145 de 2009, justifican la acumulación a la captadora, con atención independiente de las acreencias distintas de devolución. El artículo 61 de la Ley 1116 se invoca como advertencia sobre subordinación o grupo, no como declaración automática de identidad patrimonial.

Consideraciones adicionales

La apertura de liquidación produce la disolución de las personas jurídicas y limita su capacidad a actos de liquidación y conservación de activos; no conserva a los administradores en sus funciones. El artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, numerales 2, 4, 5, 11 y 12, sustenta la separación de administradores, cesación de órganos sociales y de fiscalización, terminación de contratos no necesarios y laborales, restricciones a pagos y disposición patrimonial y remisión de ejecuciones. Se preserva la excepción del artículo 12 del Decreto 1038 de 2009 y la autorización para continuar contratos necesarios. Se ordenan inventario y avalúos conforme al Decreto 1730 de 2009, presentación y calificación de créditos según los artículos 49, numeral 5, y 29 de la Ley 1116, e informes trimestrales de gastos conforme a la circular externa 100-000002 de 2009. La eventual inhabilidad del artículo 83 se deja para estudio, sin imponerse en este auto. El original alterna C-145 de 2008 y de 2009; la sentencia se identifica como C-145 de 2009 en los apartados que desarrollan la constitucionalidad del régimen.

Decisión

Denegar lo solicitado por Eduardo Cuervo Rojas como exrepresentante de A1A Visa S.A. y A1A Cyber; levantar la intervención y toma de posesión de Adriana Alejandra Santos; negar las solicitudes de César Augusto Cruz Calderón y de Lina María Mantilla Grande y rechazar la citación de Cuervo pedida por su apoderado.

Aprobar la rendición de cuentas final y aceptar la gestión de María Mercedes Perry Ferreira; reconocer honorarios de $26.780.000 más IVA de $4.284.800, total $31.064.800.

Terminar la toma de posesión y levantar las medidas de esa fase; abrir liquidación judicial respecto de los sujetos expresamente relacionados, sin incluir a Adriana en la nueva medida, y acumular los procesos a DMG Grupo Holding S.A. en liquidación judicial.

Mantener a Perry como liquidadora, exigir caución del 0,3 % del total de activos a su cargo y decretar embargos, secuestros, registros y avisos.

Ordenar presentación de créditos, proyecto de calificación, inventario, avalúos, remisión de ejecuciones, informes y comunicaciones; advertir los efectos concursales sobre contratos, órganos sociales, administración y pagos. La acumulación conserva la atención independiente de acreencias diferentes de la devolución del dinero captado.

Fuentes legales

Constitución Política (artículos 116, 128 y 335; en la consulta de Función Pública, artículos 3, 113, 122, 123, 150, numerales 19 y 23; 180, numeral 1; 187; 299; y 312).

Decreto 4334 de 2008 (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11 y 12; artículo 7, literales f y g; artículo 10, parágrafos 1 y 3).

Decreto 1910 de 2009 (artículo 8).

Ley 1116 de 2006 (artículos 5, numeral 11; 29; 49, numeral 5; 50, numerales 2, 4, 5, 11 y 12; 61; 65; y 83).

Código de Procedimiento Civil (artículo 219).

Resolución 100-00817 de 5 de marzo de 2009.

Decreto 1730 de 2009.

Decreto 1038 de 2009 (artículo 12).

Circular externa 100-000002 de 4 de febrero de 2009.

Instructivo 420-110865.

Ley 4 de 1992 (artículos 1 y 19).

Ley 200 de 1995 (artículo 41, numeral 17).

Decreto 1042 de 1978 (artículo 13).

Ley 617 de 2000 (artículos 34, numeral 1, y 73).

Ley 5 de 1992 (artículo 282, numeral 1).

Ley 136 de 1994 (artículo 45, numeral 1).

Ley 177 de 1994 (artículo 3).

Decreto 2525 de 2005 (artículos 4 y 8).

Decreto 2715 de 2005.

Decreto Ley 254 de 2000.

Decreto 2211 de 2004.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Código de Comercio.

Decreto 095 de 2000.

Decreto 4333 de 2008.

Decreto 4705 de 2008.

Decreto 044 de 2009 (artículo 2).

Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2009: sujetos, finalidad y medidas de intervención.

Corte Constitucional, Sentencia T-1124 de 3 de noviembre de 2005: peticiones ante jueces y reglas procesales.

Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2009: mencionada en nota sobre inexequibilidad del Decreto 4705 de 2008.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 10 de mayo de 2001, radicado 1344: reproducido dentro del concepto de Función Pública sobre asignación.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta 896 de 1997: citada en la consulta reproducida.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 11 de diciembre de 1961: citada indirectamente sobre asignación.

Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1993: citada en el concepto reproducido sobre remuneración.

Corte Constitucional, Sentencia C-536 de 1998: citada en el concepto reproducido sobre función pública.

Corte Constitucional, Sentencia C-556 de 1992: citada en nota de C-145 sobre abuso del derecho.

Corte Constitucional, Sentencia SU-1122 de 2001: citada en nota de C-145 sobre fraude a la ley.

Aclaraciones o adiciones

No se registra.

Recursos

No se registra.

Acción de tutela

Se menciona la Sentencia T-1124 de 2005 como fundamento sobre derecho de petición ante jueces. No se registra como tutela contra esta providencia o actuación del expediente.

Descriptores y filtros

Descriptores	Filtros
Agente interventor:	auxiliar de la justicia , deberes , honorarios.
Captación no autorizada:	intervención judicial , responsables.
Caución:	constitución , cuantía.
Desintervención:	alcance , requisitos , solicitud.
Documentos:	auténtico , copias , prueba , valoración.
Embargo:	decreto , efectos , medida cautelar.
Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades:	intervención judicial por captación no autorizada , liquidación judicial por captación no autorizada.
Grupo empresarial:	presunción , situación de control.
Intervención judicial:	agente interventor , competencias jurisdiccionales , decisiones , etapas , medidas cautelares , trámite.
Liquidación judicial:	apertura , calificación y graduación de créditos , efectos , inventario y reconocimiento de créditos , liquidador , medidas cautelares , prelación legal.
Liquidador:	como auxiliar de la justicia , como representante legal , deberes , funciones.

Descriptores	Filtros
Pruebas:	de oficio , documentos , indicios , oportunidad , rechazo , requisitos , testigos , valoración.
Rendición de cuentas:	aprobación , características , elementos.
Representante legal:	como administrador , funciones , inscripción.
Secuestro:	como medida cautelar , decreto.
Sujetos de intervención:	participación directa , participación indirecta , personas naturales , personas jurídicas , responsabilidad.