

Jurisprudencia Concursal

2016

3



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Jurisprudencia Concursal

2016

3



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Francisco Reyes Villamizar

Superintendente de Sociedades

Nicolás Polanía Tello

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

Coordinadora editorial

Caterine Gómez Cardona

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Octubre de 2016

Prefacio

El trabajo adelantado por la Superintendencia de Sociedades en materia de procesos concursales puede considerarse como una de las principales contribuciones de esta benemérita entidad al sistema empresarial colombiano. Desde la expedición del Código de Comercio en 1971, la entidad asumió el encargo de tramitar los denominados concordatos preventivos de la quiebra. Se trató de un enfoque visionario, pues por vez primera se puso en marcha la denominada Desjudicialización de Conflictos de Derecho Privado. Lo propio ocurrió con la expedición del Decreto 350 de 1989, en el que se estableció una competencia exclusiva en cabeza de la Superintendencia para el trámite de los concordatos preventivos obligatorios.

Hasta entonces, la entidad venía cumpliendo atribuciones propias de la jurisdicción ordinaria, sin que existiera suficiente claridad sobre la pertinencia de las reglas constitucionales aplicables a la referida delegación de facultades. Fue por ello que esta misma Superintendencia le propuso a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 la inclusión de un canon constitucional expreso que permitiera disipar cualquier sombra de duda sobre la pertinencia y adecuación normativa de todas las actuaciones sobre la materia. De ahí que en la Constitución Política se incluyera la expresa previsión contenida en el artículo 116, en virtud de la cual la ley puede, de modo excepcional, atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Este precepto constitucional ha sido de gran relevancia en el desarrollo de facultades jurisdiccionales a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

En efecto, a partir de la expedición de la Carta Política del 91, la entidad ha obtenido precisas facultades jurisdiccionales en las Leyes 446 de 1998 (en materia de designación de peritos y reconocimiento de ineficacia), 222 de 1995 (sobre concordato y liquidación judicial), 550 de 1999 (sobre reestructuración empresarial) y 1116 de 2006 (sobre reorganización y liquidación judicial).

Esta desjudicialización ha permitido el más extraordinario auge del régimen concursal colombiano, no solo en términos de eficiencia del proceso, sino también en lo tocante al desarrollo jurisprudencial. Sobre lo primero debe afirmarse que el proceso arduamente construido durante décadas por la Superintendencia ha demostrado una eficacia y celeridad que hoy se reconocen internacionalmente. Las calificaciones que anualmente emite el Banco Mundial, en su prestigioso índice sobre el clima de negocios (Doing Business), son cada vez más favorables a la actuación que en esta materia cumple la Superintendencia. En la última entrega de resultados para 2017, nuestro sistema de resolución de la insolvencia es clasificado en el puesto No. 33 entre 190 países. Sobre lo segundo ha de señalarse que el acervo jurisprudencial que se ha consolidado en la Superintendencia de Sociedades es de los más ricos y sustanciales en el contexto nacional. A la innegable calidad de los fallos ha contribuido no solo el conocimiento, la experiencia y habilidad interpretativa adquiridos por la Superintendencia en casi cinco décadas, sino también la constante publicación de los precedentes jurisdiccionales por parte de esta entidad.

Es precisamente esa labor de divulgación la que permite que las decisiones que profiere la Superintendencia en esta materia den lugar a la posibilidad de predecir con alta certidumbre las resultados de los procesos que se cumplen ante la Delegatura de Insolvencia. Esta capacidad de predicción se facilita en la medida en que la entidad publique constantemente las determinaciones judiciales adoptadas.

Este nuevo volumen compila los principales fallos de la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia proferidos en los años 2015 y 2016. El lector encontrará en este acervo de precedentes un valioso instrumento de consulta, cuya utilidad no se circunscribe a los aspectos prácticos que derivan del litigio, sino que se extiende también a los asuntos conceptuales y de doctrina que permiten forjar un Derecho Concursal con marcada identidad nacional.

Francisco Reyes Villamizar
Superintendente de Sociedades

Tabla de contenido

1. Auto 400-000112 de 1º de septiembre de 2015	1
Sujeto del proceso: Interbolsa S. A.	
Asunto: La legitimación en la causa en acciones revocatorias concursales solo corresponde a los acreedores anteriores al acto. Proyecciones de la buena fe del tercero adquirente	
2. Auto 400-000232 de 7 de enero de 2016	45
Sujeto del proceso: Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda.	
Asunto: Transferencia de dominio de bienes excluidos	
3. Auto 400-000790 de 19 de enero de 2016	47
Sujeto del proceso: Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS	
Asunto: Revocatoria de auto de admisión a proceso de reorganización.	
4. Auto 400-000875 de 20 de enero de 2016	55
Sujeto del proceso: Colregistros SAS	
Asunto: Compensación de créditos	
5. Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016	59
Sujeto del proceso: Panthers Machinery SAS	
Asunto: Fiducia mercantil. Objeto de la fiducia	
6. Acta 400-000359 de 19 de febrero de 2016	67
Sujeto del proceso: Daniel Fernando Arenas León	
Asunto: Garantías mobiliarias. Aplicación de la ley en el tiempo	
7. Auto 400-004206 de 15 de marzo de 2016	97
Sujeto del proceso: Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda.	
Asunto: Validación de acuerdo extrajudicial de reorganización en sede de liquidación. Improcedencia	
8. Auto 400-005513 de 12 de abril de 2016	103
Sujeto del proceso: Sismografía y Petróleos de Colombia SAS	
Asunto: Ineficacia de pleno derecho en liquidación judicial. Título y modo. Iniciación oficiosa de proceso de revocatoria por dación en pago	
9. Auto 400-005967 de 18 de abril de 2016	113
Sujeto del proceso: Alternativas Financieras Altefin SAS y otros	
Asunto: El alcance de la responsabilidad solidaria en los procesos de intervención	

10. Auto 400-007243 de 11 de mayo de 2016	127
Sujeto del proceso: THX Energy Sucursal Colombia	
Asunto: Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades. Compensación de obligaciones. Liquidación de contratos. Ineficacia de pleno derecho	
11. Auto 400-008457 de 27 de mayo de 2016	137
Sujeto del proceso: Cúcuta Deportivo Fútbol Club S. A.	
Asunto: Novación. Ejecución de acuerdos de reorganización. Crédito litigioso	
12. Auto 400-008679 de 1º de junio de 2016.....	143
Sujeto del proceso: Supercable Telecomunicaciones S. A.	
Asunto: Intereses en la liquidación judicial. Actualización de créditos. Fuerza mayor	
13. Auto 400-000416 de 10 de junio de 2016.....	153
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: Insolvencia transfronteriza. Reconocimiento de proceso extranjero. Centro de los principales intereses. Proceso extranjero principal. Insolvencia de matriz extranjera. Medida cautelar. Garantías mobiliarias	
14. Auto 400-009736 de 22 de junio de 2016	175
Sujeto del proceso: Productos Químicos Panamericanos S. A.	
Asunto: Régimen probatorio en insolvencia. Carga dinámica de la prueba. Inspección judicial	
15. Auto 400-012052 de 9 de agosto de 2016	183
Sujeto del proceso: China Automotriz S. A.	
Asunto: Adición y aclaración de providencias. Disposición de bienes en garantía	
16. Auto 400-012112 de 10 de agosto de 2016	187
Sujeto del proceso: Datapoint de Colombia SAS	
Asunto: Gastos de administración en la liquidación judicial. Prelación entre gastos de administración. Derechos laborales	
17. Auto 400-013190 de 2 de septiembre de 2016	191
Sujeto del proceso: Manatí S. A.	
Asunto: Liquidador judicial. Naturaleza de la gestión del liquidador. Responsabilidad. Objeción de contrato. Inoponibilidad	

Auto 400-000112 de 1° de septiembre de 2015

Sujeto del proceso	Interbolsa S. A.
Asunto	La legitimación en la causa en acciones revocatorias concursales solo corresponde a los acreedores anteriores al acto. Proyecciones de la buena fe del tercero adquirente

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La demanda ataca un pago hecho por la concursada Interbolsa S. A. por un valor de \$71.503'354.999 a la también demandada Bancolombia S. A., operación que habría trastocado la prelación legal de créditos en perjuicio de los acreedores de la concursada, como la Cartera Colectiva "Interbolsa Credit", que la demandante representa. Para efectos de evacuar las distintas temáticas analizadas, el Despacho seguirá el siguiente orden:

- a. En primer lugar, se hará un recuento genérico de los distintos elementos axiológicos de la acción revocatoria concursal, de los que se realizará una explicación sucinta.
- b. A continuación, el Despacho hará un recuento de los hechos probados en el proceso, para lo cual tendrá en cuenta los que fueron alegados en la demanda y las manifestaciones contenidas en cada una de sus contestaciones, así como en los distintos elementos probatorios que constan a lo largo de los distintos cuadernos que conforman el expediente.
- c. Finalmente, y para efectos de la decisión del caso, se harán consideraciones relacionadas con algunos elementos específicos de la acción revocatoria en el caso concreto, en especial en la legitimación en la causa de la actora, la configuración del perjuicio a los acreedores y en la buena fe que alegada por la demandada Bancolombia S. A. en la operación demandada.

A. SOBRE LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

2. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrarlo para mejorar una situación de

insuficiencia de la prenda general de los acreedores. Ante la crisis del deudor, que se ha hecho patente en su situación de insolvencia y en el concurso que se ha iniciado como consecuencia de ello, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de los actos que la hayan ocasionado o empeorado, o de revelar el verdadero estado del patrimonio.

3. Para que prosperen las acciones reconstitutivas, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha que oscila entre los 6 y 24 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

4. Desde esta base, y con fundamento en los hechos probados en el proceso, el Despacho analizará la operación demandada y la procedencia de la revocatoria solicitada por la parte actora.

B. HECHOS PROBADOS

5. Se encuentra demostrada la existencia de un crédito entre Interbolsa y Bancolombia, por un valor de \$70.000'000.000, en virtud de un contrato de mutuo celebrado el 12 de julio de 2012 y con vencimiento el 12 de octubre de ese mismo año. La mencionada operación de crédito se encuentra soportada en los documentos a folios 572 y siguientes del cuaderno principal número 3, y fue reportada en su oportunidad en el Registro Nacional de Valores, según los documentos a folios 592 y siguientes del cuaderno principal número 3, y conforme a la información que el Despacho pudo corroborar en la consulta de la página web de dicho registro.

6. En los mismos documentos relacionados en el punto anterior se encuentra acreditada la existencia de una prenda abierta sin tenencia sobre distintas acciones de Interbolsa en otras compañías como mecanismo de respaldo del

crédito con Bancolombia. Dichas cauciones además fueron puestas en conocimiento del público a través de un informe en el Registro Nacional de Valores.

7. Se encuentra también acreditado por la vía documental que Interbolsa obtuvo recursos por \$78.000'000.000 como consecuencia de distintas operaciones realizadas con la Clínica La Candelaria.

Para octubre de 2012, la Clínica La Candelaria, en su calidad de IPS, esperaba prestar diversos servicios a varias entidades del sector salud en Colombia. Las sumas que esperaba recibir durante los 60 meses siguientes fueron valoradas por el Comité de Inversiones de Interbolsa SAI, para que fueran administradas como futuros en la Cartera Colectiva Interbolsa Credit.

Con base en lo anterior, el 12 de octubre de 2012 el Comité de Inversiones de Interbolsa SAI valoró en la suma de \$78.000'000.000 los derechos económicos derivados de contratos y flujos futuros que recibiría la Clínica La Candelaria como consecuencia de la prestación de los servicios que ella ofrecería a distintas entidades en el plazo de 60 meses. De ello queda constancia en el extracto del acta del Comité de Inversiones de la Cartera Colectiva Interbolsa Credit, que obra a folio 110 del cuaderno principal número 1.

El mismo 12 de octubre de 2012, la Clínica La Candelaria cedió los mencionados derechos económicos a la Cartera Colectiva Interbolsa Credit, operación que encuentra respaldo probatorio en los documentos a folios 1926 y siguientes del cuaderno principal número 9.

En ejecución de los anteriores acuerdos, Interbolsa SAI transfirió a la Clínica recursos por \$78.000'000.000, a la cuenta Winsiob 76224 que esta última tenía en Interbolsa SCB, según se evidencia en los documentos a folios 1920 y siguientes del cuaderno principal número 9, así como en el dictamen pericial practicado en el proceso, y en las pruebas a folio 494 y siguientes del cuaderno principal número 3.

8. Consta también en el expediente que ese mismo 12 de octubre de 2012 la Clínica La Candelaria celebró un contrato de mutuo con Interbolsa, a través del cual aquella suministró recursos a esta por un valor de \$78.000'000.000, que serían pagaderos el 16 de enero de 2013 a una tasa de interés del 15%

efectivo anual. El mencionado contrato fue aportado por la demandada Interbolsa con su escrito de contestación, a folio 494 del cuaderno principal número 3.

En respaldo de la operación con la Clínica La Candelaria, Interbolsa firmó un pagaré en blanco con carta de instrucciones a favor de la mutuante, y celebró un contrato de prenda, según consta en los documentos a folios 499 y 504 del cuaderno principal número 3, respectivamente.

Para perfeccionar el contrato de mutuo, la Clínica La Candelaria autorizó que se transfiriera la suma de \$78.000'000.000 de su cuenta Winsiob 76224 en Interbolsa SCB, a la cuenta Winsiob 3100 que Interbolsa tenía en la misma sociedad comisionista de bolsa, tal como se encuentra acreditado, entre otras, en el dictamen pericial y en los documentos que le sirvieron de soporte, a folio 3078 del cuaderno principal número 15.

9. Está demostrado ampliamente a lo largo de todo el expediente que ese mismo 12 de octubre de 2012, Interbolsa pagó la suma de \$71.503'354.999 a Bancolombia, con el fin de extinguir la obligación adquirida con esta entidad financiera en la operación de crédito de 12 de julio anterior.

10. El mencionado pago fue recibido por Bancolombia a través de una transferencia electrónica, desde la cuenta SEBRA de Interbolsa SCB, según consta en el reporte de movimiento de cuentas a folio 510 del cuaderno principal número 3 y en el dictamen pericial a folios 2959 y siguientes del cuaderno principal número 15.

11. También se encuentra probado que el día 30 de octubre de 2012 la Clínica la Candelaria dio en pago a la Cartera Colectiva Interbolsa Credit los derechos derivados del contrato de mutuo que ella había celebrado con Interbolsa, según consta en la copia del contrato que obra a folio 513 del cuaderno principal número 3.

12. Finalmente, están acreditados los hechos relacionados con la insolvencia de Interbolsa, así como los procesos de reorganización y liquidación judicial que se abrieron como consecuencia de ella.

13. Así, en oficio con radicación 2012-01-319059 de 16 de noviembre de 2012, aportado por Bancolombia a folio 671 del cuaderno principal número 4, la

Superintendencia Financiera de Colombia expresó diversas consideraciones sobre el estado de iliquidez en el que se encontraba Interbolsa en los meses inmediatamente anteriores, con fundamento en la información que constaba en los estados financieros de la compañía con corte a 30 de septiembre de 2012.

14. Del mismo modo, fueron examinados por el Despacho las providencias 400-015955 de 16 de noviembre de 2012 y 430-000043 de 2 de enero de 2013, de inicio del proceso de reorganización y apertura de la subsiguiente liquidación judicial de Interbolsa ante la Superintendencia de Sociedades, así como del auto de calificación y graduación de créditos 405-014907 de 4 de septiembre de 2013. Todas estas providencias, o bien se encuentran en copia simple en el proceso, o bien fueron consultadas en los archivos de que trata el artículo 9° del Decreto Ley 019 de 2012.

15. En la última de las providencias citadas se advierte, por un lado, la insuficiencia patrimonial de Interbolsa, que se refleja en un total de activos por \$160.165'012.379 y pasivos por \$236.296'740.089; y por otro lado, el reconocimiento de la Cartera Colectiva Interbolsa Credit con un crédito en contra de la concursada, que fue reclamado por \$78.000'000.000 de capital y \$3.980'962.259 de intereses y reconocido por un monto de \$51.308'000.000.

C. SOBRE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LAS PARTES

i. Posiciones de la Superintendencia de Sociedades sobre la legitimación en la causa en las acciones revocatorias concursales

16. La acción revocatoria es una medida reconstitutiva del patrimonio del deudor, que el ordenamiento establece en beneficio de los acreedores para restablecer los activos del deudor y evitarles los perjuicios que les hubiera podido irrogar un acto de disposición de sus bienes. Pero dicha acción no está establecida en favor de cualquier acreedor. Quien pretenda hacer uso de ella debe reunir ciertas calidades que lo legitiman para actuar.

17. En lo relacionado con la legitimación en la causa, esta Superintendencia había definido de tiempo atrás que de ella dispone cualquier acreedor anterior al concurso, independientemente de que su crédito hubiese nacido antes o después de la operación demandada. Así, por ejemplo, en sentencia de 5 de abril de 2004, se dijo:

“(...) conviene precisar que tratándose de la acción pauliana, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la calidad de acreedor debe ser anterior al acto cuya revocatoria pretende. Cabe entonces preguntarse si dicho requisito se impone para el caso de la revocatoria concursal, frente a lo cual el Despacho encuentra, que en este caso existe una diferencia con la acción pauliana, ya que no se trata de una acción en beneficio individual sino de la masa de acreedores que esperan del deudor lo necesario para el cumplimiento de la obligación. Así, si la revocatoria prospera, la restitución del bien opera en favor de la masa y de contera de todos los acreedores. Bajo esta premisa y considerando que el interés es colectivo y no individual, no es procedente exigir requisitos que se explican en la medida que la acción solo beneficie al acreedor demandante. (...)

“De otra parte, la ley concursal no exige que el acreedor sea anterior a la operación y por tanto, acudiendo al aforismo de interpretación según el cual, donde la ley no distingue no le es dable al intérprete hacerlo, no hay lugar para esta interpretación, máxime cuando la situación de crisis evidenciada en un concurso, impone la necesidad de proteger los intereses de todos los acreedores y el derecho de crédito en cabeza de cada uno de ellos radicado.

“Como ya se explicó, el interés que protege la revocatoria reglada por el artículo 39 de la Ley 550 de 1999, no es el de un acreedor, sino el interés público de todos y cada uno de los acreedores, es decir, la tutela del crédito propia de los juicios concursales. Es por ello, que cualquier acreedor está legitimado para impugnar las operaciones”¹.

18. Para efectos de dar claridad sobre el asunto, podemos sintetizar los fundamentos de dicha tesis en dos argumentos principales:

a. En primer lugar, que el propósito de las acciones revocatorias concursales es colectivo y no individual, y por ello no es posible exigir al acreedor demandante condiciones que provengan de la situación particular de su crédito, como el que este haya sido anterior a la operación demandada.

1 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, decisión reiterada en diversos pronunciamientos posteriores, como por ejemplo en la sentencia de 3 de mayo de 2004, proferida en el proceso verbal sumario (artículo 39 de la Ley 550 de 1999) de Juan Pablo Vargas y otros contra Acerías Paz del Río S. A. y otros.

b. En segundo lugar, que dada la redacción general de la ley concursal en lo atinente a la legitimación para iniciar las acciones revocatorias, no es posible al intérprete hacer distinciones entre acreedores anteriores y posteriores a la distinción.

19. En un reciente pronunciamiento, esta Superintendencia se apartó fundamentadamente de esta tesis, y expresó que solo se encuentran legitimados para iniciar las acciones revocatorias concursales, además del promotor, el liquidador y el juez del concurso en aquellos casos en que ello es posible, aquellos acreedores cuyos créditos hubiesen surgido con anterioridad al acto, contrato o negocio jurídico demandado². Para ello, regresó a la tesis general expuesta por la jurisprudencia nacional sobre las distintas especies de acciones revocatorias:

“Referente a la acción revocatoria por fraude al derecho de crédito, de antaño el criterio jurisprudencial tradicional restringe la legitimación en la causa para promoverla a «los acreedores», pero «no cualquier clase de acreedor, sino el que tenga un crédito preexistente... Por consiguiente, la relación jurídica entre acreedor y deudor debe existir cuando tiene nacimiento el acto cuya revocatoria se pretende» (Cas. Civ. Sentencia de 14 marzo de 1984, G. J. CLXXVI, p. 85 y ss.), o sea, solo «puede ser ejercida por los ‘acreedores anteriores al acto nocivo’ que produjo o que agravó la insolvencia del deudor, y respecto de los actos ‘reales y perfectos en sí mismos’». (LXXXII, 226), por responder a una finalidad protectora del derecho de crédito dirigida a preservar la integridad de la garantía genérica otorgada al acreedor «sobre los bienes presentes y futuros del deudor, pero no sobre los bienes pasados, que ya habían salido del patrimonio del deudor antes de contraer la obligación u obligaciones así garantizadas» (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones, 2ª ed. Editorial Temis, Bogotá, 1978, p. 189), en cuyo caso, en esta opinión, la garantía patrimonial no se disminuye, deteriora o afecta al integrarse con los bienes presentes, actuales o futuros, y no con los anteriores”³.

20. Si bien en el referido pronunciamiento de este Despacho no se propuso un desarrollo in extenso del cambio de postura, es pertinente realizar algunas consideraciones adicionales sobre el punto, con el ánimo de coadyuvar a la rectificación doctrinal y aclarar algunos de los puntos controversiales sobre el particular.

2 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 480-000055 de 20 de mayo de 2015. Proceso Verbal (artículo 74 de la Ley 1116 de 2006) de Nubis Sofia Olivo y otros contra Plásticos Vandux S. A. en liquidación judicial y otros, Exp. 2012-802-020.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de octubre de 2010, Exp. 11001-3101-003-2001-00855-01.

ii. El interés general se expresa en los principios generales del derecho concursal

21. Según se anunció, la tesis inicialmente planteada por la Superintendencia de Sociedades sobre la legitimación en la causa en las acciones revocatorias concursales, esta tenía como fundamento el interés general involucrado en el concurso, que debía prevalecer sobre cualquier consideración de carácter individual relacionada con los acreedores demandantes en el proceso. Sin embargo, este Despacho estima necesario revisar la mencionada postura, de acuerdo con las consideraciones que se expondrán a continuación.

22. Sin importar la modalidad de concurso (recuperatorio o liquidatorio) a la que se haga referencia, en todos los procedimientos concursales se debe velar por la satisfacción de un interés general, que define los procedimientos de insolvencia y los distingue respecto de los demás procesos de carácter ordinario. En efecto, el propósito del concurso es atender una situación de crisis del deudor; situación que es excepcional, y que requiere para ello de medidas igualmente excepcionales, que no solo se expresan en reglas de carácter especial, sino también en todo un conjunto de principios propios de la insolvencia.

23. El artículo 4° de la Ley 1116 de 2006 incorporó un catálogo de principios de los procedimientos de insolvencia, a saber, universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica. Dicho listado difiere parcialmente de los principios que tradicionalmente la doctrina concursalista había predicado de los procedimientos de este tipo, pues omitió el principio de oficiosidad, refundió en una sola las dos modalidades de universalidad (objetiva y subjetiva, o colectividad), e incluyó otros que responden a consideraciones de carácter económico (como los de eficiencia, información, negociabilidad y gobernabilidad económica) o que pretenden responder al fenómeno de la insolvencia en un entorno transfronterizo (como el de reciprocidad).

24. Ahora bien, para responder a la pregunta sobre la legitimación en la causa en las acciones revocatorias concursales, es necesario verificar previamente cuál es el grado de impacto de estos principios en el contexto de estas acciones. Para ello, este Despacho se concentrará en analizar este problema frente a los cuatro principios tradicionales de los procedimientos concursales.

les: oficiosidad, universalidad objetiva, universalidad subjetiva e igualdad, y analizará en qué medida ellos se pueden predicar de las acciones revocatorias concursales.

iii. ¿El principio de oficiosidad es aplicable a las acciones revocatorias concursales?

25. El principio de oficiosidad es una derivación del interés general que se encuentra involucrado en el concurso, que supone que el juez asuma un papel mucho más activo en el desarrollo del proceso. De acuerdo con la citada sentencia de 5 de abril de 2004, este principio se explica en los siguientes términos:

“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.

“Aunque en su interior se busca un acuerdo entre sujetos de derecho privado, 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 estos, 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”⁴.

4 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 Mazdacredito Compañía de Financiamiento Comercial, cit.

26. De igual manera, la Corte Constitucional ha expresado, acerca del principio de oficiosidad en los procedimientos concursales, que:

“En virtud del interés general que revisten los procesos concursales no terminan por desistimiento ni les son aplicables las normas sobre perención; por razón del principio de igualdad los acreedores de la misma naturaleza deben recibir igual trato sin considerar la fecha de exigibilidad y presentación de los créditos, y por causa de la plenitud concursal estos procesos atraen los activos y pasivos del deudor y resuelven las diferencias en relación con las mismas”⁵.

27. Debe aclarar el Despacho que, si bien el principio de oficiosidad es predicable del concurso, no puede extenderse también a las acciones revocatorias. Varias consideraciones llevan a la anterior conclusión, según se explica en seguida.

28. Por un lado, las acciones revocatorias son una actuación accesoria al concurso, pero cuyo trámite y decisión es independiente de este. Esta distinción tiene varias proyecciones, tanto sustanciales como procesales, que inciden en los principios que rigen las acciones revocatorias concursales.

29. Sustancialmente, el propósito del concurso es la recuperación del deudor, ora su liquidación en un entorno ordenado y conforme a la prelación de créditos. El propósito de las acciones revocatorias es el análisis de un acto, contrato o negocio jurídico del deudor, a través del cual se menguó la suficiencia de su patrimonio y se causó o se agravó su estado de insolvencia.

30. Procesalmente, el concurso se rige por el trámite dispuesto en la Ley 1116 de 2006 y, subsidiariamente, por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. Las revocatorias se tramitan por medio del proceso verbal, a la luz de la reforma introducida por la Ley 1395 de 2010, salvo algunas particularidades dispuestas en los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006; es decir, en ellas la regla general es la aplicación del Código de Procedimiento Civil y la excepción la aplicación del régimen de insolvencia empresarial.

31. Ahora bien, si la oficiosidad fuera predicable de las acciones revocatorias concursales, ello tendría varias consecuencias de enorme importancia en su inicio, impulso, trámite y decisión. Entre otras cosas, supondría que el impulso del proceso sería del resorte del juez, independientemente de la

5 Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2002.

actitud de las partes; ello haría imposible el desistimiento expreso o tácito de las pretensiones de la demanda; en fin, no serían aplicables los principios de carga de la prueba, congruencia y algunos aspectos de la preclusión que tradicionalmente han sido cuestiones indiscutibles en el trámite de las revocatorias.

32. Nadie se atrevería a sostener que el juez, al resolver una acción revocatoria, pueda fallar extra petita o ultra petita. Su sentencia se debe restringir a lo solicitado por el demandante. Más aun tratándose de una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales como la Superintendencia de Sociedades, donde la posibilidad de fallar por fuera del marco de la congruencia excedería las facultades otorgadas por la ley.

33. Además, el mismo ordenamiento se encargó de distinguir el trámite de la acción revocatoria concursal del concurso al que accede, incluso desde el punto de vista procesal. La reorganización o la liquidación cuentan con reglas propias y una dinámica autónoma de las reglas del derecho procesal ordinario. Las acciones revocatorias, por su parte, se llevan por separado, y se remiten en su trámite a la dinámica del proceso, antes abreviado y hoy verbal, en cuya aplicación no se incluyeron excepciones estructurales.

34. Ahora bien, podría pensarse que la posibilidad de que el juez del concurso inicie oficiosamente las acciones revocatorias es una manifestación del principio de oficiosidad. Si bien existe algo de razón en el anterior aserto, ello no cambia en absoluto el panorama que se acaba de presentar. Por un lado, porque dicha posibilidad se encuentra sumamente restringida, y solo se limita “a las daciones en pago y a los actos a título gratuito”, según lo dispone en su parágrafo el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006. Pero aun en estos casos, la oficiosidad no se predicaría de la acción revocatoria concursal, sino del concurso recuperatorio o liquidatorio en el que se advierta la existencia de la dación en pago o del acto a título gratuito sospechoso, y se tome la decisión de promover la acción revocatoria.

35. Por último, la existencia de una recompensa para el acreedor que inicie una acción revocatoria y prospere en sus pretensiones no es sino un indicador que confirma que en estas acciones no procede el principio de oficiosidad. No sería concebible un sistema de premios semejante si el juez tuviera la responsabilidad y la carga de la totalidad del proceso. La recompensa,

por el contrario, estimula a la parte demandante que promueve e impulsa el proceso.

iv. ¿El principio de universalidad objetiva es aplicable a las acciones revocatorias concursales?

36. El segundo de los principios tradicionales de los procesos concursales es el de universalidad objetiva. Los procedimientos de insolvencia son una expresión del principio de responsabilidad patrimonial que está en la base de nuestro derecho de obligaciones, y que tiene como regla primordial lo dispuesto en el artículo 2488 del Código Civil. Todo el patrimonio del deudor, salvo los bienes que por ley sean inembargables, responde por los créditos que este haya asumido. En consecuencia, ante la crisis del deudor, están llamados a responder todos sus bienes.

37. En la sentencia de 5 de abril de 2004, esta misma Superintendencia expresó sobre el principio de universalidad objetiva:

“Este principio (...) realiza la regla según la cual el patrimonio es prenda común de los acreedores del deudor fallido. Es decir, si el concurso involucra a todos los acreedores del deudor y estos por consiguiente pierden el derecho de ejecución individual o separada, en contraprestación, los acreedores cuentan con un respaldo, consistente en que todo el patrimonio del deudor y no una parte de él está comprometido, involucrado y resguardado en el proceso.

“Esta nota hace que algunos autores hablen de ejecución colectiva o universal, para destacar que en los escenarios liquidatorios se involucra todo el patrimonio del deudor y no una parte, como acontece con los procesos ejecutivos singulares.

“Este principio tiene diversas expresiones como la conformación de los activos del deudor en un inventario, el avalúo de todos los activos, el decreto y práctica de medidas cautelares, por citar algunos ejemplos. (...).

“Lo anterior ha sido igualmente estudiado por la doctrina comparada, que ha considerado que el proceso concursal es un juicio universal desde el punto de vista objetivo, porque afecta todo el patrimonio del deudor, lo cual significa que todos los bienes que lo conforman quedan afectados a la satisfacción de los acreedores que participen del concurso (a diferencia de los juicios de carácter singular, en los cuales se comprometen tradicionalmente aquellos bienes que el acreedor logre vincular al proceso con el decreto

y práctica de una medida cautelar); sin perjuicio de dejar a salvo determinados bienes, como es el caso de los derechos no patrimoniales, los bienes inembargables, etc.”⁶.

38. Ahora bien, es evidente que este principio no se predica de las acciones revocatorias concursales. Es bien cierto que el propósito de estas es la reintegración del patrimonio del deudor insolvente con bienes que deberían conformarlo, pero que debido a un acto, contrato o negocio jurídico del deudor salieron de él, o nunca llegaron a conformarlo. Sin embargo, no por ello puede decirse que dichas acciones involucren la totalidad del patrimonio del deudor, ni que ellas realicen el principio de universalidad objetiva.

39. Por un lado, las acciones revocatorias concursales no buscan conformar el activo del deudor; ello es propósito del proceso concursal respectivo. Es cierto que las resultas de la revocatoria pueden incidir en la conformación del patrimonio del deudor insolvente, pero no por ello puede afirmarse que en la revocatoria estén involucrados todos los bienes del concursado. Las acciones revocatorias se restringen a averiguar si una operación o un grupo de operaciones específicas afectaron la prenda general de los acreedores, mas no comprenden la totalidad de la referida prenda general.

40. El que en las acciones revocatorias se puedan analizar los inventarios y avalúos del concurso no cambia la anterior conclusión. Se trata de una prueba para acreditar la insuficiencia patrimonial, que es uno de los aspectos que deben tomarse en cuenta para efectos de determinar si la operación demandada causó perjuicio a los acreedores. Ello no quiere decir que la revocatoria tenga como objeto el patrimonio del deudor, sino que parten del estado del patrimonio del deudor para analizar la eficacia de un negocio realizado por él.

41. Refuerza lo anterior el hecho de que las acciones revocatorias sean acciones personales, que buscan analizar un acto, contrato o negocio jurídico del deudor en concurso. No se trata de acciones reales, pues no tienen como objeto recuperar bienes, sino solamente atacar el acto mediante el cual se dispuso de ellos. *“En efecto, la sentencia que decide las acciones revocatorias no restablece automáticamente el derecho de dominio que tenía la concursada sobre los bienes dispuestos mediante el acto demandado, sino que se limita a imponer a la demandada la*

6 Superintendencia de Sociedades, Sentencia de 5 de abril de 2004. Proceso Verbal Sumario (artículo 39 de la Ley 550 de 1999) de Edgar José Namén Ayub contra Autos Marca Ltda. y Financiera Mazdacredito Compañía de Financiamiento Comercial, cit.

obligación de restituir, y dicha obligación, según se dijo, se puede cumplir sea en especie, sea en dinero. Si la devolución del bien es posible, el adquirente lo deberá restituir en especie; pero si la devolución no es posible, el adquirente deberá devolver su valor en dinero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1731 del Código Civil”⁷.

v. ¿El principio de universalidad subjetiva es aplicable a las acciones revocatorias concursales?

42. El principio de la universalidad subjetiva realiza en su plenitud el propósito del régimen de insolvencia. En virtud del mismo todos los acreedores deben concurrir a hacer valer sus créditos de acuerdo con las reglas del concurso recuperatorio o liquidatorio, según sea el caso.

“Este principio ha sido conocido también como colectividad o plenitud y en virtud de él todos los acreedores del deudor, están llamados a formar parte del concurso a intervenir en él como el único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias. Bajo esta consideración, todos los acreedores están llamados a formar parte del concurso, a comparecer en él, a intervenir y a enfrentar consecuencias legales adversas por el incumplimiento de su carga.

“El llamamiento que la ley hace se predica de todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de su obligación, el monto, la clasificación legal que le corresponde y si cuentan o no con garantías”⁸.

43. No es difícil observar que en las acciones revocatorias este principio tampoco tiene eficacia. En efecto, las acciones revocatorias son controversias que se generan sobre un acto jurídico del deudor en concurso, y son partes de este tipo de procesos quienes concurren al acto demandado, así como el eventual interesado en el restablecimiento de los derechos que se dispusieron con el acto, como el promotor, el liquidador o los acreedores. No se convoca a la totalidad de las partes del concurso, que son la totalidad de los acreedores externos e internos del deudor. Si estos intervienen, lo hacen como demandantes, cuando ellos tuvieron la iniciativa, o como coadyuvan-

7 Sentencia 480-000069 de 17 de junio de 2015, Proceso verbal de MNV S. A., en liquidación judicial y Gas Kpital S. A. en liquidación judicial contra Vergel & Castellanos S. A., Exp. 2011-802-020.

8 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 Mazdacredito Compañía de Financiamiento Comercial, cit.

tes de alguna de las partes. Ni siquiera son partes de la acción revocatoria los subadquirentes del bien, porque esta es una acción personal y no real.

44. Ahora bien, al igual que con la otra universalidad, es probable que en la revocatoria se tenga en cuenta el trabajo de calificación y graduación de créditos del proceso concursal, o la existencia o no de acreedores privilegiados pendientes de ser satisfechos. Pero ello solo se hace con el propósito de verificar el cumplimiento de los supuestos de hecho previstos en la ley para la procedencia de las acciones revocatorias.

vi. ¿El principio de igualdad es aplicable a las acciones revocatorias concursales?

45. El principio de igualdad o par condicio creditorum impone brindar un mismo tratamiento a todos los acreedores del deudor en el contexto del concurso, dentro de la clasificación y graduación que supone el orden legal de prelación de créditos. Esta Superintendencia definió el mencionado principio en los siguientes términos:

“Con ocasión de la apertura de un proceso concursal, los acreedores se sitúan en un esquema de comunidad de suerte, puesto que la satisfacción de sus acreencias va a depender del desarrollo del respectivo proceso, y no gozan de otro respaldo que la masa concursal. Es precisamente de la colectividad de intereses de donde surge el denominado principio de igualdad. (...) los acreedores deberán soportar alguna pérdida, y lo más razonable es que soporten este hecho equitativamente, en proporción a sus respectivos créditos. (...)

“Ahora bien, el derecho a la igualdad no solamente se concreta en la adopción de una fórmula, sino también en el hecho de que todos los acreedores del concursado deben hacer valer su acreencia dentro del trámite, pues solo sujetos todos a este, se puede realizar dicha igualdad. Considerar, entonces, que un determinado grupo de acreedores pudiera válidamente sustraerse del concurso, comportaría una discriminación, y, por lo tanto, el desconocimiento de la regla ya anotada”.

46. Sin embargo, es evidente que el principio de igualdad no es predicable de las acciones revocatorias concursales. Desde un principio se observa que en este tipo de procesos no actúan como partes una pluralidad de acreedores, ni se busca pagarles, ni es necesario calificarlos y graduarlos en el orden de

prelación de créditos. Todos ellos son propósitos del concurso recuperatorio o liquidatorio, según sea el caso.

47. Sin duda alguna, es un elemento que debe tener en cuenta el juez al momento de valorar los efectos que causó el acto revocable en la situación del deudor; pero ese solo factor no convierte las revocatorias en un proceso concursal ni mucho menos hace que sean aplicables principios característicos de la concursabilidad, como el de igualdad. No es una característica de las acciones revocatorias.

48. Confirma lo anterior la existencia de algunas instituciones aplicables a las acciones revocatorias, que no son predicables del concurso, como la condena en costas y agencias en derecho, o la recompensa del 40% a favor del acreedor demandante que resulte vencedor en el proceso. Se trata de instituciones que contradicen abiertamente el principio de igualdad, pues establecen privilegios que podrían beneficiar a un acreedor específico, en desmedro del resto.

vii. Conclusiones sobre el punto. Los acreedores legitimados para demandar la revocatoria son solo los titulares de créditos anteriores al acto demandado

49. De todo lo expresado arriba es claro que, si bien las acciones revocatorias son accesorias al proceso concursal, no son en sí mismas procesos concursales, ni se encuentran sujetas a los mismos principios de oficiosidad, universalidad objetiva y subjetiva ni igualdad.

50. Muy por el contrario, se observa que las acciones revocatorias concursales son procesos separados del concurso, que se rigen por los principios dispositivo, de impulso de parte y de congruencia que caracterizan al grueso de los procesos de derecho privado, y que en virtud de lo anterior, les son aplicables los mismos criterios generales para juzgar la legitimación en la causa y el interés para obrar.

51. Hechas las anteriores precisiones, es evidente que solo el acreedor anterior al acto revocable está en posibilidad de sufrir un perjuicio como consecuencia de este. En efecto, el acreedor anterior a la operación demandada tenía como respaldo un patrimonio constituido de una cierta forma, que luego fue afectado por el acto revocable.

52. Ello no ocurre con el acreedor posterior al acto demandado. Al momento en que este adquirió la condición de acreedor, recibía como respaldo un patrimonio que ya se encontraba deteriorado por una operación consolidada.

53. Afirmar que los acreedores posteriores pueden demandar en revocatoria los actos anteriores de su deudor sería contrario a los lineamientos básicos de varios principios generales del derecho, como la autonomía privada, así como algunas de sus cargas básicas, como la de sagacidad. Cada acreedor es el encargado de velar por sus propios intereses, y de asegurarse de la suficiencia del patrimonio de su deudor para respaldar el crédito que le otorga. Como consecuencia de ello, no puede ser admisible que quien recibió como garantía un patrimonio que ya se encontraba deteriorado, pueda demandar los deterioros ocurridos con anterioridad, pues ello equivaldría a justificar la propia torpeza del acreedor que no fue sagaz, y contrariar el principio según el cual *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

54. Como consecuencia de todo lo anterior, se reitera que en las acciones revocatorias concursales la legitimación en la causa de los acreedores reside única y exclusivamente en los acreedores anteriores a la operación, y de acuerdo con estos criterios debe juzgarse el lleno de este requisito en este tipo de actuaciones jurisdiccionales.

viii. Análisis del caso concreto

55. En el asunto que ocupa la atención del Despacho, la acción fue iniciada por Interbolsa SAI, en su calidad de administradora de la Cartera Colectiva Interbolsa Credit.

56. En dicha condición, la demandante se remitió a un crédito que dicha cartera tenía con la concursada, y cuyo último soporte se encuentra en el contrato de dación en pago celebrado con la Clínica el 30 de octubre de 2012.

57. Ahora bien, en sede de alegatos de conclusión, la demandada Bancolombia alegó que, con fundamento en los últimos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades sobre la legitimación de los acreedores para iniciar la acción revocatoria concursal, la aquí demandante carecía de legitimación. Insistió en que la titularidad del crédito que respaldaba su reclamación había sido originado en el contrato de 30 de octubre de 2012, y que

dicho negocio fue posterior al acto demandado, por lo que debía descartarse la posibilidad para controvertir en esta sede el pago hecho a Bancolombia el 12 de octubre de 2012 (alegatos de conclusión a folio 3391 marca 2:55:10 del cuaderno principal número 17).

58. Si bien el mencionado argumento no fue propuesto en todo su desarrollo en la excepción de mérito propuesta en la oportunidad para contestar la demanda, el Despacho lo estudiará en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez deberá tener en cuenta también las excepciones que resulten probadas en el proceso, como podría ser la falta de legitimación en la causa.

59. Hechas las anteriores precisiones, el Despacho encuentra que, efectivamente, la Cartera Colectiva Interbolsa Credit se hizo a la titularidad del crédito con Interbolsa el 30 de octubre de 2012. Sin embargo, no por ello pueden acoger los argumentos expuestos por la demandada Bancolombia en sus alegatos de conclusión.

60. En efecto, el Despacho encuentra que el contrato de 30 de octubre de 2012 consistió en una cesión de la posición contractual que tenía la Clínica en el contrato que había celebrado el 12 de octubre de 2012 con la hoy concursada Interbolsa. Es decir, se trató de un acto de transferencia de un derecho de crédito que ya existía.

61. Respecto de este punto, la jurisprudencia nacional ha sido suficientemente clara al expresar que *“El tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de esta, en parte [de la relación negocial], titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción y, por ende, los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de este en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas perti-*

...nentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente, ad exemplum, en punto de la condonación de los incumplimientos”⁹.

62. Ahora bien, el crédito se originó en cabeza de la cedente Clínica La Candelaria el 12 de octubre de 2012, es decir, en la misma fecha del acto que se demanda en la presente acción revocatoria, luego no se trata de un crédito surgido con posterioridad al pago impugnado.

63. Más aún, advierte el Despacho que no solo se trata de un acto concurrente al acto demandado, sino del antecedente inmediato de la operación. Fue precisamente del contrato de mutuo celebrado con la Clínica que Interbolsa obtuvo los recursos necesarios para pagar el crédito a Bancolombia ese mismo día. Así resulta, entre otros, de lo demostrado en el dictamen pericial a folios 2959 y siguientes del Cuaderno Principal 15.

64. Así las cosas, y contrario a lo sostenido por la demandada Bancolombia en sus alegatos, está demostrado que en el presente caso la demandante tiene legitimación para proponer la presente acción revocatoria concursal, por ser titular de un derecho de crédito que había surgido con anterioridad al acto demandado.

D. SOBRE EL PERJUICIO OCASIONADO CON LA OPERACIÓN DEMANDADA

i. Consideraciones generales sobre el perjuicio a los acreedores

65. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone que *“Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos”* (énfasis añadido).

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de septiembre de 2011, M. P. William Namén Vagas, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01.

66. El inciso transcrito no es, ciertamente, de fácil inteligencia¹⁰. Su redacción es difícil porque (a) no precisa de manera clara si las tres hipótesis que plantea como fundamento de la acción revocatoria son de concurrencia acumulativa o no, ni (b) qué se entiende por perjuicio a los acreedores.

67. En efecto, (a) la redacción es confusa en cuanto a la configuración de los presupuestos de revocatoria, porque admite al menos tres interpretaciones, a saber, (i) que el acto cuya revocatoria se depreca debe perjudicar al menos a un acreedor, alterar el orden de prelación de pagos, y tornar insuficiente el activo para responder por el pasivo.

68. Otra manera de entender la norma es (ii) que ante el estado de insuficiencia del activo, si se acredita al menos una de las dos hipótesis, esto es, perjuicio a un acreedor o alteración de la prelación, procede la revocatoria del acto.

69. Finalmente, (iii) que procede la revocatoria cuando el acto jurídico causa un perjuicio a al menos un acreedor, o cuando se altera la prelación, o cuando el acto reduce el activo al punto de hacerlo insuficiente para atender los pasivos.

70. Exigir la concurrencia de los tres supuestos es inviable, en primer lugar porque la insuficiencia patrimonial opera, en principio, en el concurso liquidatorio y por tanto es inexigible en sede recuperatoria, y por otro lado, porque esta postura implicaría la ineficacia de la revocatoria concursal, ya que pondría al demandante en un escenario demasiado exigente en términos probatorios, al pedírsele que acredite tanto el perjuicio, como la alteración y la insuficiencia.

71. Por otro lado, la segunda propuesta (ii) extrapola la estructura sintáctica del inciso transcrito, es decir, considera que la “o” que conecta al perjuicio y a la alteración es de equivalencia, y la “y” de insuficiencia es de acumulación. Esto es, supone que el demandante debe acreditar siempre la insuficiencia del activo y adicionalmente cualquiera de las otras dos hipótesis, esto es, perjuicio o alteración, de manera que el demandante puede enderezar sus pruebas a acreditar el perjuicio al acreedor, o a demostrar la alteración del

10 En este sentido, Cfr. Rodríguez Espitia, Juan José, Nuevo régimen de insolvencia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 523 y ss.

orden de prelación de pagos, en adición a la prueba de la insuficiencia del activo.

72. Según esta interpretación, entonces, la precariedad del activo es una condición objetiva de revocación y debe acreditarse de manera necesaria. Sobre esta posición cabe la misma consideración hecha en el sentido de que la insuficiencia patrimonial es de la esencia del concurso liquidatorio, pero además implicaría que, en sentido contrario, la suficiencia de activos hace inviable cualquier tipo de revocatoria concursal, porque el presupuesto de la reconstitución del patrimonio del deudor es que su activo no es suficiente, de suerte que si el activo alcanza para cubrir el pasivo, en sede recuperatoria o liquidatoria, no es necesario ningún trámite de revocación, a pesar de que configuren un perjuicio a un acreedor, o una alteración de la prelación, o las dos situaciones. Lo que da la medida de la revocatoria, en esta inteligencia, es la insuficiencia de activos.

73. Si bien, como se dijo, esta propuesta de interpretación es la que mejor consulta la estructura formal del texto normativo, llevaría a concluir que, como se viene de indicar, el deudor podría actuar en detrimento de uno o varios acreedores y hacer pagos que desconozcan la prelación legal, siempre que el activo remanente sea suficiente para atender el pasivo insoluto. Esta vía de entendimiento, entonces, implica que ni el perjuicio ni la alteración de la prelación son suficientes para mover a la jurisdicción en pos de la revocatoria, lo cual resulta ciertamente insostenible, si se considera, por ejemplo, que el perjuicio al acreedor puede ser de tal entidad que suponga su anulación como sujeto concursal o la extinción o desmejora de su garantía, o la alteración de la prelación tan grave, que suponga pretermitir a toda una clase de acreedores.

74. En este sentido, estima el Despacho que la interpretación que mejor consulta la esencia de la figura reconstitutiva es la (iii), es decir, aquella según la cual al demandante le basta acreditar cualquiera de las tres situaciones para fundar su pretensión revocatoria. Desde esta perspectiva, es perfectamente posible que se configuren los tres supuestos, o dos de ellos, pero con uno es suficiente para que la demanda tenga vocación de éxito, dejando dicho, como se advirtió, que la eficacia de la situación de insuficiencia de activo en el contexto del concurso recuperatorio es mínima, pero no son incompatibles. En efecto, es claro que la situación de déficit patrimonial es el funda-

mento por antonomasia de la revocatoria en liquidación judicial, pero no lo es menos que nada excluye la posibilidad de que la misma situación sirva de fundamento a una revocatoria en el entorno de la reorganización.

75. Ahora bien, las situaciones de alteración de la prelación y de insuficiencia de activos son relativamente sencillas en punto a la comprobación de su configuración. En efecto, la insuficiencia es una realidad financiera difícilmente disimulable, lo mismo que la alteración. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el perjuicio a los acreedores.

76. Respecto de la (b) indefinición de “perjuicio a acreedores”, conviene precisar que la que trae la ley es una formulación problemática, en punto al alcance del término “perjuicio” y si este implica algo distinto a “daño”. No desconoce el Despacho que la distinción o equivalencia entre daño y perjuicio es uno de los temas más controversiales en materia de responsabilidad civil ni que en múltiples pronunciamientos judiciales se les ha tratado de manera indistinta. Sin embargo, a efectos del mejor entendimiento de los supuestos de procedibilidad de la revocatoria concursal, el Despacho deja dicho que, en puridad, se distinguen tres momentos concatenados pero distintos, a saber, hecho dañoso, daño y perjuicio.

77. El hecho dañoso es la fuente directa e inmediata del daño, y en materia de revocatoria concursal viene dado por cualquiera de los negocios jurídicos que la norma tipifica en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 74 del estatuto de insolvencia¹¹. El daño, por su parte, es la modificación que el acto revocable introduce en el patrimonio del deudor o en los derechos de los acreedores¹².

11 “1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe. 2. Todo acto a título gratuito celebrado dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial. 3. Las reformas estatutarias acordadas de manera voluntaria por los socios, solemnizadas e inscritas en el registro mercantil dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando ellas disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores, o modifiquen el régimen de responsabilidad de los asociados”.

12 Esto explica que, por ejemplo, sea revocable el acto mediante el cual se modifica el régimen de responsabilidad de los asociados, porque aun cuando dicho acto no suponga, per se, una aminoración del patrimonio del sujeto concursado, puede constituir una lesión a los derechos de los acreedores a perseguir, eficazmente y bajo ciertas circunstancias, los patrimonios de los socios. “Al respecto debe reiterarse que toda revocatoria incluyendo la revocatoria concursal, está instituida para proteger el patrimonio del deudor y de contera los derechos de los acreedores, al servir este de garantía”, Superintendencia de Sociedades, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, ABN Amor Bank Nv vs. Teleglobe Colombia S. A. y otro.

El perjuicio es el efecto que el daño produce en el patrimonio de uno, varios o todos los acreedores. Nótese que el daño recae en la esfera patrimonial del sujeto concursal, mientras el perjuicio recae en la del o los acreedores. Desde esta aproximación, tanto la alteración de la prelación como la insuficiencia de activos son, de hecho, perjuicios para los acreedores.

78. De lo expuesto colige el Despacho las siguientes reglas. En primer lugar, que (i) en el concurso recuperatorio la pretensión revocatoria supone para el demandante la carga de acreditar una alteración en la prelación de pagos o cualquiera otro perjuicio que afecte a uno, varios o todos los acreedores, como por ejemplo la enajenación de un activo necesario para la continuidad del negocio, que afecta a todos los acreedores en sus expectativas de pago, o incluso, como se dijo, la insuficiencia de activos para respaldar el pasivo, aun en reorganización, si, por ejemplo, el apalancamiento financiero que requiere el plan de negocios supone mantener el equilibrio entre activos y pasivos.

79. Por otro lado, (ii) en sede de concurso liquidatorio, el demandante debe acreditar la insuficiencia de activos o cualquier otro perjuicio que recaiga sobre uno, varios o todos los acreedores para soportar su pretensión revocatoria. En este contexto, por ejemplo, otros perjuicios pueden ser, por supuesto, la alteración de la prelación de pagos, o el desmembramiento de un activo sobre el que recae una garantía, que afecta a uno o varios acreedores.

80. Sobre esta base, entonces, es posible que haya daño en la esfera patrimonial del sujeto concursal, pero no perjuicio para los acreedores, como cuando la enajenación de un bien no agravia a ningún acreedor en particular ni torna insuficiente el activo. Del mismo modo, existe una gran cantidad de operaciones que, si bien en apariencia pueden implicar una alteración en el patrimonio del deudor, en realidad no constituyen un daño.

Así ocurre en aquellos negocios a través de los cuales se sustituye un activo por otro, como ocurre en la mayoría de los contratos onerosos y conmutativos, tal como se mencionó en un reciente fallo de esta misma Superintendencia: *“En principio, en los contratos onerosos conmutativos existe un equilibrio entre las contraprestaciones debidas: así, el precio de la compraventa debe guardar una proporción con el valor de la cosa vendida. Quien vende un bien sustituye, en su haber, un activo fijo (la cosa vendida) por un activo corriente (el dinero del precio);*

quien compra sustituye un activo corriente por un activo fijo"¹³. En este tipo de operaciones no se altera la situación global ni el equilibrio entre el activo y el pasivo de la compañía. La sustitución de un activo por otro de un valor asimilable mantiene el valor total de los activos, y ni genera ni agrava un eventual desequilibrio en el balance general de la concursada.

Consideraciones semejantes pueden hacerse frente a aquellas operaciones que no solo no alteren sino que mejoren la relación activo-pasivo de la compañía en concurso y que no hayan afectado a los acreedores privilegiados.

81. Por el contrario, existe daño en operaciones que, en general, causen un desbalance en el estado del patrimonio del deudor en concurso que genere insuficiencia de sus activos para responder por sus pasivos, o que agrave dicha circunstancia.

82. Ello puede ocurrir, por ejemplo, como resultado de operaciones a título gratuito en las que se extraen bienes del patrimonio del deudor sin contrapartida, o con una contrapartida irrisoria: *"De lo anterior resulta que en el caso bajo examen, el precio pagado (...) en el contrato cuya revocatoria se pretende, no guarda ninguna proporción con el valor de los derechos que buscaba adquirir con ello. El precio pactado resulta irrisorio, y no puede por ello tenerse que el contrato sea conmutativo. En casos como el presente, en los que es evidente una desproporción absoluta entre las dos prestaciones involucradas en el contrato, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: '(...) los principios generales de las obligaciones y contratos establecen una fuerte limitación a la libertad de las partes en este sentido. Así, el artículo 872 del Estatuto Mercantil, '[c]uando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo'. Los contratos sinalagmáticos, conmutativos o de prestaciones correlativas, por su propia estructura funcional deben guardar un mínimo de proporcionalidad entre las prestaciones asumidas por los distintos sujetos. Y si dicha relación no existe, porque la obligación de una de las partes contratantes es ínfima comparada con la de su contraparte, la situación se asimila a la que existiría si no se hubiera pactado dicha contraprestación. (...) Irrisorio, ha dicho la jurisprudencia, es aquello 'tan exiguo que de lejos es ridículo; si se quiere, que su monto suscita irrisión' (cas.civ. sentencia de 20 de septiembre de 2000, expediente R-5705)"* (Corte Suprema

13 Sentencia 480-00093 de 28 de julio de 2014, proferida en el proceso verbal sumario de Interbolsa S. A., en liquidación judicial contra Infante & Otero y Cía. S. C. A. y otro, Exp. 2014-802-012.

de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de septiembre de 2011, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01, M. P. William Namén Vargas)¹⁴.

83. Pero también puede existir un daño cuando la contrapartida recibida es muy inferior al valor de los activos que fueron extraídos del patrimonio del deudor. *“En este caso, si bien se recibió un activo corriente (precio) a cambio de un activo fijo (la cosa vendida), la operación arrojó una pérdida en el patrimonio del vendedor (si el precio fue inferior) o del comprador (si el precio fue superior)”*¹⁵, sin que sea necesario demostrar la existencia de una lesión enorme ni de un desbalance de más de la mitad entre las dos prestaciones del acto revocable¹⁶.

84. En igual sentido, hay daño en los pagos y en general en la extinción de obligaciones de terceros cuando dicho acto no tenga una causa que lo justifique. Así, como se reconoció en otro pronunciamiento reciente de este Despacho, hay daño *“Cuando quien paga es un tercero, que como consecuencia del pago sufre una disminución en sus activos, o en su disponibilidad de caja. Y a pesar de que el tercero que paga se subroga en “todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo” acreedor (artículo 1670 del Código Civil), también es cierto que su situación empeorará, pues pasará de tener activos corrientes a tener una cuenta por cobrar, o sea un crédito, contra el deudor de la obligación pagada”*¹⁷.

85. Finalmente, y dejando a salvo otro tipo de operaciones que puedan representar un daño en el patrimonio del concursado y un perjuicio para los acreedores del concurso, basta citar aquellos actos, contratos o negocios jurídicos a través de los cuales se haya trasferido activos para pagar obligaciones no privilegiadas, sin haber previamente atendido o proveído suficientemente los créditos de mejor derecho: *“más allá de la simple transferencia de un activo valioso, el daño a los acreedores está representado en que con dicha operación se trastocó la prelación de créditos, y se solventaron obligaciones sin haber previamente satisfecho obligaciones privilegiadas que se encontraban pendientes de pago”*¹⁸.

14 Sentencia 480-000020 de 10 de marzo de 2015, Proceso verbal de Marino de Jesús Cardona Duque, liquidador de Marta Luz Escobar Restrepo contra Marta Luz Escobar Restrepo y Lucas Jaramillo Escobar, Exp. 2013-802-012.

15 Sentencia 480-00093 de 28 de julio de 2014, cit.

16 *Ibidem*.

17 Sentencia 480-000103 de 11 de agosto de 2015, Proceso verbal de MNV S. A., en liquidación judicial contra Manuel Francisco Nule Velilla, Helm Bank S. A. y otros, Exp. 2011-802-011.

18 Sentencia 480-000069 de 17 de junio de 2015, Proceso verbal de MNV S. A. en liquidación judicial y Gas Kpital S. A. en liquidación judicial contra Vergel & Castellanos S. A., Exp. 2011-802-020.

86. Hechas las anteriores consideraciones, es pertinente ahora que este Despacho analice la configuración del perjuicio a los acreedores en el asunto que se examina.

ii. Análisis del acto demandado

87. La demandante impugnó una operación de pago, a través de la cual Interbolsa extinguió una obligación que tenía con Bancolombia el día que venció el plazo para extinguirla. Alegó que con dicha operación se menguó el patrimonio de la concursada Interbolsa, y que con ello se causó un perjuicio a sus acreedores, entre ellos, la Cartera Colectiva Interbolsa Credit.

88. El pago realizado por la concursada el 12 de octubre de 2012, ocurrió mediante la transferencia de recursos que se encontraban en la cuenta Winsiob 3100 que Interbolsa tenía en la sociedad comisionista de bolsa, con destino a Bancolombia, a través de una operación de transferencia electrónica de activos por medio de los Servicios Electrónicos del Banco de la República (SEBRA). La transacción supuso un desplazamiento de activos de Interbolsa por el monto de \$71.503'354.999 con destino a la entidad financiera demandada.

89. Dicho pago, individualmente considerado, implicó una disminución en los activos de la concursada. Sin embargo, esa simple disminución no es un elemento suficiente para concluir que existió una mengua en la prenda general de los acreedores, como lo exige el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 para la prosperidad de las acciones revocatorias. La operación debe ser analizada en sus alcances para la compañía y en los efectos que ella tuvo en la suficiencia del patrimonio de Interbolsa para atender sus obligaciones.

90. Ahora bien, el pago no fue una operación aislada, sino que hizo parte de una operación mucho más compleja, en la que tuvieron participación, además de Interbolsa y Bancolombia, la Clínica La Candelaria, Interbolsa SBC e Interbolsa SAI. Los hechos que compusieron la operación fueron los relacionados en el capítulo de hechos probados de esta sentencia. Para efectos de analizar el daño causado con la operación y el perjuicio irrogado con ella a los acreedores de la concursada, es necesario contemplar la operación como un todo, y no el pago de manera aislada.

91. Así las cosas, se observa que Interbolsa tenía con Bancolombia una cuenta por pagar, que tuvo su origen en el contrato de mutuo celebrado el 12 de ju-

lio anterior, con un capital de \$70.000'000.000. Para pagar dicho crédito y sus intereses, Interbolsa adquirió un crédito con la Clínica La Candelaria, por un valor de \$78.000'000.000. De los recursos ingresados en virtud de dicho crédito, Interbolsa pagó el mutuo con Bancolombia en la fecha en que dicha obligación se hizo exigible, y el resto lo transfirió para inversiones. En otras palabras, Interbolsa adquirió una deuda con la Clínica La Candelaria para extinguir la obligación que tenía con Bancolombia: si se quiere, sustituyó una deuda por otra deuda.

92. Las dos relaciones de crédito que intervinieron en la operación tuvieron una serie de condiciones que las diferenciaban en especial en lo relacionado con las tasas de interés ofrecidas y con las garantías que se previeron para su respaldo. Algunas de dichas condiciones representaron una desmejora en la situación del pasivo por pagar a cargo de Interbolsa; otras representaron una mejora.

93. Ahora bien, analizadas en su conjunto las mencionadas circunstancias, y según lo expone de manera amplia en el dictamen pericial que consta a folios 3181 y siguientes del cuaderno principal número 16, una operación como la descrita no causó un cambio en el estado del patrimonio de Interbolsa que pueda ser considerado como dañino. Así, en el dictamen se expresa que *“El pago realizado por Interbolsa S. A. por la suma de setena (sic) y un mil quinientos tres millones trescientos cincuenta y cuatro mil novecientos noventa y nueve pesos (\$71.503.354.999.00) a favor de Bancolombia, considerando que fue fondeado con otro crédito, es una operación financieramente neutra, que en sí misma no tiene efectos para Interbolsa S. A. diferentes a los mencionados en el análisis presentado anteriormente en esta pregunta”* (folio 3188 *ibídem*), es decir, las variaciones en la tasa de interés y en las garantías.

94. Al momento de contradecirse el dictamen pericial citado, y ante diversas preguntas del Despacho, el experto interrogado observó que la caída de varios indicadores financieros relacionados con Interbolsa durante el mes de octubre de 2012, *“se presenta fundamentalmente por las provisiones que se hicieron en la S. A. [Interbolsa holding] sobre las acciones que la misma poseía en la comisionista de bolsa. No veo que en esa caída haya tenido que ver, digamos, el cumplimiento de la obligación que tuvieron ellos, que tuvo la S. A. con Bancolombia. Como lo había manifestado anteriormente, desde el punto de vista financiero, cuando uno tiene una estructura pasivo versus activo y versus patrimonio si hay un cambio, digamos, en la fuente*

de fondeo de una naturaleza similar pues no hay un efecto financiero. El efecto financiero se presenta fundamentalmente es dependiendo de las condiciones que se presentan en esos créditos, que era parte del análisis que hacíamos: si es mayor tasa o si es menor tasa, o si hay más o menos garantías que le limiten la flexibilidad a la operación de la entidad que está haciéndolo” (folio 3391 del cuaderno principal número 17, marca 2:10:52). Según lo afirmó el experto interrogado en la contradicción al dictamen, tampoco tuvo impacto la operación sobre los niveles de apalancamiento y solvencia, por motivos similares al transcrito (ibídem, marca 2:16:25).

95. Teniendo en cuenta lo anterior, no está demostrada la existencia de un daño en el patrimonio de Interbolsa que haya podido ocasionar un perjuicio a sus acreedores. A pesar del pago, la relación activo-pasivo se mantuvo; las diferencias en el balance contable de la concursada son despreciables para tales efectos. Si para entonces la situación de Interbolsa ya era crítica, el pago a Bancolombia no la causó ni la agravó.

96. Ahora bien, el Despacho advierte que no se pronunciará acerca de la corrección o de la legalidad de las operaciones descritas, pues por un lado, ello no es materia de discusión en el presente proceso, y si así lo fuera, tampoco sería del resorte de esta Superintendencia, cuyas funciones jurisdiccionales en esta sede se reducen, con carácter restrictivo, al conocimiento de las acciones revocatorias y de simulación que puedan proponerse contra algunos actos del deudor.

97. Al no haberse demostrado la existencia de un daño causado como consecuencia del pago a Bancolombia que hubiese generado un perjuicio a sus acreedores, este Despacho encuentra argumentos suficientes para desestimar las pretensiones de revocatoria de la demandante. Sin perjuicio de lo anterior, y para efectos de claridad, a continuación se realizarán algunas consideraciones sobre la buena fe de la entidad financiera demandada, que también son de importancia para efectos de la decisión que se toma en la presente sentencia.

E. SOBRE LA BUENA FE DE LA DEMANDADA BANCOLOMBIA S. A.

i. Consideraciones generales sobre la buena fe en las acciones revocatorias concursales

98. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 exige como uno de los requisitos de las acciones revocatorias concursales que versan sobre actos a título oneroso

que “no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, [del acto demandado] obró de buena fe”. Referencia que merece ser desarrollada con un cierto detalle para efectos de determinar el contenido y los alcances de dicho principio en el ámbito de estas acciones.

99. Determinar el concepto de la buena fe ha sido un tema complejo y espinoso para la doctrina privatista desde tiempos inmemorables. Es bastante común, al hablar de buena fe, considerarla desde sus varios perfiles: subjetiva y objetiva; simple y calificada o exenta de culpa; buena fe-conciencia y buena fe-diligencia. Dependiendo del perfil que decida acoger, se siguen consecuencias muy distintas en cuanto a la función, los deberes y las cargas que se derivan de la buena fe. La selección, por tanto, no puede ser caprichosa ni puede dejarse al azar o al simple antojo del intérprete, sino que debe responder a un análisis razonado y ponderado.

100. En un reciente pronunciamiento, esta Superintendencia hizo suyos los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia que constituye un hito de nuestra jurisprudencia. La buena fe objetiva, cualificada o exenta de culpa debe estar acreditada para que puedan protegerse los derechos de un tercero frente a los vicios que pudieran afectar el título antecedente.

101. Esta concepción es importante para efectos de determinar los contenidos de la buena fe en las acciones revocatorias concursales. Así, expresó este Despacho en dicha ocasión:

“(...) cuando el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 establece una excepción a la revocatoria de los actos a título oneroso “cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe”, dispone una forma de proteger a un tercero y de consolidar a su favor un derecho de propiedad. En estos casos, el tercero que alega su buena fe, busca que con fundamento en ella se proteja o se consoliden una serie de derechos a favor suyo. En otras palabras: el tercero adquirente que se opone a la revocatoria de un acto debe alegar una buena fe que tenga la aptitud de crear o consolidar derechos, y dicha fe va mucho más allá de la simple:

“La buena fé (sic) creadora o buena fé (sic) cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: Error communis facit jus.

“Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa’ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de junio de 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, G.J. LXXXVIII, pp. 234)”¹⁹.

102. Las anteriores consideraciones son de enorme importancia para efectos de determinar los deberes de conducta que, como expresión de buena fe, podrían ser exigibles a quien celebró el acto revocable con el deudor en concurso. Optar por una concepción de la buena fe en sentido subjetivo implicaría ligar sus alcances al conocimiento o al convencimiento que se hubiere hecho el tercero al momento de celebrar el acto con el deudor. Por el contrario, una noción objetiva de buena fe permite exigir al tercero que haya cumplido con una carga mínima de diligencia, sin la cual no es posible concebir que su conducta sea leal y correcta.

ii. Sobre la prueba de la buena y de la mala fe en las acciones revocatorias concursales

103. Respecto de la prueba de la buena fe, y la aplicación de dicho principio a las acciones revocatorias regidas por la Ley 1116 de 2006, una línea jurisprudencial sobre los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades muestra una evolución reciente, según se explicará en seguida.

104. Una primera tesis sobre la buena fe en las acciones revocatorias concursales fue planteada en un fallo de 30 de septiembre de 2011²⁰. En dicha providencia se expresó que:

19 Sentencia 480-000056 de 20 de mayo de 2015, Proceso verbal de MNV S. A. contra Miguel Nule Veli-lla, Banco de Occidente y otros, Exp. 2012-802-009.

20 Sentencia 480-000053 de 30 de septiembre de 2011, Proceso verbal de Job Group Invercomercio JR Ltda. y otros contra Nancy Resurrección Gómez Rozo.

“Ahora bien, frente al elemento fundamental a demostrar en la acción de que se trata y teniendo en cuenta el negocio jurídico que se realizó, esto es, que quien participó en la operación o acto jurídico a revocar, en este caso, en su condición de ADQUIRENTE no lo hizo de buena fe, extremo que compete probar al demandante, esto es, desvirtuar la presunción de la buena fe que se pregona de todos los participantes de un negocio jurídico, demostrando que existe mala fe en la compradora.

“En primer término considera este Despacho necesario, traer a colación la definición de buena fe que se contempla por nuestro ordenamiento civil, en su artículo 768 (...). Y sostiene nuestra doctrina, en cabeza del profesor Guillermo Ospina Fernández en relación con la buena fe, lo siguiente:

“Los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración (...) tiene un alcance muy general en el derecho civil moderno, como quiera que es aplicable no solo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos y, lo que es más, a todas las obligaciones, cualesquiera que sean sus fuentes...’.

“Aunado a lo anterior es preciso resaltar que nuestra Carta Política en su artículo 83, dispone que ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas’.

“Conforme con lo expuesto, y bajo el entendido de que la buena fe se presume, y por el contrario la mala fe es necesario probarla, este despacho luego de examinar detalladamente el expediente del proceso que nos ocupa, no encuentra que la parte demandante a quien corresponde probar el supuesto de hecho en los términos del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, haya demostrado que la señora Nancy Resurrección Gómez Rozo, conocía al momento o antes de la negociación que los señores Jairo Fernando Ruiz Flechas, Miguel Ángel Santana Gómez, Édisson Alexander Padilla Malagón, y la sociedad Job Group Invercomercio JR Ltda., fueran a ser intervenidos por virtud de lo dispuesto en el Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008.

“Así las cosas, al no estar comprobado en el acervo probatorio arrimado al presente proceso que la señora, Nancy Resurrección Gómez Rozo, actuó de mala fe en la negociación de compraventa, buscando con ella burlar las acreencias de los afectados con el proceso de intervención, y siendo este un elemento condicionante para acceder a la

revocatoria solicitada, forzoso es concluir que la pretensión en estudio no está llamada a prosperar y por consiguiente, no es procedente declarar la revocatoria de la operación de compraventa (...)”.

105. Los argumentos expuestos en la sentencia respecto de la prueba de la buena fe fueron los siguientes:

- a. La buena fe se presume.
- b. La única manera de desvirtuarla consiste en probar la mala fe.
- c. La mala fe consiste en conocer antes de la negociación demandada, o al momento de concluirla, que a su contraparte le sería abierto un proceso concursal.
- d. La carga de la prueba de la mala fe corresponde a quien demanda la revocatoria.

106. La mencionada postura no era plenamente satisfactoria desde distintos aspectos, tal como se explica a continuación:

- a. Si bien es cierto que la buena fe se presume en virtud de diversas disposiciones tanto constitucionales como legales, dicha presunción no es ni puede ser gratuita. Dicha postura confunde dos conceptos distintos en materia probatoria: los hechos que no requiere prueba y la prueba por presunciones.

Cuando los hechos no requieren prueba, basta su simple afirmación o negación por el interesado para invertir la carga de la prueba. Corresponderá entonces a la contraparte desvirtuar dicha afirmación a través de otro medio demostrativo. Es el caso, por ejemplo, con los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, según lo dispuesto en el artículo 177 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.

Cosa distinta ocurre con las presunciones. A diferencia del caso anterior, los hechos que se presumen sí requieren de prueba. En ellas no basta la simple afirmación del interesado para tenerlas por ciertas, ni para invertir la carga de la prueba. Toda presunción, en efecto, es una prueba indirecta, que consiste en un juicio de inferencia lógica a partir de un hecho probado (hecho indicador, supuesto de base de la presunción), para deducir de este un segundo hecho, que la ley presume de aquel.

Si la buena fe se presume, ello ocurre a partir de algo. Quien busque beneficiarse de la presunción de buena fe, debe probar un hecho del cual ella pueda deducirse. Mas no puede, de forma gratuita, tenerse por acreditada la buena fe a partir de la simple afirmación del interesado, como lo hace la sentencia citada.

b. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que la segunda tesis expuesta en el fallo citado no es de recibo. Sin desconocer que la prueba de la mala fe por parte del tercero adquirente tiene poder demostrativo suficiente para cumplir con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, ella no es la única forma de satisfacer el mencionado requisito.

Según ya se dijo, si la buena fe se presume, quiere decir que se debe probar a través de presunciones. Y bien puede ocurrir que la parte interesada en valerse de la presunción de buena fe no demuestre el hecho indicador, que le sirve de base. En estos casos no puede considerarse acreditada la buena fe, así no se haya aportado prueba alguna de la mala fe.

c. En tercer lugar, no parece adecuado concebir la mala fe en función de si el adquirente “conocía al momento o antes de la negociación” que a su contraparte se le abriría un proceso concursal. Existen dos grandes impropiedades en dicho aserto:

Por un lado, la mencionada tesis confunde dos conceptos muy distintos, como lo son el conocimiento de un hecho futuro y la previsibilidad del mismo hecho. No es válido exigir, como lo plantea la tesis en discusión, que se haya conocido un hecho futuro; en primer lugar porque el futuro es incierto y no puede ser objeto de conocimiento por parte de ningún sujeto; en segundo lugar, porque el conocimiento es un hecho psíquico que solo podría ser demostrado a través de pruebas indirectas de muy difícil recaudo y valoración.

Pero además, la mencionada tesis es peligrosa en la medida en que califica como de mala fe todas las conductas del tercero que negocia con el deudor a pesar de conocer su estado de crisis. Con cierta frecuencia ocurre que un acreedor puede otorgar nuevos créditos o celebrar otro tipo de operaciones con su deudor a pesar de conocer el mal estado de sus negocios, para darle liquidez y ayudarlo a salir de la crisis.

Sin embargo, una tesis como la que se comenta tacharía como de mala fe todas las actividades de este tipo, incluso aquellas que no merecen tal reproche.

d. Como consecuencia de todo lo anterior, es evidente que la carga de la prueba en materia de buena fe del tercero no debería corresponder, exclusivamente, a la parte que demanda la revocatoria.

Es cierto que, si el demandante desea probar directamente la mala fe del adquirente, tiene la carga de hacerlo, según lo dispone, entre otras, el mismo artículo 769 del Código Civil. Pero es igualmente cierto que quien alega su buena fe tiene la carga de probarla, indirectamente, a través de otros hechos de los que esta se pueda inferir.

107. Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, este Despacho revisó la tesis expuesta en una reciente sentencia de 20 de mayo de 2015²¹. En ella se expusieron los siguientes argumentos, que por considerarlos de importancia, transcribimos:

“vii) Presunción y prueba de la buena fe

“27. Para que el tercero adquirente pueda enervar la acción revocatoria y proteger de esta forma sus derechos, tiene que evidenciarse que su actuación se ajustó a sus deberes y que se obró exento de culpa. En efecto: “(...) la buena fé creadora de derechos o buena fé exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana “Error communis facit jus”) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fé simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fé simple exige tan solo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza” (Ibídem, subrayas fuera de texto). ¿Cómo se acreditan estos supuestos?

“28. Según el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. De manera similar, el artículo 769 del Código Civil prevé que “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria” y el artículo 835 del Código de Comercio que “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa”. Para efec-

21 Sentencia 480-000056 de 20 de mayo de 2015, Proceso verbal de MNV S. A. contra Miguel Nule Veli-la, Banco de Occidente y otros, Exp. 2012-802-009.

tos de fallar el presente caso, el Despacho considera necesario determinar en qué consiste la referida presunción de buena fe y cuáles son sus alcances en materia probatoria.

“29. Se trata, como su mismo nombre lo indica, una especie de presunción, que debe ser analizada y aplicada de acuerdo con las reglas generales aplicables a esta clase de prueba. Entre otras, se debe recordar que, al igual que los indicios, las presunciones son juicios de inferencia lógica, que requieren que se pruebe un hecho (indicador) para inferir, con base en él otro hecho (indicado); pero este juicio, que proviene de las reglas de la experiencia en los indicios, en las presunciones es dado por el ordenamiento positivo. Por ello afirma la doctrina que toda “presunción exige la previa prueba de los hechos que le sirven de base” (Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo II. Bogotá, Temis, 2006, p. 682).

“30. En el caso de la presunción de buena fe, ¿cuáles son los hechos que le sirven de base y que deben estar probados en el proceso? La actitud diligente de quien la alega, que desplegó todas las actuaciones que le correspondía, en aras de crearse una certeza razonable acerca de la situación en la que se encontraba. Solo quien ha obrado con la diligencia que le corresponde emplear puede alegar que obró de buena fe creadora de derechos. Y la carga de probar dicha diligencia corresponde a quien alega haber obrado de buena fe, pues según dispone el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.

“31. En el caso de las entidades financieras, para que estas puedan alegar válidamente que actúan de buena fe, deben probar que obraron de acuerdo con la diligencia que sirve de base a dicho alegato. Ello implica, como mínimo, que deben haber acreditado el cabal y juicioso cumplimiento de los deberes que les impone, tanto el Legislador como el Gobierno nacional, en sus tareas de regulación y supervisión de la actividad financiera, bursátil y aseguradora. Entre otros, debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos previstos por el Sarlaft y los otros sistemas de riesgos que deben activarse en las operaciones a cargo de las entidades del sector financiero.

“viii) La presunción de buena fe también se desvirtúa por la prueba de mala fe

“32. Los artículos 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio disponen que la mala fe debe probarse. La parte demandada, en sus alegatos de conclusión, reiteró este aserto para aducir que en el presente caso no se había probado que el Banco de Occidente S. A. (entonces Leasing de Occidente S. A.) había obrado de mala fe, y por tanto, su presunción de buena fe sigue incólume.

“33. Este aserto ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia en los siguientes términos: “Esta manera de considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad, –como lo ha dicho esta Sala– se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción de la fe que es buena. ‘El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma de los hechos en que funda su impugnación’ (Ricci). La creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fides... sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de octubre de 1949, M. P. Liborio Escallón, G. J. LXVI, p. 631).

“34. La prueba de la mala fe, según las normas y la jurisprudencia transcrita, excluye sin lugar a dudas la presunción de buena fe. Y, sin el ánimo de ser exhaustivos en el tratamiento del tema, la mala fe se presume cuando se obra en contravía de un deber legal. Lo anterior se deriva de principios generales del derecho de carácter indiscutible: por poner tan solo algunos ejemplos, el principio que prohíbe a la parte alegar su propia torpeza –nemo auditur propriam turpitudinem allegans– (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de junio de 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, G. J. LXXXVIII, p. 232), así como la llamada “doctrina de los actos propios”, que prohíbe contrariar en el proceso una conducta anterior jurídicamente relevante –venire contra factum proprium non valet (Díez-Picazo, Luis. La doctrina de los propios actos, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, pág. 193. De la Puente y Lavalle, Manuel. “La doctrina de los actos propios”, en Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; y Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos”, en Estudios de derecho privado, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 276 y ss.).

“35. Pero incluso, en lo que respecta a la conducta contraria a los deberes legales, nuestro ordenamiento va mucho más allá, pues presume la mala fe, sin que sea admisible

prueba en contrario. Así, el artículo 768 del Código Civil establece que “el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”, norma sobre la cual nuestra jurisprudencia constitucional ha expresado:

“¿En qué consiste la alegación del error de derecho? En general, en invocar la ignorancia de la ley como excusa para su incumplimiento. El error de derecho, en consecuencia, tiene una relación directa con una de las bases del orden jurídico, plasmada en el artículo 9° del Código Civil: ‘La ignorancia de las leyes no sirve de excusa’. La vigencia del orden jurídico implica la exigencia de que nadie eluda el cumplimiento de la ley so pretexto de ignorarla. Con razón escribió G. del Vecchio: ‘El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular en caso singular para cada ciudadano’. (Filosofía del Derecho, tomo I, pág. 256, ed. Uteha, México, 1946).

“En armonía con el principio consagrado en el Código Civil, el artículo 4° de la Constitución impone a los nacionales y extranjeros residentes en Colombia, el deber de ‘acatar la Constitución y las leyes’.

“El error de derecho recae sobre la existencia, contenido y alcance de las normas jurídicas. La ley puede, en ciertos casos, darle relevancia jurídica. En todo caso, sin embargo, salvo que la ley disponga lo contrario, esta se aplica con prescindencia del conocimiento que sobre la misma tengan sus destinatarios.

“En síntesis: alegar el error de derecho, equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley. Y en el caso concreto de la persuasión que prevé el artículo 768, aceptar que ella puede basarse en la afirmación de la ignorancia de la ley” (Corte Constitucional, sentencia C-544 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía).

“36. Así las cosas, si se halla demostrada una omisión a deberes legales de carácter imperativo, está probada la mala fe; máxime cuando esos deberes son impuestos en atención al rol, la profesión o la ocupación de ciertas personas naturales o jurídicas, como ocurre con las entidades financieras.

“ix) Las acciones revocatorias no exigen la demostración de un fraude a los acreedores.

“37. Debe, por último, hacerse una precisión respecto del alcance de las acciones revocatorias concursales y los elementos que las diferencian de otras acciones judiciales similares, como la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil.

“38. En efecto, esta última acción exige como uno de los elementos esenciales, el que ha sido denominado por la doctrina como el “fraude pauliano”, o consilium fraudis. La acción pauliana se caracteriza por ser “eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores (...) En ese cometido, imprescindible deviene tener claro que el fraude pauliano no se identifica con el dolo instituido como vicio del consentimiento de los actos o contratos, ni con el dolo de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Por esto, el legislador patrio, siguiendo la tradición romanista, en este específico caso tiene configurado el fraude cuando el deudor ‘conociendo’ el mal estado de sus negocios, ejecuta actos o contratos en ‘perjuicio’ de sus acreedores (artículo 2491 del Código Civil). Por lo tanto, no es la simple demostración del ánimo preconcebido del otorgante lo que agota la carga probatoria dicha, sino el discernimiento que tiene sobre el daño que va a irrogar con el negocio, porque debido a los quebrantos patrimoniales que lo aquejan, va a tornar nugatorio el derecho de tales acreedores” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1° de noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 08001-3103-008-1994-26630-01). Por ello el artículo 2491 del Código Civil exige para la prosperidad de la acción pauliana, que se demuestre que el acto oneroso se realizó “siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”. Para que prospere la acción pauliana es necesario, por tanto, demostrar que ambas partes del negocio conocían de la crisis del deudor y, en cierta medida, obraron en connivencia para defraudar a los acreedores de este.

“39. Sin embargo, la acción revocatoria concursal no tiene una exigencia tan tajante. Si bien el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 exige que el tercero adquirente de los bienes a título oneroso no haya obrado de buena fe, dicha exigencia no implica un concilio fraudulento, un ánimo defraudatorio, un espíritu de causar daño, o en otras palabras, un fraude. Se trata de una circunstancia objetiva, en el sentido explicado: así, la buena fe del tercero supone que este haya cumplido con sus deberes legales y los que le impone las reglas de diligencia y cuidado, y el incumplimiento de tales deberes hace deducir una actuación de mala fe”.

108. Lo anterior puede resumirse en las siguientes afirmaciones:

a) La buena fe se presume. Es decir, es un hecho que requiere prueba, y que debe acreditarse conforme a las reglas generales de las presunciones.

b) La buena fe, por tanto, requiere que quien la alega pruebe un hecho indicador que lleva a inferirla.

c) En las acciones revocatorias, el hecho indicador que debe ser probado consiste en haber obrado con la diligencia y cuidado que le corresponde a quien celebró el negocio demandado, según las circunstancias del caso.

d) La carga de probar la diligencia o cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos; y en el caso de las acciones revocatorias, dicha prueba corresponde a quien celebró el acto revocable con el concursado. Si el interesado no acredita dicha diligencia o cuidado, no puede prevalerse de la presunción de buena fe.

e) La carga de probar la mala fe, cuando a ello hay lugar, corresponde al demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 769 del Código Civil.

109. Con fundamento en las anteriores consideraciones, es posible prever varios escenarios, desde el punto de vista probatorio, en las acciones revocatorias concursales:

a) Un primer escenario muestra un proceso en que ni el demandante ni el demandado que alega la buena fe presentan ninguna prueba. En este caso, no puede operar la presunción de buena fe, pues no se acreditó haber obrado con la diligencia que sirve de base para que ella pueda inferirse, y podría proceder la acción revocatoria en caso de cumplirse los demás requisitos previstos en la ley para ello.

b) Un segundo escenario ocurre en caso de que el demandado demuestre haber sido diligente en informarse sobre las condiciones del contrato, pero de dicha información resulta imposible saber del mal estado de los negocios del deudor. Si por ejemplo, una entidad financiera ha realizado los estudios de riesgo de la operación y ha cumplido con la totalidad de los requisitos legales que impone, por ejemplo, el Sarlaft, y la información obtenida no permite inferir el mal estado de los negocios del deudor, dicha entidad obró de buena fe, y no es procedente la acción revocatoria.

c) Un tercer escenario se refiere al evento en que el demandante pruebe la mala fe del demandado, sea porque logró acreditar que este obró con dolo, fraude, o intención positiva de causar perjuicio a los acreedores del deudor en concurso; sea porque incurrió en una vulneración de una norma jurídica.

d) Ahora bien, puede ocurrir también que de las pruebas resulte que el demandado, tras haber ejecutado sus cargas de diligencia, conocía o debía conocer del mal estado de los negocios del deudor, y a pesar de ello celebró el acto revocable con el deudor. En este caso, el juez deberá verificar las condiciones en que se celebró el acto, para juzgar su causa, los propósitos de las partes que lo celebraron, las condiciones de ejecución del acto, las demás relaciones entre las partes, así como las demás circunstancias del caso. Si encuentra que los elementos que llevaron a ejecutar la operación demandada a pesar del conocimiento del mal estado de los negocios fueron razonables, leales y correctos, estará probada la buena fe.

110. Con fundamento en lo anterior, el Despacho considera que también actúa de buena fe el acreedor que, a pesar de conocer el mal estado de los negocios de su deudor, realiza las operaciones con la finalidad de contribuir a evitar su crisis o salir de ella. Sostener lo contrario no solo sería contraevidente, pues no se puede reprochar la buena fe de quien actúa con el propósito razonable de ayudar, sino que además sería contrario a principios y valores constitucionales como el de solidaridad.

iii. Análisis del caso concreto

111. En el presente caso, está demostrado que Bancolombia e Interbolsa llevaban una gran cantidad de operaciones financieras. Así está acreditado, entre otros, en los documentos aportados por la demandada en su informe de 16 de mayo de 2015, que consta a folio 2464 del cuaderno principal número 11, así como en los demás documentos aportados con la demanda y la contestación.

112. Dada la particular naturaleza y la magnitud de las relaciones entre Interbolsa y Bancolombia, sea en cantidad de operaciones, sea en volumen de sumas involucradas, puede inferirse válidamente que el banco tenía un gran conocimiento de su cliente. No en vano se mantenía un gran portafolio de servicios y cupos de endeudamiento frente a la compañía y frente a sus administradores. Máxime cuando se trata de una persona con la reputación pública de la que gozaba Interbolsa, de ser uno de los mayores agentes del mercado en su sector, hasta cuando la crisis se hizo inminente.

113. Pero además, en el presente caso el conocimiento del cliente no proviene tan solo de pruebas indiciarias. No puede dejar de desconocer el Despacho la

magnitud de la operación de crédito que se otorgó a Interbolsa el 12 de julio de 2012. Un crédito de \$70.000'000.000,00 no es una operación cotidiana, ni es algo que se negocie o ejecute todos los días.

114. Eran conocidas de Bancolombia las dificultades por las que atravesaba Interbolsa con los “bonos Interbolsa”, que llevaron a la necesidad de redimirlos de manera anticipada. De lo anterior dan fe los informes previos al otorgamiento del crédito, así como el mismo reporte hecho por las partes en el Registro Nacional de Valores.

115. De los mismos documentos aportados por la demandada Bancolombia se observa que el banco conocía las inversiones, los estados de resultados de las compañías del grupo y la situación de sus finanzas, según se observa, entre otros, en los informes a folios 580 y siguientes del cuaderno principal número 3, y que sirvieron de base a Bancolombia para otorgar el mencionado crédito.

116. Se observa, sin embargo, que la información que era conocida por Bancolombia no necesariamente era indicativa de una crisis inminente. Había, sin duda algunas observaciones reportadas, como las dificultades observadas en la emisión de bonos, como lo refleja el documento a folios 588 y siguientes del cuaderno principal número 3; la baja en las utilidades o algunos cambios en la cuenta de valorización al patrimonio observadas en el documento a folios 566 y siguientes *ibídem*.

117. Observa el Despacho que de la información disponible a lo largo del año 2012, podían identificarse algunas dificultades en el manejo de la compañía, como algunas pérdidas en los meses de febrero, abril, mayo, julio y agosto del año, pero ellas no tenían la envergadura suficiente como para hacer previsible una crisis de la entidad de la que luego se generó en la compañía.

Las utilidades y pérdidas que se habían alternado a lo largo del año 2012, se habían originado en algunas operaciones forward, y demostraban que la compañía tenía unos niveles de utilidad “en equilibrio o en bajo equilibrio” que se reflejan en “ingresos positivos ocasionales por las operaciones de derivados” (folio 3391 del cuaderno principal número 17, marca 2:18:02), niveles que eran inusualmente bajos y que ameritaban repensar algunos aspectos puntuales de la operación de Interbolsa (*ibídem*, marca 2:19:10). Pero a pesar

de indicar algunas dificultades susceptibles de mejoramiento y corrección, no llevaban a concluir una crisis como la que enfrentaría Interbolsa más adelante.

Ello se deduce, entre otras, de la información financiera de Interbolsa con la que trabajó Bancolombia hasta el mes de octubre de 2012, tal como se revela, entre otros, en los correos electrónicos contenidos en el disco óptico a folio 95 del cuaderno de documentos de reserva legal número 1. En dicho soporte se encuentra que hasta entrado el mes de octubre de 2012, para el proceso interno de Calificación de Cartera semestral que debía hacer la entidad financiera demandada, se tuvieron en cuenta estados financieros con corte a junio de 2012²². Pero del análisis de dichos documentos contables no puede concluirse la inminencia de una crisis.

En efecto, pese a algunos descensos en la utilidad de la compañía entre los meses de marzo y junio de 2012, y a un incremento en la cuenta de valorizaciones (desvalorizaciones), relacionada entre otras con una pérdida del valor en propiedad, planta y equipo, la sociedad seguía reportando niveles positivos de utilidad por \$2.671'382.942, contaba con reservas por más de 131 mil millones de pesos, y se hallaba lejos de poner en peligro el capital social de la compañía, que para entonces era de poco más de 41 mil millones de pesos.

118. Así, en contra de lo afirmado por la demandante en el escrito que dio origen a este proceso, también está demostrado que la entidad financiera, al recibir el pago de Interbolsa, no realizó una actividad reprochable en sí misma, pues recibió el pago de una obligación exigible.

119. Pero incluso si ello fuera un indicador inequívoco de insolvencia o iliquidez, dicho conocimiento no desvirtuaría la buena fe de Bancolombia. Por el contrario, el banco demandado demostró haber mantenido operaciones de crédito con Interbolsa incluso a pesar de tener acceso a la información relacionada con su estado de liquidez y de solvencia.

Por un lado, el mismo crédito de \$70.000'000.000 de 12 de julio de 2012 tenía la expresa finalidad de financiar la operación de redención anticipada de los Bonos Interbolsa, tal como se publicó en el mismo Registro Nacional de

22 Correos cruzados entre Manuel Alejandro Jiménez Mercado, Milena Camacho, Rodrigo Gómez Pedraza y José Ramón Palma Mercado de 5 de octubre de 2012, en la carpeta "Interbolsa Holding" del disco óptico a folio 95 del cuaderno de documentos de reserva legal número 1.

Valores (folio 592 del cuaderno principal número 3), con lo que demostró su ánimo de contribuir a que la sociedad superara las dificultades ocasionadas con el fracaso de la emisión de dichos títulos.

Asimismo, en el documento a folio 628 del cuaderno principal número 3, está acreditado que a 31 de octubre de 2012 se otorgó a la hoy concursada un crédito, del cual a 1° de noviembre de 2012 se pagaron \$14.000'000.000 por concepto de capital.

Además, tal como consta en los documentos a folios 2509 y siguientes del cuaderno principal número 12, el banco mantuvo cupos de crédito a la hoy concursada con posterioridad a la operación demandada.

Finalmente, debe recordarse que la continuidad en las relaciones de crédito entre la concursada y Bancolombia se reflejó en que en el auto de calificación y graduación de créditos de la concursada fueron reconocidas acreencias de quinta clase a favor de este por un valor de \$13.669'199.842.

En las condiciones anteriores, lejos de ser reprochable la actitud de Bancolombia, está demostrada su buena fe, pues mantuvo relaciones comerciales con Interbolsa, lo cual demuestra una finalidad de superar los inconvenientes por los que atravesaba la compañía.

120. Así las cosas, está demostrado que la demandada Bancolombia obró de buena fe al recibir el pago de la obligación contraída el 12 de julio de 2012, y con fundamento en ello no pueden prosperar las pretensiones de revocatoria planteadas por la actora en el proceso.

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. Declarar probadas las excepciones de “buena fe” y “ausencia de los requisitos para la procedencia de la acción revocatoria concursal”, invocadas por la demandada Bancolombia S. A.

Segundo. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Condenar en costas a la demandante. Liquídense por Secretaría una vez en firme la presente sentencia.

Cuarto. Fijar el monto de las agencias en derecho en cincuenta millones de pesos (\$50'000.000).

Quinto. Remitir copias de la presente sentencia al Grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, con destino al expediente del proceso concursal de la sociedad Interbolsa S. A. Para el efecto, bastará con enviar copia simple de la presente sentencia, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Auto 400-000232 de 7 de enero de 2016

Sujeto
del proceso

Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda.

Asunto

Transferencia de dominio de bienes excluidos

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Tal como se sostuvo en audiencia de resolución de objeciones, el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013 prevé la posibilidad de excluir de la masa de la liquidación los bienes en garantía de propiedad del deudor en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios, siempre que concurren los requisitos de procedibilidad, esto es: (i) que los bienes sean de propiedad del deudor en liquidación judicial; (ii) que la garantía esté inscrita en el registro que corresponda; y (iii) que la exclusión no implique detrimento de derechos pensionales.
2. Una vez se verifican los supuestos, corresponde determinar el valor, tanto de los bienes cuya exclusión se pide, como del crédito garantizado, con el fin de determinar el procedimiento a seguir para materializar la exclusión. Se ha sostenido, en el marco de los procesos de insolvencia, que esta determinación debe darse dentro de la etapa correspondiente, esto es, con la aprobación del inventario y del proyecto de calificación de créditos y derechos de voto.
3. En el caso concreto de la sociedad Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda. en liquidación judicial, se superó la verificación de los requisitos enunciados, concluyendo su cumplimiento y decidiéndose entonces la exclusión de los bienes de la masa. De igual forma, se logró la determinación del valor del crédito certificado en \$993.085.371.38, según el oficio del 26 de noviembre de 2015, cifra que incluye tanto el capital como los intereses, y el valor de los bienes excluidos en la suma de \$1.517.676.200.
4. Lo anterior implica que el valor de los bienes supera el importe del crédito, por lo que, en atención a la manifestación del acreedor, quien optó por el mecanismo de apropiación con reembolso del excedente, se realizará la transferencia del dominio de los inmuebles, ordenando al liquidador la entrega de

estos al acreedor garantizado, Banco Colpatria, previo el pago que haga este último, mediante la constitución de un título de depósito judicial a órdenes de este Despacho, del valor correspondiente a la diferencia entre el asignado a los bienes y el del crédito, según la certificación emitida.

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

RESUELVE:

Primero. Transferir el dominio de los inmuebles identificados con las siguientes matrículas inmobiliarias: 50N-20559006, 50N-20559007, 50N-20559035, 50N-20559036, 50N-20559037, 50N-20559038, 50N-20559039, 50N-20559071, 50N-20559072, 50N-20559073, 50N-20559067, 50N-20559103, 50N-20559085, 50N-20558981, 50N-20558982, 50N-20558983, 50N-20558984, 50N-20558985, 50N-20558986, 50N-20558987, 50N-20558988, 50N-20558989 y 50N-20558990, actualmente de propiedad de la sociedad Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda., al Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., de acuerdo con exclusión ordenada.

Segundo. Ordenar al liquidador de la sociedad Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda., en liquidación judicial que, una vez verificada la constitución del depósito judicial de que trata el ordinal segundo de esta parte resolutive, entregue jurídica y materialmente al Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., los inmuebles enunciados en el numeral anterior. Una vez sean entregados los bienes, se deberá informar al Despacho, con destino al expediente.

Tercero. Ordenar al Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A. que, dentro de los tres (3) días siguientes a la firmeza de esta providencia, constituya un título de depósito judicial en el Banco Agrario, a nombre de la sociedad concursada en la cuenta de esta Superintendencia, n°. 110019196110, por \$524.590.828,62, que corresponde a la diferencia entre el valor de los bienes y el de la obligación garantizada, de acuerdo con los documentos que constan en el expediente.

Del cumplimiento de esta instrucción, deberá informarse al Juez, dentro del mismo término.

Se advierte que la entrega de los inmuebles no se realizará sino cuando se haya constituido el título judicial en mención y este repose en esta Superintendencia.

Auto 400-000790 de 19 de enero de 2016

Sujeto del proceso	Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS
Asunto	Revocatoria de auto de admisión a proceso de reorganización

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El régimen de insolvencia regulado por la Ley 1116 de 2006, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor (artículo 1°).
2. El proceso de reorganización 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. El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.
3. La Ley 1116 de 2006 exige al deudor, entre otras cosas, llevar contabilidad regular de sus negocios, y aportar un estado de inventario de activos y pasivos con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, debidamente certificado y suscrito por contador público o revisor fiscal según sea el caso.
4. Frente a los bienes en garantía, el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 prevé que los bienes en garantía reportados por el deudor al inicio del proceso de reorganización, deberán ser presentados en un estado de inventario debidamente valorado a la fecha de presentación de los estados financieros, soportado además en sendos avalúos de los bienes inventariados, como lo ordena el artículo 2.2.2.4.2.31, del Decreto 1074 de 2015.

5. Consta en el acta de la diligencia de toma de información de libros y demás documentos de contabilidad realizada el 26 de mayo de 2015 a Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS, que (i) el representante legal informó que la contabilidad de la sociedad solo la tiene físicamente a partir del 2013, por pérdida; (ii) también informó que no existe denuncia de la pérdida de la contabilidad; (iii) respecto a la deuda con Elly Rueda Fuentes, el representante legal manifestó que no existe ningún soporte que demuestre que le prestaba dinero en efectivo para poder operar; (iv) el representante legal manifestó que las operaciones se efectuaban de forma verbal.

6. Del análisis de los antecedentes y de la información relacionada con la actualización del inventario de los bienes (activos) y acreencias (pasivos) con corte a junio 30 de 2015, se observa que tanto el representante legal, como el contador de la deudora:

(i) Certificaron que a la fecha de presentación de la solicitud, esto es, 27 de julio de 2015, la sociedad llevaba contabilidad regular de los negocios, conforme a las prescripciones legales y conservaba, con arreglo a la ley, la correspondencia, soportes contables y demás documentos relacionados con los negocios y actividades empresariales. Igualmente, certificaron que la empresa lleva libros oficiales de contabilidad.

El 26 de mayo de 2015 la concursada informó al funcionario de la Superintendencia de Sociedades que la contabilidad la tenían físicamente solo a partir de 2013, y en la solicitud de admisión radicada el 27 de julio del 2015, no se arrimó, respecto a los estados financieros y balances de 2012, la denuncia por pérdida de la contabilidad ni se explicó cómo se obtuvieron y bajo qué sistema contable se reconstruyó la contabilidad.

(ii) Certificaron que a la fecha de presentación de la solicitud de admisión, la Compañía no había afianzado ni garantizado deudas de terceros. Sin embargo, esta certificación no concuerda con los documentos arrimados, ya que en el certificado de tradición y libertad del inmueble de matrícula inmobiliaria 50N-20536767, ubicado en la carrera 45 n°. 235-99, de Bogotá D. C., consta la anotación 7, inscrita desde el 10 de abril de 2012, que da cuenta de la existencia de una hipoteca con cuantía indeterminada a favor de Camilo Alfonso Martínez Fernández, y de otra parte, en la anotación 11 consta el embargo en el proceso ejecutivo que se adelanta en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá.

En cuanto a la acreencia de Camilo Martínez Fernández, aparece por una suma menor a \$800.000.000, a pesar de los pagarés presentados ante el Juzgado y del mandamiento de pago, que está en firme.

Como se observa, el representante legal omitió informar sobre la garantía real existente sobre dicho inmueble.

7. Por parte del apoderado de Camilo Martínez Fernández se allegó el oficio 13-5 00 878 de 4 de abril del 2013, en el cual la Curadora Urbana 5 de Bogotá, manifestó que el concepto de uso CUO9-5-0324 no fue expedido por dicha Curaduría. Dicho concepto espurio indica que el uso permitido del suelo del lote ubicado en la carrera 45 235-99 es “industria”.

8. Igualmente remitió los conceptos 2-2014-04125 de 3 de febrero de 2014 y 53-0-1121 de 22 de noviembre de 2013, en los cuales la Curaduría Urbana 5 de Bogotá indica que el predio está ubicado totalmente en el corredor ecológico de la quebrada Novita, y que los usos principales son forestal protector con especies nativas, restauración ecológica, rehabilitación ecológica, recuperación ambiental, instalación de infraestructura necesaria para el manejo hidráulico y sanitario. Como usos prohibidos se detallan las actividades exploratorias y extractivas de recursos naturales no renovables, industrial de todo tipo, residencial de todo tipo y todos los usos que no estén contemplados en los principales, compatibles o condicionados.

9. El avalúo del inmueble que fue allegado al proceso, por \$16.814.550.225, se realizó sin tener en cuenta el concepto de uso de la Curaduría Urbana 5 de Bogotá, esto es, que el lote se encuentra ubicado en el corredor ecológico de la quebrada Novita. O al menos en dicho instrumento no se advierte que se haya tenido en cuenta esta fuente como criterio de evaluación.

10. Según el plan de negocios de Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS, la estrategia a corto plazo de la sociedad, y sobre la cual se presentaría el acuerdo de reorganización, está supeditada a la venta del lote de marras, que según el avalúo catastral aportado al proceso en 2015, tiene un valor estimado de \$276.305.000.

El avalúo catastral correspondiente a 2015, por \$276.305.000, presenta una notable diferencia respecto del valor registrado en el balance a 30 de junio

del 2015. En la nota 6 (propiedad, planta y equipo), se indica el saldo de las cuentas por activos fijos que tiene la empresa, con sus respectivas depreciaciones, así:

“Terrenos	\$ 1.201.629.564
Valorización	\$ 7.205.645.549”

En dicha nota explicativa se señala: *“[e]n la propiedad planta y equipo encontramos como el más representativo el terreno que comprende el 99.66% dentro de este rubro. En octubre de 2014 se realizó avalúo del mismo se encuentra ubicado en la autopista norte, mostrando un valor de mercado de \$16.814.550.225 contablemente se procedió con el registro de la respectiva valorización con el 50% de propiedad”*.

11. La manera como se presentó la situación contable del inmueble en cuestión, hizo incurrir en error al juez del concurso pues se presentó un avalúo comercial por \$16.814.550.225 en el cual no se consideró el uso principal permitido del suelo, según los conceptos de la Curaduría.

12. Además de lo anterior, la empresa es propietaria del 50% del inmueble y manifestó que actualmente recibe unos ingresos por arriendo por la suma de \$23.650.000, y que de acuerdo con lo expuesto, este ingreso no es sobre el 50% del bien, sino sobre el arriendo de todo el inmueble. Ahora bien, según la nota a los estados financieros, la empresa deudora es propietaria del 50% y no de la totalidad del bien, por lo tanto su goce y usufructo va hasta el 50%.

13. Recapitulando, se tiene entonces que el avalúo catastral del inmueble presenta un valor muy distante de aquel sobre el que se concibió el plan de negocios para capitalizar y pagar a los acreedores, y además el derecho de propiedad que tiene la sociedad en concurso sobre el inmueble se extiende solo hasta la mitad del mismo.

14. Por lo tanto, no existe certeza de que el inventario actualizado de los activos y pasivos con corte a junio 30 de 2015, aportado mediante radicación 2015-01-331611 de 27 de julio de 2015, se ajuste a la realidad económica y financiera de la concursada, de manera que no es posible establecer su verdadero patrimonio.

15. Revisando a fondo los soportes que acompañaron la solicitud, efectivamente existen graves contradicciones y falencias importantes en los documentos. El Despacho observa las siguientes irregularidades:

- a) Omisiones y errores en las manifestaciones y certificaciones, que indujeron a error al juez del concurso, conforme se viene de indicar.
- b) Imprecisiones en los valores de los bienes y acreencias.
- c) Confusión en los recibos de caja presentados, ya que en algunos se indica un valor en letras y otro en números. A manera de ejemplo, el recibo de caja n°. 00114-1 de 13 de junio de 2014 (folio 960).
- d) Falta de acreditación de la reconstrucción de la contabilidad, a pesar de que el 26 de mayo de 2015 se afirmó la pérdida física de la contabilidad anterior a 2012, y la manifestación del representante legal de que las operaciones se hacían de forma verbal.
- e) Incongruencia total entre el avalúo comercial presentado y el avalúo catastral, sus valores como se explicó distan de forma exagerada. Si bien estos dos conceptos solo excepcionalmente coinciden, las normas sobre el particular llaman la atención sobre diferencias mayores al 25% entre uno y otro valor.
- f) Falta de certeza en el plan de negocios, ya que la capitalización de la empresa está soportada en la venta del lote de terreno, que presenta un avalúo comercial sobre un inmueble con uso diferente al señalado por los conceptos aportados de la Curaduría, es decir, el forestal protector con especies nativas.
- g) Contradicción en la opinión del contador público presentada con los estados financieros a 30 de junio de 2015, pues certifica que la compañía sí está en causal de disolución, de conformidad con el artículo 370 del Código de Comercio, por cuanto el valor de su patrimonio no se encuentra por debajo del 50% del capital (sic) (fl. 569).

16. Las anteriores circunstancias evidencian que las etapas para el proceso de reorganización que están dadas por la misma ley, no se pueden agotar en razón a las irregularidades y contradicciones que presentan los documentos allegados con la solicitud de admisión al proceso de insolvencia. En suma, el desconocimiento de las normas imperativas, compromete los fines y propósitos del régimen de insolvencia.

17. En conclusión, la información aportada por la deudora al juez del concurso no es creíble, no brinda suficientes elementos de juicio y no puede soportar la admisión a un proceso de reorganización y mucho menos servir de base sólida para su continuación. En efecto, el inicio del proceso se sustentó en elementos que no son claros, y pueden no corresponder a la realidad, lo cual puede llevar a incurrir en más errores a la autoridad judicial, que estaría desprotegiendo así los derechos de los acreedores.

18. En la fase de calificación de la nueva solicitud, como no podía ser de otra manera, el Despacho presumió la buena fe del solicitante y les atribuyó plena validez a los soportes entregados, que quedaron de inmediato a disposición de los acreedores. En el presente caso, uno de ellos llamó la atención del Despacho respecto de algunas inconsistencias documentales, que se sumaron al conocimiento previo del Despacho en razón del rechazo de una solicitud anterior y la práctica de una toma de información en la compañía.

19. El proceso de reorganización, como toda actuación judicial, exige seriedad, transparencia y lealtad por parte del deudor. El deudor no puede acceder al sistema de insolvencia, que le concede grandes beneficios operativos, para burlar a sus contrapartes procesales o contractuales o, en todo caso, para atender fines distintos a la verdadera recuperación empresarial y a la satisfacción de sus acreedores.

20. La contabilidad en debida forma es un presupuesto absolutamente indispensable para cualquier empeño concursal, es el insumo básico de los acreedores y del juez del concurso para desatar la insolvencia. Cuando la contabilidad, su integridad e integralidad, está comprometida, como en este caso, la reorganización se torna inviable.

21. La falta de claridad sobre el aspecto financiero de la compañía, las manifestaciones contradictorias sobre la contabilidad y sobre la naturaleza informal de las operaciones comerciales, la falta de certeza sobre la verdadera reconstrucción contable, sumados a la inminencia de la realización del único activo importante de la compañía en virtud de un proceso ejecutivo, mueven al Despacho a deducir que en este caso se ha verificado un uso fraudulento del sistema de insolvencia.

22. Este Despacho, en atención a criterios técnicos sobre costos de transacción asociados a la insolvencia, optó por un sistema de control de los procesos ex post, es decir, una vez admitido el sujeto al concurso. Con esto, se logra eliminar barreras de acceso que consistían en un agotador control de entrada, ex ante, con el fin de evitar fraudes, que hacía demasiado oneroso el ingreso al sistema para aquellos deudores leales y urgidos de acceder a él, por el prurito de neutralizar a los sujetos que concurrían a este foro con motivos espurios.

23. En este marco conceptual, que se edifica íntegramente a partir del principio de buena fe, la contrapartida necesaria se materializa en el sumo rigor con que deben ser reprimidas las conductas procesales que resulten fraudulentas, caso en el cual se impone un costo alto solo a quien abusa del sistema.

24. El artículo 132 C. G. P., dispone que una vez agotada cada etapa del proceso, el juez debe realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren o puedan configurar nulidades u otras irregularidades.

25. En el marco del control de legalidad citado, y en razón de los hechos y razonamientos expuestos, el Despacho revocará el Auto 400-012492 de 23 de septiembre de 2015 que dio inicio al proceso de reorganización de la sociedad Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS.

26. Adicionalmente, se remitirá copia de la solicitud de admisión de 27 de julio de 2015, junto con todos los documentos allegados, así como copia del radicado 2015-01-476102 de 4 de diciembre del 2015, a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, con el fin de que se adelanten las diligencias tendientes a establecer si la contabilidad llevada por la empresa Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS, cumple con los requisitos legales, al igual que la vinculación de esta con las empresas Grupo Empresarial Bonanova, Proyectos Lúdicos Wall-2, Compuceidaz Comercializadora Internacional SAS, Publicidad Construcciones & Merchandise SAS.

27. Finalmente, y en atención a las graves afirmaciones que formuló el acreedor, se ordenará remitir copias a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

Primero. Revocar el Auto 400-012492 de 23 de septiembre de 2015, que dio inicio al proceso de reorganización de la sociedad Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS.

Segundo. Declarar terminado el proceso de reorganización de Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS.

Tercero. Remitir a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, copia de la solicitud de admisión de radicado 2015-01-331611 de 27 de julio de 2015, junto con todos los documentos, y copia del radicado 2015-01-476102 de 4 de diciembre de 2015, con el fin de que se adelanten las diligencias tendientes a establecer si la contabilidad llevada por la empresa Inversiones y Comercializadora del Caribe SAS, cumple con los requisitos legales, al igual que la vinculación de esta con las empresas Grupo Empresarial Bonanova, Proyectos Lúdicos Wall-2, Compuceidaz Comercializadora Internacional SAS, Publicidad Construcciones & Merchandise SAS.

Cuarto. Remitir copia de esta providencia y de los documentos indicados en el ordinal segundo de este apartado resolutivo, a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Quinto. Ordenar la inscripción de esta providencia en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad. Líbrese el oficio correspondiente.

Auto 400-000875 de 20 de enero de 2016

Sujeto del proceso Colregistros SAS

Asunto Compensación de créditos

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Este Despacho se ve frecuentemente llamado a resolver solicitudes tendientes a dejar sin efectos compensaciones y otros negocios y actos jurídicos que buscan la satisfacción de ciertos acreedores del deudor en concurso de manera anticipada. Anticipada, no en el sentido de que sus obligaciones no sean exigibles aún, sino en el sentido de que la extinción de la obligación se produce sin que el acreedor se someta a la disciplina colectiva que implica el concurso. El concurso implica clasificar a todos los acreedores del deudor dentro de unas categorías creadas por la ley, de suerte que el pago de sus obligaciones se efectúe de manera ordenada y respetando una prelación.
2. A pesar de que es entendible que un acreedor busque la satisfacción de su crédito sin someterse a la disciplina concursal, esa actitud menoscabaría gravemente los principios sobre los que descansa el régimen de insolvencia. Estos principios garantizan la eficacia del concurso, en cuanto a la consecución de los fines para los que fue concebido, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 1° de la Ley 1116 de 2006.
3. En particular, si se permitiera la satisfacción de ciertos acreedores antes que la de otros, los principios de universalidad y de igualdad se verían completamente frustrados. El de universalidad, pues en su vertiente subjetiva 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, pues supone que todos los acreedores pertenecientes a una misma categoría reciban un trato equivalente en el escenario concursal.
4. Esto explica que la ley de insolvencia sancione con la ineficacia de pleno derecho todos 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 cumplir cabalmente con su finalidad. Dicha sanción se establece en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual fija los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. Según esta norma, la compensación está dentro de las operaciones pasibles de ser sancionadas con la ineficacia de pleno derecho.

5. Lo anterior por cuanto, como se ha dejado expuesto en otras providencias proferidas por este Despacho, “la compensación, al ser un mecanismo de extinción de las obligaciones, tiene indudablemente unos efectos patrimoniales que son en cierta medida equiparables a aquellos que se producen cuando un deudor paga una obligación adeudada”. Puesto que la compensación no solamente es un modo de extinción de las obligaciones, es decir, satisface la acreencia del acreedor y a la vez libera al deudor, sino que además, tiene un efecto de garantía, esta institución jurídica es de gran importancia en los procesos de insolvencia. Por esa razón, el juez del concurso está llamado a hacer un estudio minucioso sobre la manera como ella opera en cada una de las etapas del proceso concursal.

6. El estudio que el juez del concurso debe realizar, estará siempre determinado por una característica de la compensación que no debe perderse de vista jamás cuando se valora una operación de este tipo en el marco de los procesos de insolvencia: si bien la compensación extingue las obligaciones del deudor, ella no es enteramente equiparable al pago, pues “pagar es un acto de disposición patrimonial efectuado directamente por el deudor, con miras a extinguir una obligación, mientras que compensar es un acto en donde no siempre interviene la voluntad del deudor” .

7. Puesto que la puesta en marcha de la compensación puede hacerse sin que medie la voluntad del deudor, e incluso sin que este sepa, la primera pregunta que debe dilucidar el operador es si la compensación provocada por el acreedor está o no comprendida dentro de las operaciones prohibidas según el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Este Despacho ha sentado en múltiples oportunidades su posición con respecto a este punto. En efecto, el artículo 17 no es aplicable exclusivamente a la sociedad deudora, sino que los acreedores de la misma también pueden caer en su ámbito de aplicación. Así las cosas, la vinculación de los acreedores al proceso sancionatorio descrito en el artículo 17 del estatuto de insolvencia, es perfectamente posible. Ahora bien, dicha vinculación ha de producirse con el respeto de todas las formalidades procesales tendientes a garantizar la protección de los derechos de los acreedores.

8. En virtud de lo anterior, una primera conclusión que se impone en el caso concreto, es que la DIAN, Seccional Bogotá, sería en principio pasible de verse obligada a restituir a la sociedad deudora los dineros que compensó, pues dicha entidad fiscal entraría en el ámbito de aplicación del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

9. Sin embargo, el análisis que debe conducir el juez no puede detenerse ahí. En efecto, es imprescindible determinar el momento preciso en el que el acreedor puso en marcha el mecanismo de compensación, pues diversas consecuencias jurídicas se deducen a partir de esta definición. En el caso particular, el deudor presentó memorial de solicitud de admisión al proceso de reorganización el 19 de agosto de 2015; la resolución de compensación de la DIAN es de 25 de septiembre de 2015 y el auto de admisión al trámite de insolvencia es de 13 de octubre de 2015.

10. Como puede observarse, la autoridad fiscal puso en marcha el mecanismo compensatorio antes de que la sociedad fuera admitida al concurso, y lo hizo amparada en el artículo 861 del Estatuto Tributario. En efecto, la concursada había solicitado a la autoridad la devolución de ciertos saldos a favor el 6 de marzo de 2015, pero dicha entidad atendió el mandato del artículo mencionado que establece que “en todos los casos, la devolución de saldos a favor se efectuará una vez compensadas las deudas y obligaciones de plazo vencido del contribuyente o responsable. En el mismo acto que ordene la devolución, se compensarán las deudas y obligaciones a cargo del contribuyente o responsable”.

11. El problema jurídico que debe resolverse, entonces, es el siguiente: ¿podía la autoridad fiscal compensar legítimamente los créditos en el momento en que lo hizo? Naturalmente, si la compensación hubiera querido hacerse después del auto de admisión, no hubiera sido posible pues la autoridad fiscal hubiera perdido la facultad compensatoria en atención a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

12. Estima el Despacho que, en realidad, dadas las condiciones del deudor el 25 de septiembre de 2015, la autoridad fiscal podía poner en marcha el mecanismo de la compensación, como efectivamente lo hizo, pues su facultad compensatoria estaba incólume al no haber decisión sobre la admisión a la reorganización.

13. Ahora bien, este Despacho resalta que la presente decisión se inscribe perfectamente en la línea de decisiones recientes sobre compensación en el trámite de insolvencia. En particular, el Despacho trae a cita el Auto 400-016975 de 17

de diciembre de 2015. En esa ocasión, el supuesto de hecho sometido a consideración del juez presentaba una similitud con el presente caso, pues una entidad bancaria puso en marcha una compensación en el período comprendido entre la solicitud de admisión al proceso de reorganización y la providencia de admisión al mismo.

Un hecho particular llevó al Despacho, en esa oportunidad, a reprochar ese comportamiento del banco, y es que el deudor había informado por escrito al banco sobre la presentación de la solicitud. En efecto, al expediente en cuestión se arrimó prueba que demostró que el banco supo de la solicitud de reorganización. El banco, ante la inminencia del trámite concursal de la deudora, decidió proceder a efectuar una compensación, al tiempo que revocó unilateralmente un crédito rotativo que había puesto a disposición de su cliente. El Despacho, al observar este comportamiento del banco, pudo deducir que la compensación buscaba expresamente sustraerse de los efectos que la insolvencia del cuentacorrentista suponía.

14. En el presente caso no cabe esa deducción. En efecto, no obra prueba de que la autoridad fiscal haya sido informada de la presentación de una solicitud de admisión al proceso de reorganización por parte de la sociedad deudora y mucho menos puede constatarse que aquella haya buscado sustraerse de los efectos de la inminente insolvencia de esta. Así las cosas, este Despacho no puede emitir reproche alguno al comportamiento de la DIAN seccional Bogotá, por lo que no puede acceder a la petición formulada por la sociedad deudora en memorial de 20 de octubre de 2015.

15. Finalmente, el Despacho aclara que la carga probatoria consistente en demostrar la urgencia, conveniencia y necesidad de tomar una decisión, fue impuesta por la ley de insolvencia al deudor que solicita el levantamiento de una medida cautelar luego de la incorporación de un proceso ejecutivo al trámite de la reorganización. En este caso en particular, las manifestaciones de urgencia, conveniencia y necesidad carecen de relevancia.

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

RESUELVE:

No acceder a la solicitud formulada por la sociedad Colregistros SAS en virtud de lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

Auto 400-000897 de 21 de enero de 2016

Sujeto del proceso Panthers Machinery SAS

Asunto Fiducia mercantil
Objeto de la fiducia

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El proceso de reorganización, como el que adelanta actualmente la sociedad Panthers Machinery Colombia SAS, implica clasificar a todos los acreedores dentro de unas categorías creadas por la ley, de suerte que el pago de sus obligaciones se efectúe de manera ordenada y respetando una prelación. De esa manera, el trámite busca que todos los acreedores se sometan a una disciplina colectiva que impida que uno o algunos de los acreedores obtengan satisfacción de sus créditos. Si ello no fuera así, se menoscabarían gravemente los principios sobre los que descansa el régimen de insolvencia. Estos principios garantizan la eficacia del concurso, en cuanto a la consecución de los fines para los que fue concebido, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 1º de la Ley 1116 de 2006.

2. En particular, si se permitiera la satisfacción de ciertos acreedores antes que la de otros, los principios de universalidad y de igualdad se verían completamente frustrados. El de universalidad, pues en su vertiente subjetiva, 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, pues supone que todos los acreedores pertenecientes a una misma categoría reciban un trato equivalente en el escenario concursal.

3. De lo anterior se desprende que la ley de insolvencia sancione con la ineficacia de pleno derecho, todos 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 cumplir cabalmente con su finalidad. Dicha sanción se establece en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual establece los efectos de la presentación de la so-

licitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. La lectura de ese artículo evidencia que se encuentra prohibido efectuar pagos a acreedores del deudor.

4. En ese orden de ideas, es evidente que la ejecución de las fiducias mercantiles de administración y fuente de pago debe interpretarse de manera especial y diferente en el escenario concursal, pues como se ha dicho en providencias anteriores, el derecho de insolvencia es de naturaleza transitoria y excepcional²³.

5. En efecto, el contrato de fiducia ha sido utilizado para procurar una garantía al acreedor mediante la constitución de un patrimonio autónomo, el cual se destina exclusivamente al pago de la acreencia. Es decir, una parte, que a la postre resulta deudora en un proceso de insolvencia, en calidad de fideicomitente constituye una fiducia cuyo beneficiario es el acreedor, de suerte que a la fiduciaria se le encomienda recibir los bienes fideicomitados, administrarlos y destinarlos al pago de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente. Evidentemente, esta operación jurídica de tres personas (fideicomitente, fiduciario y beneficiario), busca aislar una parte del patrimonio del fideicomitente, de manera tal que la misma sea destinada al pago de los créditos. Teóricamente se busca con ello excluir los bienes fideicomitados de la prenda general de los acreedores del fideicomitente. Ahora bien, esta figura contractual 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.

6. Es por ello que, de vieja data, este Despacho ha sostenido que una vez el fideicomitente se encuentra en insolvencia, la fiduciaria no puede efectuar pagos 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 su crédito sometiéndose a la disciplina colectiva que este implica.

7. Esa es precisamente la situación en la que se encuentra la sociedad Panthers Machinery, quien es fideicomitente en sendos contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago. En particular, las fiducias que

²³ Auto 400-014040 de 21 de octubre de 2015.

fueron sometidas a consideración del Despacho, a efectos de ordenar a la fiduciaria que se abstenga de pagar a los beneficiarios, fueron las constituidas mediante contratos de 28 de mayo y de 30 de diciembre de 2013 (dichas fiducias serán referidas en adelante como Panthers Machinery II la primera y Panthers Machinery III la segunda). Estos contratos pueden verse a partir del folio 1562 del memorial 2015-01-438189 de 4 de noviembre de 2015 y presentan las siguientes características:

Fideicomitente	Panthers Machinery Colombia SAS	Panthers Machinery Colombia SAS
Fiduciaria	Corficolombiana S. A.	Corficolombiana S. A.
Beneficiario	Leasing Corficolombiana S. A. Mediante modificación de 28 de junio de 2013, se incluyó como beneficiario a Balboa Bank & Trust Corp.	LW Latin American Short Duration Fund BV
Bienes fideicomitidos	<ul style="list-style-type: none"> -Aporte inicial de 1 millón de pesos. -Derechos económicos del contrato n°. 5500001039 entre Panthers & Meta Petroleum Corp., celebrado el 15 de junio de 2011, el cual tuvo por objeto la prestación del servicio de alquiler y operación de bombas horizontales para inyección de agua en Campo Rubiales. -Excedentes de tercer orden en la prelación de pagos que corresponden mensualmente al Fideicomitente en el fideicomiso Panthers Machinery Colombia -Rendimientos. -Adiciones que haga el Fideicomitente. 	<p>Derechos económicos derivados del contrato n°. 5500003433 para la prestación del servicio de operación, mantenimiento y servicios integrales de las facilidades de inyección de agua de los PAD 1 y 3 del Área Bloque Quifa, suscrito entre Meta Petroleum Corp. y Panthers Machinery Colombia SAS el 2 de diciembre de 2013. Estos derechos económicos fueron cedidos de manera irrevocable. Los rendimientos generados por los bienes fideicomitidos hacen parte de estos.</p>

Objeto de la fiducia	Transmisión de los derechos económicos del contrato para que la fiduciaria los reciba, administre y destine al pago de las obligaciones adquiridas por el Fideicomitente.	Transferencia de manera irrevocable a la fiduciaria de los bienes fideicomitidos, para que los reciba la Fiduciaria y los administre con la finalidad de servir de fuente de pago de las obligaciones financieras que el fideicomitente adquiera con los beneficiarios de la fuente de pago, mediante la afectación de los bienes que integran el Fideicomiso a dicha finalidad de garantía.
Fecha de celebración	28 de mayo de 2013	30 de diciembre de 2013

8. El análisis de los contratos de constitución de las fiducias Panthers Machinery II y Panthers Machinery III, permite concluir que de permitirse a la fiduciaria la continuación del pago a los beneficiarios, se rompería la igualdad que debe primar entre todos los acreedores, pues se les estarían pagando acreencias que hacen parte del pasivo reorganizable del deudor. En otros términos, se estaría violando el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

9. Por ese motivo, el Despacho accederá a la petición elevada por la sociedad deudora y ordenará a la fiduciaria Corficolombiana que se abstenga de continuar pagando los créditos en cabeza de los beneficiarios de las fiducias Panthers Machinery II y Panthers Machinery III.

10. Ahora bien, el Despacho advierte que la fiduciaria, con la colaboración de la sociedad concursada, deberá determinar la fecha de causación de las obligaciones a cargo de la fideicomitente para con los beneficiarios de los fideicomisos. En efecto, la orden de abstención de pago que se le impartirá a la fiduciaria, se refiere solamente a las obligaciones que hayan sido cau-

sadas con anterioridad a la fecha de admisión de la sociedad al proceso de reorganización, esto es el 27 de noviembre de 2015²⁴. Lo anterior, porque la arquitectura del proceso concursal, en particular según lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, fue concebida tomando en consideración que las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de admisión al proceso de reorganización tienen la calidad de gastos de administración y deben ser atendidas a medida que se van causando. El pago de los gastos de administración se convierte así en testimonio de la viabilidad de la empresa.

11. En ese orden de ideas, los recursos que se encuentren actualmente en los patrimonios autónomos aquí analizados y que debían destinarse a pagar a los beneficiarios, deberán entregarse a la sociedad concursada. Estos dineros deberán ser utilizados por la concursada a efectos de normalizar sus gastos operacionales. Pero la fiduciaria deberá disponer de los recursos necesarios, que ya se encuentren en el patrimonio autónomo o que vayan a ingresar, para pagar a los beneficiarios del fideicomiso que tengan a su favor acreencias causadas con posterioridad al 27 de noviembre de 2015.

12. Ahora bien, en lo que concierne a la petición relativa a que se ordene al Consorcio Colombia Energy y a Meta Petroleum Corp. que los recursos que con ocasión de los contratos n°. 4600000651 y n°. 55000003433 sean entregados directamente a la sociedad en concurso, el Despacho no accederá a la misma.

13. Con respecto al contrato n°. 4600000651, este Despacho observa que no se arrimó prueba ni de la terminación y liquidación del contrato n°. 550001039 con Meta Petroleum Corp., el cual alimentaba originalmente la fiducia Panthers Machinery II, según quedó señalado arriba, ni de que el contrato n°. 4600000651, celebrado entre Panthers y Consorcio Colombia Energy hubiese sido reportado como fuente de pago de la mencionada fiducia. En ese orden de ideas, mal haría el Despacho en emitir una orden de cualquier naturaleza sin que se haya probado que la calidad del destinatario justifique dicha orden. Pero aún si se hubiera probado que el Consorcio Colombia Energy es deudor de la deudora en concurso, y que los derechos económicos de ese contrato fueron afectados a la alimentación de la fiducia, este Despacho no

24 Auto 400-016063.

hubiera podido acceder a la petición de la concursada, por las mismas razones que expondrá en el numeral siguiente.

14. En efecto, con respecto al contrato n°. 55000003433, el Despacho observa que los derechos económicos del mismo fueron cedidos de manera irrevocable al momento de constituir la fiducia Panthers Machinery III, luego tampoco encuentra justificado ordenar al deudor cedido que haga caso omiso de la cesión, y en lugar de pagar al cesionario, pague al cedente. Por ese motivo, no accederá tampoco a esta solicitud.

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

RESUELVE:

Primero. Ordenar a la Fiduciaria Corficolombiana S. A., identificada con el NIT n°. 800.140.887-8, administradora de los recursos del fideicomiso Panthers Machinery II, abstenerse de continuar pagando los créditos causados con anterioridad al 27 de noviembre de 2015 a quienes tienen la calidad beneficiarios del fideicomiso.

Segundo. Ordenar a la Fiduciaria Corficolombiana que entregue todos los dineros que se encuentren en el fideicomiso Panthers Machinery II a la sociedad Panthers Machinery Colombia SAS, excepto aquellos que sean necesarios para cubrir los gastos de administración.

Tercero. Ordenar a la Fiduciaria Corficolombiana S. A., identificada con el NIT n°. 800.140.887-8, administradora de los recursos del fideicomiso Panthers Machinery III, abstenerse de continuar pagando los créditos causados con anterioridad al 27 de noviembre de 2015 a quienes tienen la calidad de beneficiarios del fideicomiso.

Cuarto. Ordenar a la Fiduciaria Corficolombiana que entregue todos los dineros que se encuentren en el fideicomiso Panthers Machinery III a la sociedad Panthers Machinery Colombia SAS, excepto aquellos que sean necesarios para cubrir los gastos de administración.

Quinto. Líbrense los oficios respectivos.

Sexto. Ordenar al promotor-representante legal, rendir un informe al Despacho dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de los dineros cuya entrega se ordena en esta providencia, sobre el destino dado a los mismos junto con los soportes de los pagos.

Séptimo. No acceder a las peticiones formuladas por la concursada con respecto a la sociedad Meta Petroleum Corp. y al Consorcio Colombia Energy.

Acta – Consecutivo 400-000359 de 19 de febrero de 2016

Sujeto del proceso	Daniel Fernando Arenas León
Asunto	Garantías mobiliarias Aplicación de la ley en el tiempo

AUDIENCIA DE RESOLUCIÓN DE OBJECIONES

Fecha	Inicio 30 de diciembre de 2015 – Reanudación 18 de febrero de 2016
Hora	Inicio 3:34 p. m. – Reanudación 10:21 a. m.
Convocatoria	Auto 400-016797 de 14 de diciembre de 2015 Auto 400-001530 de 3 de febrero de 2016
Lugar	Superintendencia de Sociedades en videoconferencia en Barranquilla, Bucaramanga y Medellín
Sujeto del proceso	Daniel Fernando Arenas León
Promotor	Martha Noemí del Espíritu Santo Sanín Posada
Representante legal	N/A
Expediente	77513

OBJETO DE LA AUDIENCIA

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

ESTRUCTURA DE LA AUDIENCIA

(I) Instalación

(II) Desarrollo

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

(III) Cierre

(I) INSTALACIÓN

Presidió esta audiencia el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia.

Preguntó el Despacho si alguno de los presentes en audiencia necesitaba que le fuera reconocida personería para actuar. Se reconoció personería a:

Jaime Andrés Ortiz Núñez	Laad Americas N.V.
Rubén Silva Gómez	Banco Caja Social S. A.
José Joaquín Díaz Perilla	Banco de Bogotá S. A.

(II) DESARROLLO

a) Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y 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 resolutive

RESUELVE:

Primero. Aceptar los allanamientos realizados por la concursada respecto de las objeciones presentadas por los acreedores Banco Agrario de Colombia S. A., Banco Caja Social S. A., Banco de Bogotá S. A., y Banco Lafise Panamá S. A., conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Segundo. Desestimar parcialmente la objeción presentada por Banco Agrario de Colombia S. A., conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Tercero. Aceptar las conciliaciones suscritas entre la apoderada de concursada y Banco Lafise Panamá S. A., Laad Américas N.V. (solo capital), BBVA Colombia S. A., y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Cuarto. Desestimar la objeción propuesta por Laad Americas N.V., frente a los honorarios legales, conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Quinto. Estimar la objeción presentada por Daniel Fernando Arenas León, conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Sexto. Estimar parcialmente la objeción presentada parcialmente por el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Séptimo. Estimar la objeción presentada por Banco Davivienda S. A., y aceptar la ejecución de la garantía, conforme lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Octavo. Ordenar a la promotora 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.

Noveno. 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.

Décimo. Advertir 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 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.

Parágrafo Primero: 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.

Parágrafo Segundo: 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 y, 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.

La decisión quedó notificada y frente a la misma se presentaron solicitudes de aclaración por parte del Banco Lafise Panamá S. A., de adición por parte del Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., y recursos de reposición por parte del Banco Agrario de Colombia S. A., y la apoderada del deudor.

En virtud de la complejidad del proceso, los activos comprometidos y el impacto social que tiene la reorganización, no solo de Campollo S. A., sino de los patrimonios que fueron coordinados, el Despacho suspendió la audiencia y procedió a fijar mediante auto nueva fecha y hora para reanudar la misma.

A las 5:31 p. m., se dio por levantada la sesión. La audiencia se reanudó el 18 de febrero de 2016 a las 10:21 a. m.

Instalada la audiencia, intervino el apoderado de Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., quien precisó los montos de las obligaciones adeudadas y como quiera que se adeuda un menor valor, desistió de la objeción y de la adición presentada.

b) Resolución de la solicitud de aclaración

Durante el trámite de la audiencia de resolución de objeciones se presentó una solicitud de aclaración.

I. Solicitud de aclaración interpuesta por el Banco Lafise Panamá S. A.

1. El apoderado solicitó aclaración y corrección del auto dictado en audiencia en el sentido de precisar que el crédito a favor de su representado no fue garantizado mediante hipoteca, por lo que se trata de un crédito quirografario instrumentado en un contrato de fianza suscrito por el deudor Daniel Fernando Arenas León, como garantía de las obligaciones que adquirió Campollo S. A.

Solicitó también que se aclare que el monto de capital expresado en pesos, correspondiente a \$1.756.273.279,345, para efectos de la presentación de los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, pues en realidad el monto adeudado es en dólares, por la suma de USD\$859.034,74.

2. El Despacho consideró que le asiste razón al solicitante, toda vez que revisado el expediente, se encontró que entre las partes existe un contrato de fianza que garantiza la obligación en dólares a favor de la entidad financiera que debe ser reconocida en quinta clase, pues no existe hipoteca que permita sostener su graduación en tercera clase.
3. En consecuencia, se corregirá el auto dictado en audiencia en el sentido de reconocer a Banco Lafise Panamá S. A. como titular de un crédito en quinta clase por la suma de USD\$859.034,74, valor que deberá ser convertido a pesos colombianos teniendo en cuenta la TRM del día anterior a la admisión al proceso de reorganización, para efectos de la presentación de los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto.

c) Resolución de los recursos de reposición

Contra la providencia se interpusieron tres recursos de reposición.

I. Recurso de reposición interpuesto por Laad Américas NV

1. El apoderado indicó que en la parte resolutive del auto dictado en audiencia, se aceptó la conciliación celebrada entre las partes y se ordenó reconocer a Laad Américas NV como acreedor quirografario por la suma de USD\$2.500.000.

Sin embargo, en la providencia se graduó al acreedor en quinta clase, cuando en realidad le correspondía estar en la tercera clase, en virtud de una hipoteca constituida mediante Escritura Pública 1290 de 24 de junio de 2013, de la Notaría 9ª de Bucaramanga, hipoteca que gravó el inmueble denominado Argentina, identificado con MI 300-81697. Adujo que todo lo anterior quedó debidamente consignado en el acta de conciliación, razón por la cual solicitó que se revocara el auto parcialmente, aclarando que el crédito de Laad Américas pertenece a la tercera clase y no a la quinta.

2. El Despacho consideró que le asiste razón al recurrente, por cuanto consta en el expediente, al igual que en la referida acta de conciliación, que dicha obligación está respaldada mediante hipoteca debidamente constituida.
3. En ese orden de ideas, prosperó el recurso y en consecuencia el Despacho revocó parcialmente el auto atacado y ordena que se reconozca a Laad Américas NV en tercera clase por la suma de USD\$2.500.000.

II. Recurso de reposición interpuesto por el Banco Agrario de Colombia S. A.

1. El apoderado interpuso recurso de reposición debido a que este Despacho decidió rechazar la objeción propuesta, la cual versaba sobre el reconocimiento de unas obligaciones solidarias a favor del Banco y a cargo del deudor Daniel Fernando Arenas León.

Manifestó en su recurso que el Despacho rechazó la objeción a pesar de que fueron aportadas copias de los títulos valores de donde emanan las obligaciones pretendidas, de conformidad con lo establecido por la Ley 1116 de 2006.

Señaló que el Despacho, en otras ocasiones, ha aceptado que el título valor puede aportarse al expediente mediante copia simple, como de hecho se hizo en el caso de Campollo S. A., donde se otorgó pleno valor probatorio a las copias. Lo anterior además soportado en la regla prescrita por el Código General del Proceso.

En resumen, consideró el recurrente que con los documentos presentados se acreditó la existencia de una obligación clara, expresa y exigible en calidad de codeudor a cargo de Daniel Fernando Arenas León, lo que significa que el Banco cumplió con su carga procesal.

El recurrente apoyó su solicitud en los siguientes argumentos:

- a) Al momento de pronunciarse sobre la objeción, durante el traslado, el deudor no discutió el valor de las obligaciones ni la calidad de deudor solidario del señor Arenas, es decir operó un reconocimiento implícito de la deuda.

b) El Despacho rechazó el crédito en razón de que en la contabilidad del deudor no aparecía registrada la deuda, pero eso implica imponer la carga de la prueba en el acreedor de demostrar que la contabilidad está bien llevada. Eso haría que todos los títulos valores fueran complejos, porque deberían analizarse conjuntamente con la contabilidad del deudor.

c) Los créditos cuyo reconocimiento se solicitó son derivados de la solidaridad. Según las normas contables, ese tipo de deudas no se registran como un pasivo, sino que se llevan a las cuentas de orden o se inscriben como una contingencia.

d) Debe primar el principio de igualdad pues en el proceso de Campollo S. A. fueron admitidas unas facturas en copia para demostrar la existencia de la acreencia.

2. Durante el traslado la apoderada del deudor manifestó que a pesar de que la decisión es a su favor, se debe tomar en consideración que el artículo 619 del Código de Comercio está vigente, por lo que es imperativo que, para su cobro, el título valor sea exhibido en original.

3. El Despacho precisa que, en efecto, operó recientemente un cambio en su jurisprudencia con respecto a la posibilidad de acreditar con copias la existencia de los créditos en el trámite de la insolvencia del deudor.

Durante la audiencia que quedó consignada en Acta 400-002129 de 30 de octubre de 2015, el Despacho se apartó de la regla previa en lo que se refiere a la naturaleza del documento que debe aportarse para soportar el reconocimiento de un crédito.

En esa oportunidad, el Despacho se preguntó si la exigencia del artículo 48.5 de la Ley 1116 de 2006, pues se trataba allí de una liquidación, implicaba necesariamente que existiera un título valor en original pues, en realidad, la literalidad de la norma indica que compete al acreedor acreditar la existencia y la cuantía del crédito, sin que se llegue a fijar un especial medio de prueba como tarifa legal. El Despacho consideró que la presentación del título valor en original no era imperativa, pues “[a]l respecto, corresponde al operador judicial para cada caso en particular establecer si a su juicio, y evidentemente dentro de los parámetros de la lógica y preservando la finalidad

última del concurso, la prueba presentada resulta aceptable". Esta flexibilización probatoria tuvo por fundamento la entrada en vigencia del Código General del Proceso que, como se sabe, buscó dinamizar las instituciones procesales con el fin de privilegiar la eficacia de los derechos sustanciales.

4. En efecto, el artículo 245 del Código General del Proceso prevé que *"[l]os documentos se aportarán al proceso en original o en copia. Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello"*.

No se trata de una decisión caprichosa del legislador procesal, sino de una verdadera política legislativa de supresión de formalismos, uno de cuyos precedentes se encuentra en la propia Ley 1395 de 2010, artículo 11, y que se concretó en normativas posteriores, como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, artículo 215, norma esta última derogada expresamente por el Código General del Proceso, que finalmente regló el asunto en los términos expuestos.

5. Así las cosas, en el citado proceso en el que se varió la regla, el Despacho admitió la prueba de la existencia y la cuantía del crédito con base en un pagaré presentado en copia auténtica, con base en las previsiones contenidas en los artículos 252 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Otro tanto ocurrió en el caso de Campollo S. A., en donde el Despacho tomó nota del reconocimiento que hizo el deudor del instrumento aportado en copia simple (facturas), a pesar de disentir en el monto de la obligación, y esto lo permitía expresamente el artículo 268.3 del Código de Procedimiento Civil. En este último caso, además, la obligación constaba en la contabilidad de la sociedad deudora, y fue de este análisis en conjunto que emergió la decisión de tener por acreditada la obligación.

Fue en esos términos que el Despacho flexibilizó la regla atinente a la prueba de la existencia y la cuantía de un crédito. El giro consistió en revisar el entendimiento generalizado según el cual los acreedores deben acreditar las obligaciones a su favor siguiendo las pautas probatorias de los títulos ejecutivos y de los títulos valores, como si el concurso recuperatorio fuera una acumulación de ejecuciones, cuando no hay tal ni en la reorganización ni en la liquidación judicial.

En suma, el Despacho se limitó a aplicar la normatividad procesal vigente, lo que supuso una variación en la regla, fundada en la objetiva existencia del régimen de la prueba documental y de la carga que la ley concursal les asigna a los acreedores de acreditar la existencia y cuantía de las obligaciones a su favor.

6. Ahora bien, el régimen al cual están sometidos los títulos valores según el Código de Comercio impone la obligación de exhibir el título para efectos de ejercer el derecho allí consignado (artículo 624). La interpretación que el Despacho ha hecho suya no riñe con el régimen del Código de Comercio, en el sentido de que sigue siendo necesaria la exhibición del título, solo que se permite que el título exhibido no sea el original, de acuerdo con lo manifestado anteriormente.
7. En el ordenamiento jurídico colombiano, se reiteró, existe una regla que frecuentemente es citada en los procesos concursales para dirimir controversias atinentes al reconocimiento de créditos a cargo del deudor en insolvencia. Se trata de la norma referente al título ejecutivo, como piedra angular de los procesos ejecutivos, contenida en el derogado artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, y que obra en el artículo 422 del Código General del Proceso. Así, en el foro concursal, frecuentemente los litigantes hacen referencia a la obligación “expresa, clara y exigible”. Sin embargo, el Despacho aclaró que la norma sobre títulos ejecutivos no es realmente aplicable en sede de insolvencia, pues en los procesos concursales basta con que el acreedor pruebe la existencia y cuantía de la obligación.

Es por ello que el Despacho, al operar el cambio de posición aclaró, en la citada audiencia de octubre de 2015, que *“[e]s pertinente admitir que por la naturaleza misma del entramado de las relaciones derivadas del concurso, no puede el proceso de insolvencia asimilarse en su totalidad a un proceso ejecutivo, intentando aplicar sus instituciones a pies juntillas, sino que por el contrario, debe darse preferencia a cumplir con la finalidad de la liquidación [o léase también la reorganización] que no es otra distinta a la satisfacción del crédito, en la mayor medida posible”*.

8. De otra parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 629 del Código General del Proceso, el recurso interpuesto está bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil y debe aplicarse dicha normatividad para su reso-

lución. En ese sentido, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, establece que las copias tienen el mismo valor probatorio que los originales (i) cuando son autorizadas por notario, directivo de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada, (ii) cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, y (iii) cuando sean compulsadas del original o copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley diga otra cosa.

A su vez, como se indicó en el auto recurrido, el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil establece que los documentos privados pueden aportarse en copia en unas situaciones determinadas, a saber (i) los que hayan sido protocolizados, (ii) los que formen parte de otro proceso del que no puedan ser desglosados, siempre que la copia se expida por orden de juez competente y (iii) aquellos cuyo original no se encuentre en poder de quien los aporta. En este caso para que la copia preste mérito probatorio será necesario que su autenticidad haya sido certificada por notario o secretario de oficina judicial, o que haya sido reconocida expresamente por la parte contraria o demostrada mediante cotejo.

De lo anterior, se colige como regla general que las copias tienen aptitud probatoria, siempre que concurren algunas condiciones, precisamente las que se vienen de reseñar. Similar regla trae el Código General del Proceso, que acepta que se puedan aportar los documentos en original o en copia, pero obliga al aportante de una copia a indicar dónde se encuentra el original. Es decir, el nuevo ordenamiento procesal profundiza la desformalización en el sentido de reducir al mínimo las cargas del sujeto que aporta la copia.

9. Así las cosas, queda claro que los requisitos para hacer valer un crédito en los procesos de insolvencia no son los mismos que debe reunir el título ejecutivo. De ahí que el Despacho haya decidido que en los procesos de insolvencia, los títulos valores puedan ser exhibidos en copia, pero siempre que se cumpla con las cargas procesales previstas en la ley aplicable. En el caso de la insolvencia de Daniel Fernando Arenas León, el acreedor pretende el reconocimiento de su crédito con base en la mera exhibición de una copia simple.

El Despacho, en un análisis exhaustivo de la situación de quien se pretende acreedor, llegó incluso a estudiar la contabilidad del deudor para determinar si el crédito se encontraba allí relacionado para, haciendo el análisis conjunto del material probatorio, en los términos en que se hizo en el proceso de Campollo S. A. Esta gestión oficiosa del Despacho no se hizo para rechazar el crédito en virtud de la ausencia de asiento contable, convirtiendo así el pagaré en un título complejo, como lo aseguró el recurrente, sino con la finalidad de valorar distintos medios de convicción que le permitieran llegar a una conclusión plausible.

10. No obstante las consideraciones procesales respecto al aporte de copias al proceso de insolvencia, debe hacerse referencia a la norma sustancial que regula lo atinente a los títulos valores, pues por el hecho de haber sido admitido al proceso de reorganización, la naturaleza de los mismos no se desvirtúa o modifica, y como se indicó anteriormente, la posición tomada por el Despacho no riñe con las prescripciones del Código de Comercio.

Es así como el estatuto comercial, respecto de los títulos valores, prescribe en el artículo 647 que *“Se considera tenedor legítimo del título quien lo posea conforme su ley de circulación”*. Además, el artículo 624 indica que *“El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo”*, lo que quiere decir, que para que el acreedor, quien debe ser el tenedor legítimo del título valor, pueda satisfacer su crédito dentro del proceso de insolvencia, debe exhibir el título valor que contiene el derecho que pretende ejercer.

No puede olvidarse además que el artículo 625 ejúsdem prescribe que *“Cuando el título se halle en poder de otra persona distinta del suscriptor, se presumirá su entrega”*.

De ahí que el tenedor legítimo del título valor es quien lo detente conforme a la ley de circulación y pueda exhibirlo para ejercer los derechos que este incorpora. En el examen que nos ocupa, el Despacho no tiene elementos de juicio suficientes para determinar que el aportante de la copia del título valor es el tenedor legítimo del mismo. En efecto, el Despacho no puede determinar si el título ha comenzado a circular según ley de circulación. En otras palabras, no es posible determinar si el título ha sido entregado a

otra persona, quien sería la encargada de ejercer los derechos en él incorporados como tenedora legítima.

11. Después de analizar el expediente en su conjunto, el Despacho no encontró razón alguna para revocar su decisión. El recurso de reposición fue desestimado porque aunque ahora sea posible el reconocimiento de un crédito sin la exhibición del soporte original, tal situación solo admisible cuando el acreedor haya cumplido con ciertas cargas, que en el nuevo estatuto procesal se contraen a justificar la razón por la cual no se aportó el original, indicando dónde está.
12. En consecuencia, al no estimar el recurso, tampoco prosperó la objeción, por lo que se ordenó a la promotora reconocer al Banco Agrario de Colombia S. A. en quinta clase por la suma \$21.616.141.271.

III. Recurso de reposición interpuesto por la apoderada del deudor

1. La apoderada del deudor interpuso recurso de reposición frente a lo decidido respecto del Banco Colpatría Multibanca Colpatría S. A. y del Banco Davivienda S. A., utilizando los mismos argumentos para oponerse a las peticiones de los dos bancos. Estos argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

a) La premisa del Despacho de que los artículos 50, 51 y 52 de la ley de garantías mobiliarias son aplicables a la persona natural no comerciante no es clara, máxime si se tiene en cuenta un precedente del mismo Despacho, en el que el 15 de julio de 2015 se dijo expresamente que dos (2) condiciones eran necesarias para la aplicación del régimen de garantías mobiliarias, a saber, (i) que se tratara de un deudor que desarrolle una actividad económica; y (ii) que el bien objeto de garantía sobre el cual se solicita la ejecución sea indispensable para aquel en el desarrollo de la actividad económica que constituya su objeto social. Según la recurrente, si no se sigue este precedente se estaría violando el principio de igualdad.

b) El deudor no presentó ninguna información sobre si los bienes son necesarios o no y el juez del concurso no puede arrogarse una competencia que no tiene. Mencionó tanto el caso del Banco Davivienda como el caso del Banco Colpatría Multibanca Colpatría S. A., para decir que puesto que

no hubo pronunciamiento ni de deudor ni de acreedores, sobre la necesidad del bien, el juez no puede asumir esta competencia, pues al acceder a las solicitudes de los bancos, implícitamente se está conceptuando sobre la necesidad del bien.

c) Adujo finalmente que si la Superintendencia decide permitir la aplicación de los mencionados artículos de la ley de garantías mobiliarias a la persona natural no comerciante, debe entonces también permitir la aplicación del decreto reglamentario y reconocer los créditos en segunda o tercera clase solo hasta el valor de los bienes dados en garantía, y no como se ha venido haciendo.

2. Durante el traslado, tanto la apoderada del Banco Davivienda, como el apoderado del Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., hicieron manifestaciones tendientes a desvirtuar los argumentos de la apoderada del deudor.

3. Banco Davivienda S. A., solicitó que se mantuviera la decisión de ejecución de la garantía, mientras que el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., solicitó el reconocimiento de los intereses de su crédito. Los argumentos de los apoderados de los bancos se pueden resumir así:

a) La ley de garantías mobiliarias tiene por objeto, no solo facilitar el crédito, sino también el cobro o recuperación de la cartera.

b) No puede haber una aplicación divisible de la ley. Si el deudor se acogió a los términos de la Ley 1116 de 2006, no puede ahora sustraerse a la parte del régimen que no le conviene.

c) El juez del concurso tiene la posibilidad de apartarse de sus precedentes.

d) El artículo 532 del Código General del Proceso hizo una remisión integral al régimen de la Ley 1116 de 2006 para las personas naturales no comerciantes que tengan la calidad de controlantes de sociedades o que formen parte de un grupo de empresas. La insolvencia de la persona natural no comerciante controlante es una insolvencia asociada a la insolvencia de la empresa. Puesto que la remisión del Código General del Proceso no prevé ninguna distinción, no le es dable al intérprete hacerla, y más si se atienden los lineamientos de los artículos 27 y siguientes del Código Civil.

e) En cuanto al tema planteado por la apoderada de la deudora respecto de la aplicación de la ley de garantías en el tiempo, el problema de las garantías mobiliarias constituidas antes de la entrada en vigencia de la ley no es un asunto de aplicación retroactiva, sino de aplicación retrospectiva de normativa.

f) Los créditos de los bancos son hipotecarios, por lo tanto su situación se encuadra en la definición de garantía real de que trata el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013. Además, dicha norma no distingue entre las garantías mobiliarias y las inmobiliarias, por lo que el intérprete no debe hacerlo. El Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A., concluyó su apoderado, tiene entonces derecho al reconocimiento del capital y los intereses.

g) El objeto de los procedimientos es la garantía de los derechos sustanciales, por lo que no puede dejar de aplicarse la ley de garantías mobiliarias solo porque no se predica actividad económica de la persona natural no comerciante.

h) El contrato se debe interpretar conforme al principio de utilidad y conservación del acto jurídico.

i) El objeto de los procedimientos en materia de insolvencia, es también la protección del crédito.

4. Como se puede observar, el debate relativo al régimen de garantías mobiliarias gira en torno a dos cuestiones: por un lado, la aplicación de la ley en el tiempo, y por el otro, la aplicación de ciertos artículos de la ley a la persona natural no comerciante. El Despacho se ocupó entonces de estos dos aspectos atinentes al nuevo régimen de garantías mobiliarias.

Puesto que la ley de garantías mobiliarias fue recientemente objeto de reglamentación a través del Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015, el Despacho aprovechó la oportunidad que supone el presente trámite, para estudiar en detalle el ámbito de aplicación del nuevo régimen de garantías mobiliarias en lo que atañe al derecho de insolvencia. No se pretendió ser exhaustivo, por cuanto el Despacho centró su argumentación en resolver el debate que han planteado las partes en este proceso.

Para resolver, considera el Despacho que

La expedición de la ley de garantías mobiliarias y del decreto de reglamentación que la acompaña fuerza a este Despacho a emprender un estudio para establecer las condiciones de eficacia de las garantías mobiliarias en el concurso, a través de la determinación del tratamiento que recibe el acreedor garantizado en el marco de estos procesos. Para este efecto, en primer lugar (i) se analizará 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 harán unas (ii) precisiones respecto de los ámbitos de aplicación temporal y personal del estatuto de garantías en el concurso.

(i) Sobre el concepto de acreedor garantizado

(a) El acreedor garantizado es el beneficiario de garantías mobiliarias

Para efectos de claridad conceptual, en primer término deberá precisarse el sentido de lo que la Ley 1676 de 2013 entiende por acreedor garantizado.

El concepto de acreedor garantizado fue expresamente definido y corresponde a aquel *“en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin tenencia”* (artículo 8º, Ley 1676 de 2013) y, por lo tanto, es la nomenclatura que debe ser empleada en este contexto.

Así, el mismo artículo 3º de la Ley de garantías mobiliarias indica expresamente que *“Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley”* (énfasis añadido).

Según el referido texto, la calidad de acreedor garantizado depende necesariamente de la constitución de una garantía mobiliaria al amparo de la Ley 1676 de 2013, con o sin tenencia, es decir, se refiere clara y expresamente al titular de una garantía constituida sobre un bien mueble.

En consecuencia, mal puede extenderse dicha calificación al acreedor concursal con garantía inmobiliaria, como el hipotecario, a pesar de que ambos puedan llegar a tener derechos similares en el contexto de la insolvencia.

(b) La figura del acreedor garantizado absorbió a la del acreedor prendario

Del citado artículo 3° de la ley de garantías mobiliarias se desprende, entre otras conclusiones, que el concepto de “acreedor garantizado” comprende todas aquellas categorías de acreedores respaldados por otro tipo de cauciones sobre bienes muebles, como los acreedores prendarios. En otras palabras, la Ley 1676 de 2013 recalificó el negocio prendario, y a partir de la entrada en vigencia de dicha ley la tradicional prenda fue absorbida por la garantía mobiliaria, que se erige en principal instrumento de aseguramiento del crédito con bienes muebles. Absorción, pero no sustitución.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley de garantías mobiliarias subsistieron diversas disposiciones del régimen anterior que ni fueron derogadas expresamente ni contradicen la literalidad ni el espíritu de las nuevas reglas sobre la garantía mobiliaria.

En efecto, la ley de garantías mobiliarias, contiene, en su artículo 91, un régimen de derogatorias que puede esquematizarse en los siguientes términos:

(i) Normas derogadas expresamente

Código Civil	
Artículo	Contenido
2414	Prenda sobre crédito
2422 inc. 2	Remate de la cosa empeñada y prohibición de pacto comisorio
2427	Efectos de la insuficiencia del precio obtenido en el remate
Código de Comercio	
Artículo	Contenido
1203	Estipulaciones ineficaces
1208	Formalidades y oponibilidad
1209	Contenido del documento
1210	Reglas relativas al registro

(ii) Normas modificadas expresamente

Código Civil	
Artículo	Contenido
2425	Valor del bien para adjudicación directa

Código de Comercio	
Artículo	Contenido
1213	En cuanto remite al registro mercantil

Por fuera queda un tercer grupo de normas que no fueron modificadas ni derogadas expresamente por la ley de garantías mobiliarias, y que deben subsistir dentro del contexto de dicho régimen, entre las cuales se encuentran las siguientes:

(iii) Normas no derogadas ni modificadas expresamente

Código Civil	
Artículo	Contenido
2409	Concepto
2410	Accesoriedad
2411	Carácter real
2412	Capacidad para preñar
2413	Capacidad para preñar
2415	Prenda sobre bien de tercero
2416	Prenda sobre bien de tercero
2417	Prenda contra la voluntad del deudor
2418	Pérdida de tenencia del acreedor
2419	Conservación del bien preñado
2420	Responsabilidad del acreedor preñario
2421	Alcance de la garantía preñaria
2422	Venta en pública subasta
2423	Venta en pública subasta
2424	Pago para evitar pública subasta
2426	Restitución del bien preñado
2428	Restitución del bien preñado – frutos

2429	Venta del bien prendado por el deudor
2430	Indivisibilidad de la prenda
2431	Extinción de la prenda
2497 y 2498	Ubicación de los créditos prendarios en la segunda clase de la prelación de créditos

Código de Comercio	
Artículo	Contenido
1200	Alcance de la prenda, con y sin tenencia
1201	Prenda de cosa ajena
1202	Subasta del bien prendado
1204	Prenda con tenencia
1205	Alcance de la garantía prendaria
1206	Acción prendaria con tenencia - 4 años
1207	Prenda sin tenencia
1211	Prelación de prendas
1212	Responsabilidad del deudor con tenencia
1214	Prenda sobre muebles reputados inmuebles
1215	Prenda sobre frutos o productos
1216	Venta del bien prendado por el deudor
1217	Inspección a los bienes prendados
1218	Enajenación según el contrato
1219	Garantía de obligaciones futuras
1220	Acción prendaria sin tenencia – 2 años

Como se ve, la Ley 1676 de 2013 derogó expresamente unas normas, modificó expresamente otras y omitió aludir a la gran mayoría de las disposiciones sobre prenda en los códigos Civil y de Comercio. Así, el citado artículo 91 de la ley de garantías mobiliarias contiene una cláusula de derogatoria tácita, que en su literalidad dispone que dicha ley “*deroga expresamente las disposiciones que le sean contrarias*”, luego de lo cual incorpora la lista ya referida de normas “*especialmente*” derogadas.

De esta fórmula de derogatoria se concluye que la misma opera para cuerpos normativos distintos de aquellos cuyas normas fueron derogadas o modificadas

expresamente, esto es, Código Civil y Código de Comercio, ya que respecto de estos dos estatutos el legislador se tomó el trabajo de precisar las normas intervenidas. Si a esto se suma la pauta de interpretación según la cual *“cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda (...) dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias”* (art. 3º, inc. 3º), es claro entonces que el legislador subsumió a la prenda en el concepto de garantía mobiliaria, ciertamente más amplio, pero a través de una fórmula que no pasa por la derogación de la totalidad de las normas de los códigos Civil y de Comercio que aluden a la prenda, sino por su integración a un régimen armónico que la propia ley denominó *“sistema unitario de garantías sobre los bienes muebles”*, que así se denomina el Capítulo II del Título I de la Ley 1676 de 2013.

En suma, entonces, la integración de las normas de los mencionados estatutos con las contenidas en la ley de garantías permite concluir que el negocio jurídico prendario fue recalificado como garantía mobiliaria y sus contornos fueron ampliados de manera significativa, de suerte que las normas previas sobre prenda que no fueron derogadas y las de la Ley 1676 de 2013 conforman un sistema único.

(c) Ubicación de los créditos respaldados con garantías mobiliarias y garantías hipotecarias en el contexto de la prelación legal de créditos

La discriminación entre clases de acreedores en el ordenamiento jurídico colombiano tiene fuente legal. El propio Código Civil prevé la existencia de la prelación de créditos, entendida como el sistema de ordenación de deudas para su pago, en atención a condiciones objetivas o subjetivas de cada crédito.

Es así como el Código Civil distingue entre acreedores de primera, de segunda, de tercera, de cuarta y de quinta clases, y dentro de cada clase, reconoce distintos órdenes que tienen reglas especiales de preferencia.

Los regímenes concursales han asignado además un tratamiento especial, con pago preferente, a créditos que se encuentran por fuera de este abanico. Es el caso de los gastos de administración, que según lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, se refiere a los créditos nacidos luego del inicio del proceso de insolvencia, que deben ser pagados a medida que se vayan

causando. Es también el caso de los créditos y de los bienes excluidos de la masa, según lo regula expresamente, entre otras disposiciones, el artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, tal como se expuso, la Ley 1676 de 2013 no derogó la prelación legal de créditos del Código Civil, como además lo dijo la Corte Constitucional²⁵, pero sí 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.

Así las cosas, una vez reconocido en el concurso, el acreedor con garantía sobre mueble debe ser incluido en la calificación y graduación de créditos como titular de un crédito garantizado en la segunda clase, que es la que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 2497 del Código Civil. De igual manera, y teniendo en cuenta que los acreedores con garantía sobre bienes inmuebles no están comprendidos en la categoría de acreedores garantizados ni son asimilables a estos, a ellos les corresponderá la tercera clase dentro de la prelación legal. De esta manera, se tiene:

Segunda Clase	Acreedor garantizado
Tercera Clase	Acreedor hipotecario

(d) Las garantías sobre bienes inmuebles en la Ley 1676 de 2013

La posibilidad de amparar, bajo la normativa de la Ley 1676 de 2013, los negocios de garantía que recaigan sobre *bienes inmuebles*, solo está prevista para el contexto concursal.

En efecto, los artículos 50, 51 y 52 del estatuto de garantías hacen referencia a la garantía real²⁶, sin que se haya propuesto definición alguna. Dicha mención solo opera en la órbita concursal como mecanismo ideado por el legislador para extender algunos beneficios de las garantías mobiliarias a

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-447 de 2015.

²⁶ Los artículos 58 y 61 de la Ley 1676 de 2013 contienen la expresión *garantía real*, pero para efectos de remitir a las normas del Código General del Proceso que regulan la figura de la realización especial de la garantía real (artículos 467 y 468, C. G. P.). Para conocer la evolución del proyecto en el trámite legislativo, vid. *Gacetas del Congreso* 69 de 2012; 288 de 2012; 320 de 2012; 872 de 2012; y 918 de 2012.

los acreedores beneficiarios de hipotecas, en el contexto de los procesos de insolvencia.

En la redacción original, todo lo atinente a insolvencia estaba recogido en el artículo 52 del proyecto, que disponía que: *“La prelación de las garantías mobiliarias en los procesos de insolvencia, se sujetará a lo previsto en esta ley, sin perjuicio de la aplicación de las reglas pertinentes contenidas en la Ley 1116 de 2006”*.

Se trataba de una regla mínima que simplemente comunicaba los dos regímenes, de garantías y de insolvencia, para decir que en la insolvencia debían observarse las reglas sobre prelación de garantías contenidas en dicho estatuto, sin perjuicio de las normas concursales aplicables.

Sin embargo, en la ponencia para tercer debate, que correspondió al primero en la Cámara de Representantes, se eliminó el artículo 52 original, contenido en el Título V, sobre *“reglas de prelación”*, y se introdujo todo un nuevo capítulo, el Capítulo II, referente a *“garantías en los procesos de insolvencia”*, compuesto por tres artículos, 50, 51 y 52, que regulan el asunto, respectivamente, en reorganización empresarial, validación de acuerdo extrajudicial y liquidación judicial²⁷.

Esta modificación en el contenido del estatuto de garantías, introducida en el tercero de cuatro debates en el Congreso de la República, implica una disciplina de interpretación distinta a la aplicada a las garantías sobre muebles porque, a diferencia de lo previsto para estas, para los inmuebles no se articuló el andamiaje normativo ab initio, de manera que lo que se concluyó respecto del negocio jurídico de prenda no es extrapolable al negocio jurídico de hipoteca, que no sufrió mutación ninguna salvo para efectos concursales.

27 *“Se introducen tres artículos nuevos, en el título sobre “Reglas de prelación” referidos al tratamiento de las garantías reales en la insolvencia, haciendo armónico el régimen de insolvencia empresarial con la reforma al régimen de garantías propuesto en este proyecto de ley. Los nuevos artículos se identifican con los números 50, 51 y 52 del texto propuesto.*

“Los artículos introducidos, hacen referencia al tratamiento de los bienes gravados en los procesos de insolvencia, a los efectos de paralización por efecto de la apertura del proceso de reorganización empresarial y de validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización y el tratamiento de los bienes gravados cuando ellos hacen parte de la unidad de explotación económica en los procesos de liquidación judicial. Al igual que lo hace el régimen propuesto en este proyecto de ley para las ejecuciones de carácter individual, respecto de la protección que se otorga por depreciación del bien o por riesgo de pérdida, o enajenación, dicha protección se armoniza también para las ejecuciones colectivas de que trata el régimen de insolvencia empresarial”, Gaceta del Congreso, nº. 872, de 3 de diciembre de 2012, Informe de ponencia para primer debate en Cámara, Proyecto de Ley 143 de 2012, Cámara de Representantes.

(II) SOBRE LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN OBJETIVO Y TEMPORAL DE LA LEY DE GARANTÍAS

El artículo 2º 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 retrospectiva²⁸ 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.

Ahora, respecto de garantías inmobiliarias que, como se dijo, solo operan en el contexto concursal, las reglas de vigencia en el tiempo son distintas, en razón de la materia, por lo que se impone un análisis más detallado.

El estatuto de garantías no dispuso una norma especial para regular la vigencia de la ley en el tiempo respecto de hipotecas preexistentes, como sí lo hizo con las garantías mobiliarias, de manera que corresponde al intérprete determinar si las reglas previstas en los artículos 84 y 85 son aplicables, por extensión, a las garantías inmobiliarias.

28 Para la Corte Suprema de Justicia, *“la aplicación de la ley nueva a las situaciones jurídicas que vienen del pasado, se concreta, claro está, a los efectos y a la extensión del derecho respectivo, que quedan sometidos al marco normativo que ella establece, sin que ello indefectiblemente implique retroactividad. (...) Es lo que en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han denominado retrospectividad y que un sector de la dogmática internacional califica como materialización de la ‘retroactividad no genuina’ –o de primer grado o débil–, admisible, ello es capital, cuando se trata de proteger la dignidad del ciudadano y cuando a nadie perjudica, por oposición a la ‘retroactividad genuina’ –o de segundo grado o fuerte–, esta sí inadmisibles”*, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de octubre de 2005, Exp. 00591. En el mismo sentido, Vid. Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de agosto de 2014, Exp. 00936. Por su parte, la Corte Constitucional ha precisado que: *“El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aun no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados”*, Sentencia T-110 de 2011.

Sobre este particular, encuentra este Despacho que no. No es posible extender las pautas de vigencia de la ley previstas para las garantías mobiliarias, a las garantías inmobiliarias, porque estas últimas son incompatibles con las reglas de oponibilidad y registro de las garantías sobre muebles, de manera que la inserción por ministerio de la ley de las reglas de prelación de garantía y la retrospectividad del mecanismo de ejecución previo registro, contenidas en el artículo 85, no se extienden a la garantía hipotecaria.

¿Cuál es, entonces, el régimen de vigencia de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013, respecto de la garantía constituida sobre bienes inmuebles? Como quiera que la normativa no previó nada sobre el particular, debe el intérprete elucidar su vigencia a partir del principio de irretroactividad de la ley, según el cual *“la nueva ley no puede desconocer derechos, hechos jurídicos y relaciones jurídicas, válidamente formados bajo el imperio de la ley anterior, ni los efectos que estos hayan producido bajo su vigencia”*²⁹. Según esto, entonces, al no haber previsto el legislador de manera expresa reglas sobre aplicación de la ley en el tiempo para las garantías inmobiliarias, se impone concluir que respecto de ellas no cabe consideración distinta a su efecto a futuro o ex nunc, en obsequio a la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley contenida en el artículo 58 Superior.

De lo anterior se desprenden varias consecuencias en el contexto concursal, así:

- (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.

29 Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro, Derecho Civil, T. I, Bogotá, Temis, 2011, pp. 253 y 254.

(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.

Los anteriores razonamientos, aplicados a las solicitudes que fueron elevadas por los bancos Davivienda S. A. y Colpatría Multibanca Colpatría S. A., una sobre ejecución de garantía constituida sobre un bien inmueble y otra sobre inclusión de intereses, permiten concluir que las mismas no pueden ser despachadas favorablemente por cuanto las dos invocan la aplicación de la ley de garantías mobiliarias, lo cual como ha quedado sentado, no es posible en este caso, porque las hipotecas fueron constituidas antes de la entrada en vigencia de la citada ley y no opera la técnica de tránsito legislativo.

Ahora bien, puesto que el Despacho ha aprovechado la oportunidad para emprender un estudio detallado del ámbito de aplicación de la ley de garantías mobiliarias en lo atinente a la insolvencia, es pertinente unificar su posición con respecto al ámbito de aplicación personal del mencionado estatuto. En efecto, se ha planteado el debate sobre la posibilidad de aplicar la ley a la persona natural no comerciante.

El Despacho observa que durante el período que lleva en vigencia la ley de garantías mobiliarias, se han proferido decisiones en las que se excluyó a la persona natural no comerciante del ámbito de aplicación de la ley³⁰, pero también se han proferido otras en las que se permitió al acreedor de la persona natural no comerciante hacer uso del régimen establecido por dicho estatuto³¹.

Analizadas las normas de derecho positivo aplicables y los argumentos expuestos por las partes, este Despacho considera que la unificación de su jurisprudencia con respecto a este punto se debe hacer en el sentido de no operar ninguna distinción basada en la naturaleza jurídica del sujeto. En efecto,

30 Auto 430-000655 de 17 de julio de 2015 que incorpora el Acta de la audiencia de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto. (Camilo Ernesto Martínez).

31 Auto 430-017140 de 18 de diciembre de 2015 (Manuel Orlando Garzón Robayo).

la ley de garantías mobiliarias nada dijo con respecto a la calidad que debe tener una persona para constituir una garantía mobiliaria o para beneficiarse del régimen en caso de constituir una garantía sobre inmuebles después de la entrada en vigencia de la ley. Si la ley no hizo ninguna distinción, no existe razón alguna para que el intérprete la haga.

En realidad, los argumentos expuestos por la recurrente no son suficientes para avalar su posición. Por un lado, manifestó que el juez del concurso no puede arrogarse la competencia de determinar qué bienes son necesarios y qué bienes no lo son, condición necesaria –según ella– para poner en marcha el régimen del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013. En efecto, adujo que el juicio sobre si un bien es o no necesario se debe hacer con respecto al ejercicio de una actividad económica; puesto que la persona natural no comerciante no ejerce actividad económica, no podría efectuarse el juicio relativo a la necesidad del bien.

Con respecto a este argumento, el Despacho considera que no le asiste razón a la recurrente, por cuanto que una persona natural no tenga la calidad de comerciante, no quiere decir que no ejerza actividad económica. Además, olvida la recurrente que el juez del concurso sí tiene la competencia para decir sobre la naturaleza de los bienes del garante, porque el artículo 50 de la Ley 1676 expresamente dice que “[e]l 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”. La ley, al utilizar la expresión “cuando estime”, está expresamente indicando que es competencia del juez del concurso calificar los bienes como necesarios o no necesarios. Cosa diferente es que el régimen le dé la posibilidad al deudor de reportar los bienes dados en garantía como necesarios, para impedir la ejecución a la que tendría derecho el acreedor garantizado. Pero de ninguna manera, se deben interpretar estas disposiciones en el sentido de entregar al deudor de forma exclusiva la prerrogativa de determinar la necesidad del bien, pues ello implicaría que la puesta en marcha de la ejecución de la garantía por parte del acreedor, dependería de la mera voluntad del deudor, pues si este guarda silencio con respecto a la necesidad, no podría el juez del concurso entrar a hacer esa determinación.

Por otro lado, en el escrito de oposición a la ejecución de la garantía solicitada por el Banco Davivienda, la apoderada del deudor trajo a colación el artículo 57 de la Ley 1676. El Despacho observa que ese artículo hace referencia a la ejecución en general. Sin embargo, los artículos 50, 51, y 52 del mismo estatuto se refieren expresamente a la suerte de la garantía en el concurso. Ahora bien, por remisión expresa del Código General del Proceso (artículo 532), la persona natural no comerciante controlante de una sociedad mercantil o que forme parte de un grupo de empresas debe tramitar su insolvencia según las disposiciones de la Ley 1116 de 2006. Quiere decir lo anterior que la competencia de la Superintendencia de Sociedades para decidir sobre la ejecución en el concurso de una garantía mobiliaria o de una garantía real constituida sobre bien inmueble después de la fecha de entrada en vigencia de la ley de garantías mobiliarias, viene dada por su calidad de juez del concurso. Dicha competencia se adquiere cuando el garante es admitido a uno de los trámites de la Ley 1116 de 2006.

En ese orden de ideas, el Despacho no encuentra ningún argumento que lo lleve a considerar que el acreedor de la persona natural no comerciante no pueda acceder al régimen de las garantías mobiliarias en sede concursal. En esos términos, el Despacho unifica su jurisprudencia, dejando sentado entonces que la naturaleza del garante no es un criterio para modificar el ámbito de aplicación personal de la ley de garantías mobiliarias y en ese sentido, los acreedores de un garante persona natural no comerciante pueden solicitar la puesta en marcha del régimen aplicable a las garantías mobiliarias en sede concursal.

Con base en lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por Laad Americas NV y en consecuencia revocar parcialmente el auto atacado y en su lugar ordenar que se reconozca a Laad Américas NV en tercera clase por la suma de USD\$2.500.000, valor que deberá ser convertido a pesos colombianos teniendo en cuenta la TRM del día anterior a la admisión al proceso de reorganización, para efectos de la presentación de los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto.

Segundo. Desestimar el recurso interpuesto por el apoderado del Banco Agrario de Colombia S. A., por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero. Estimar el recurso interpuesto por la apoderada del deudor y en consecuencia revocar la decisión proferida en relación con:

- a) El reconocimiento de los intereses ordenado a la promotora con respecto al crédito del Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A.
- b) La aceptación de la solicitud de ejecución de la garantía interpuesta por el Banco Davivienda.

Cuarto. Declarar que el Banco Colpatria Multibanca S. A., y el Banco Davivienda S. A., no ostentan la calidad de acreedores garantizados, tal como fue definida en la Ley 1676 de 2013, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Quinto. Desestimar parcialmente la objeción planteada por el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A. en lo relativo al reconocimiento del mayor valor de su crédito por la inclusión de intereses.

Sexto. Denegar la solicitud de ejecución de la garantía hipotecaria elevada por el Banco Davivienda S. A.”

La decisión fue notificada en estrados.

(III) CIERRE

En firme la providencia, a las 11:25 a. m. se da por terminada la audiencia, y en constancia firma quien la presidió.

Auto 400-004206 de 15 de marzo de 2016

Sujeto del proceso	Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda.
Asunto	Validación de acuerdo extrajudicial de reorganización en sede de liquidación. Improcedencia

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Lo primero que debe advertirse es que la sociedad, cuando estuvo en etapa de ejecución del acuerdo extrajudicial de reorganización, incumplió con el pago oportuno de aportes al sistema de seguridad social y en consecuencia, por virtud de lo previsto en el artículo 29 del Decreto 1730 de 2009, en concordancia con el artículo 45 de la Ley 1116 de 2006, se dio inicio al proceso de liquidación judicial.
2. El proceso de liquidación judicial, como modalidad del concurso de acreedores, persigue la liquidación pronta, ordenada y buscando su aprovechamiento, del patrimonio del deudor. Para este efecto, la ley asignó al liquidador la representación legal de la compañía, con el consecuente desapoderamiento de los órganos de administración. Cesan, entonces, las funciones de los órganos de administración y fiscalización y surge la imposibilidad de hacer operaciones en desarrollo del objeto social, de manera que solo es permitido realizar los actos tendientes a la inmediata liquidación. Estas directrices están reguladas en el artículo 48 del estatuto de insolvencia.
3. No obstante, el régimen concursal colombiano permite que un deudor en proceso de liquidación judicial vaya o regrese al escenario recuperatorio mediante la celebración de un acuerdo de reorganización, y para el efecto dispuso en el artículo 66:

“Aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto, el liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración

de un acuerdo de reorganización, para lo cual el juez del concurso convocará a una audiencia. A este acuerdo le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas en esta ley para el acuerdo de reorganización”.

Se trata de un mecanismo excepcional para superar la crisis, y su procedencia debe analizarse bajo este contexto. Del tenor literal de la norma se deducen los siguientes requisitos para que proceda el mecanismo: (i) los únicos legitimados para elevar la solicitud son el liquidador o los acreedores que representen la mayoría prevista, (ii) la oportunidad procesal para presentar la solicitud inicia con la firmeza de la providencia que define el activo a adjudicar y el pasivo al que se aplicará el pago, y (iii) se debe estructurar un acuerdo para someter a confirmación del juez en la audiencia que se convoque, según las reglas del estatuto de insolvencia para el acuerdo de reorganización.

4. La norma busca la protección del crédito pero no mediante la adjudicación de bienes propia de la liquidación, sino mediante las soluciones propias de los acuerdos de reorganización que comporta la asunción de unos compromisos adicionales para mantener la operatividad de la empresa mediante la puesta en marcha de un plan de negocios a partir de un flujo de caja que sirva de fuente de pago a los acreedores, adicional a la reestructuración administrativa del fallido. Por tanto, el acuerdo que se presente debe referirse a los acreedores calificados y graduados en la liquidación, pues fueron ellos quienes perdieron su derecho de cobrar de manera individual y debieron someterse a la universalidad concursal, al punto de que si habían iniciado procesos ejecutivos, estos debieron ser remitidos a la liquidación.
5. El problema jurídico a resolver para este caso en particular, es si el mecanismo excepcional previsto en el artículo 66 del estatuto de insolvencia cubre la posibilidad de acudir al proceso de validación judicial de un acuerdo extrajudicial de reorganización, para lo cual se hace necesario revisar el marco legal, en los siguientes términos:
 - a) Conforme al artículo 84 de la Ley 1116 de 2006, el presupuesto fundamental para que se dé curso a una validación es que no exista otro proceso de insolvencia en trámite.

En efecto, conforme a la norma “*por fuera del proceso de reorganización*” los acreedores que representen la mayoría para celebrar un acuerdo pueden, con el consentimiento del deudor, celebrar un acuerdo y pedir al juez que hubiese sido competente para la reorganización, que tramite el proceso de validación del acuerdo extrajudicial y verifique que (i) cuenta con los porcentajes de ley, (ii) las negociaciones han tenido suficiente publicidad frente a todos los acreedores, (iii) otorga los mismos derechos a todos los acreedores de una misma clase, (iv) no incluye cláusulas abusivas y, (v) cumple con los demás preceptos legales.

b) El Decreto 1730 de 2009 hoy incorporado al Decreto Único 1074 de 2015, se ocupa de los requisitos y trámite del proceso de validación del acuerdo extrajudicial de reorganización, entre los que se destacan:

(i) El inicio de las negociaciones de la sociedad con sus acreedores, para lo cual aquel debe haber enviado comunicación a todos estos antes de la celebración del acuerdo.

(ii) La elaboración de un proyecto de calificación y graduación de créditos con base en un balance y estado de inventario de activos y pasivos, con corte al último día del mes calendario inmediatamente anterior a la fecha de inicio de las negociaciones.

(iii) Se debe adjuntar a la petición cada uno de los documentos antes descritos.

(iv) De admitirse la solicitud, el juez debe proferir auto en el cual ordena el traslado de los documentos, la celebración de la audiencia de validación, la orden de comunicar a los jueces para que suspendan los procesos ejecutivos, entre otros. Adicionalmente, en esta modalidad surgen los efectos del artículo 17 de la Ley 1116 desde la solicitud de validación.

6. Luego de las precisiones relativas a los elementos que deben configurarse para el trámite de un proceso de validación de un acuerdo extrajudicial de reorganización, frente al interrogante planteado en el numeral anterior, la respuesta es que no. La solicitud de validación no es la cuerda procesal correcta para deprecar los efectos del artículo 66 de la Ley 1116 de 2006. Por el contrario, el legislador solo previó la posibilidad de que se presente un acuerdo de reorganización para confirmar en audiencia,

razón por la cual no es viable tramitar la solicitud que se analiza como si de la hipótesis del artículo 66 se tratara.

7. En efecto, frente a las normas de la validación surgen los siguientes inconvenientes que la hacen incompatible con el contexto liquidatorio: (i) en la liquidación el representante legal es el liquidador por la cesación de funciones de los administradores que produjo el inicio del proceso, (ii) el pasivo a solucionar con el acuerdo en la liquidación debe integrar al que quedó reconocido en la calificación y graduación de créditos en la liquidación y no el que resulte del balance del deudor cortado a un mes anterior, (iii) dentro de la liquidación ya se surtió el traslado de los proyectos de calificación y derechos de voto, y los procesos ejecutivos no se suspenden sino que, por el contrario, fueron incorporados a la liquidación, y (iv) no todos los efectos del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 son aplicables a la liquidación judicial, teniendo en cuenta que si bien hay una prohibición de pago a acreedores por fuera del concurso, la sociedad ya está en un proceso de insolvencia, donde están protegidos sus bienes. Además, no desarrolla su objeto social y, por el contrario, se han agotado de etapas de conformación de activo mediante el inventario y valoración de bienes, y del pasivo mediante la reclamación de acreencias por los acreedores, valoración de pruebas, calificación y graduación.
8. En este proceso, el exrepresentante legal de la sociedad elevó petición para el inicio del proceso de validación judicial de acuerdo extrajudicial, para lo cual aportó el acuerdo, así como los votos de los acreedores que apoyan esta solución. No obstante, observa el Despacho que en el texto del convenio de pago se tomó como fecha de corte de acreedores el 31 de mayo de 2015 y en el artículo 4º, sobre acreencias y determinación de derechos de voto, se refiere al pasivo determinado en estados financieros a 16 de septiembre de 2014 y los reconocidos en la calificación.
9. Lo anterior ratifica la conclusión según la cual estas ambigüedades en las fechas de corte y pasivo sobre el cual se fijan los derechos de voto, por lo demás propios de los acuerdos extrajudiciales, no son compatibles con el artículo 66 del régimen de insolvencia, y en Promotora Inmobiliaria Tu Casa el pasivo objeto de calificación en la liquidación fue el causado con posterioridad al inicio del proceso de validación incumplido hasta el día anterior al inicio de la liquidación (16 de septiembre de 2014), y en caso

de celebrarse el acuerdo como solución a la liquidación el pasivo deberá corresponder a este, más los gastos de administración en que se hubiere incurrido en el transcurso de la liquidación.

Por otro lado, la solicitud de validación se radicó cuando aún el Despacho no había decidido sobre la petición de exclusión de bienes elevada en aplicación de la Ley 1676 de 2013, y era necesario saber el monto del activo que compone el patrimonio liquidable para fijar los derechos de voto de los acreedores que pueden llegar a tener derecho político para apoyar o no la decisión de celebrar un acuerdo de reorganización dentro de la liquidación judicial.

10. Como quedó plasmado en esta providencia, la opción de la celebración de un acuerdo de reorganización tiene como presupuesto que se hayan aprobado el inventario valorado y la graduación de créditos. Lo primero, para que los acreedores tengan certeza sobre la situación patrimonial que permita estructurar una fórmula de pago, y lo segundo, para saber quiénes están legitimados para solicitar un acuerdo de reorganización dentro de la liquidación judicial.
11. En este orden de ideas, es preciso que la propuesta de celebrar el acuerdo de reorganización, que provenga del liquidador o de los acreedores que representen no menos del 35% de los votos reconocidos, tenga como fundamento el activo efectivamente aprobado, lo que quiere decir que las manifestaciones de voluntad deben ser posteriores a la aprobación y no, como sucede en este caso, anteriores.
12. Así las cosas, como quiera que a la solicitud de validación del acuerdo extrajudicial en sede de liquidación no le son aplicables las normas sobre solicitud de acuerdo de reorganización, no existe sustento legal para acceder a lo solicitado.

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

RESUELVE:

Rechazar la solicitud de admisión a un proceso de validación judicial de un acuerdo extrajudicial de reorganización de la sociedad Promotora Inmobiliaria Tu Casa Ltda., en liquidación judicial.

Auto 400-005513 de 12 de abril de 2016

Sujeto del proceso	Sismografía y Petróleos de Colombia SAS
Asunto	Ineficacia de pleno derecho en liquidación judicial Título y modo Iniciación oficiosa de proceso de revocatoria por dación en pago.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La Ley 1116 de 2006 asignó al juez concursal³², en este caso la Superintendencia de Sociedades, la función de reconocer de oficio o a petición de parte los presupuestos de ineficacia respecto de algunas operaciones realizadas por el deudor y determinadas en la ley³³.

2. En salvaguarda de los principios y de la finalidad del concurso liquidatorio, el estatuto define las órdenes que deben impartirse en el auto de apertura del proceso, como (i) la imposibilidad de realizar operaciones en desarrollo de su objeto, (ii) el decreto de medidas cautelares sobre los bienes del deudor, (iii) la obligación para los acreedores de concurrir al proceso a reclamar sus obligaciones, (iv) la incorporación de todos los procesos ejecutivos en curso y la prohibición de promover nuevos procesos, (v) la elaboración de un inventario valorado de bienes, entre otras.

De los anteriores efectos, la prohibición de disponer de los activos del deudor en concurso guarda estrecha relación con los principios que rigen a este tipo de procesos, y en especial con los de universalidad en sus dos perfiles, subjetivo y objetivo, así como el de igualdad en el marco de la prelación legal de créditos, regulados en el artículo 4º del régimen de insolvencia.

El auto de apertura del proceso fija un hito a partir del cual se debe proteger de manera reforzada el patrimonio del deudor como prenda general de los

32 Artículo 5.10 de la Ley 1116 de 2006.

33 El artículo 50.11 prohíbe a los administradores, socios y controlantes disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor, o realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decreta, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el juez del concurso.

acreedores. De allí que se separe a los administradores de su cargo, se les prohíba disponer de los activos del deudor y se sancionen con ineficacia los actos de enajenación que se realicen contrariando esta disposición.

3. Dicha sanción de ineficacia de pleno derecho de los actos de disposición de activos del deudor tiene el propósito de preservar la integridad de la masa de la liquidación, en procura de los intereses de todos los acreedores y con miras al pago en igualdad de condiciones y con respeto al orden de prelación que debe caracterizar los procedimientos liquidatorios.

4. La sanción de ineficacia de pleno derecho es, por su propia naturaleza, de carácter restrictivo, en la medida en que solo opera cuando en la ley así se disponga (artículo 897 del Código de Comercio). Según la jurisprudencia, dicha figura se caracteriza por tres elementos:

a. Primero, por la *“tipicidad legal, estructurada sobre la base de que la consecuencia se hará presente únicamente en aquellos casos en que la ley ‘...expresamente que un acto no producirá efectos...’; esto es, la secuela constituida por la ausencia de efectividad de la respectiva declaración de voluntad, aparece, de manera exclusiva, cuando la misma ley la imponga, al punto que, contrariamente, si la normatividad frente a algún caso particular nada indica, la ineficacia de pleno derecho allí regulada no puede tener cabida”*³⁴.

b. Segundo, porque la ausencia de efectos que se deriva de ella opera, como su nombre lo indica, de pleno derecho, es decir, *“actúa ope legis, o, lo que es lo mismo, de manera inmediata por mandato legal”*³⁵.

c. Finalmente, la ineficacia no requiere de pronunciamiento judicial alguno, a diferencia de otro tipo de sanciones y remedios al contrato, como las distintas especies de rescisión (por nulidad, anulabilidad o lesión enorme, entre otras), la resolución por incumplimiento o la revocatoria pauliana o concursal, que solo pueden operar previa declaración en firme de un juez de la República. “[L]a locución ‘sin necesidad de declaración judicial’ muestra la extranjería de la intervención jurisdiccional y en perfecta coherencia con el postulado que le antecede enseña cómo la inhibición de resultados jurídicos,

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 05001-3103-017-2002-00189-01.

35 *Ibíd.*

además de actuar solo por ministerio normativo, no exige la actividad jurídico-procesal destinada a restar esas consecuencias”³⁶.

5. Para efectos de analizar el asunto que ahora ocupa la atención del Despacho se observa en primer término que el artículo 48 numeral 2 de la Ley 1116 de 2006 prevé que “La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá: (...) 2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos. Los actos celebrados en contravención a lo anteriormente dispuesto, serán ineficaces de pleno derecho” (énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 50 numeral 11 de ese mismo estatuto dispone que “La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: (...) 11. La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decrete, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el Juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan” (énfasis añadido).

6. En el contexto del anterior universo normativo, en el caso bajo examen el Despacho advierte la existencia de una pluralidad de actos que merecen ser analizados separadamente: (a) la escritura que perfeccionó el contrato de dación en pago entre la concursada y Optimal Factoring SAS, que data de 30 de diciembre de 2014; (b) el registro de la mencionada escritura, ocurrido el 27 de febrero de 2015, que perfeccionó el derecho de dominio en cabeza de la sociedad adquirente; (c) y el negocio de compraventa celebrado el 13 de marzo de 2015, entre Optimal Factoring SAS, como vendedor y Jorge Enrique Caicedo Zamorano, Luz Marina Jaramillo Mejía y Gaby Serrano Plaza como compradores.

7. Tomando como punto de referencia el inicio del proceso concursal, ocurrido mediante Auto 400-001856 de 2 de febrero de 2015, y las partes que intervinieron, encuentra el Despacho que en el presente caso existió: (a) un

³⁶ *Ibidem*.

negocio jurídico celebrado por el deudor insolvente antes del inicio del proceso; (b) un acto de tradición del derecho de dominio ocurrido con posterioridad a esa fecha; y (c) un nuevo negocio jurídico, celebrado entre terceros, también posterior al inicio del concurso. Así las cosas, el Despacho habrá de pronunciarse frente a la eficacia de cada uno de los mencionados actos.

A. SOBRE LA DACIÓN EN PAGO DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2014

8. Es evidente que la sanción de ineficacia de pleno derecho no puede predicarse del primero de los negocios jurídicos, de 30 de diciembre de 2014, dado que este fue celebrado con anterioridad al inicio del procedimiento de liquidación judicial. En efecto, tal como se señaló, la ineficacia de pleno derecho es una sanción que responde al principio de tipicidad, y por tanto no puede predicarse de actos ocurridos por fuera del marco temporal previsto en la ley.

9. En el presente caso, los actos de disposición de activos que sean anteriores al inicio del proceso concursal no pueden ser tachados de ineficaces de pleno derecho, o por lo menos no en virtud de lo dispuesto en los artículos 48 y 50 de la Ley 1116 de 2006. Para desestimar los efectos nocivos que estos hayan podido acarrear al patrimonio de la concursada, la ley ha dispuesto vías alternativas, como las acciones revocatorias o de simulación concursales, o incluso la pauliana o la de simulación ordinaria; las dos primeras, ante el juez del concurso; las dos últimas, ante el juez civil ordinario. Pero no es posible en este escenario plantear este tipo de pretensiones a manera de solicitud de reconocimiento de presupuestos de ineficacia.

10. Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho anota que el negocio de 30 de diciembre de 2014 correspondió a una dación en pago. Cuando este tipo de actos ocurren en el período de sospecha de que trata el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, el parágrafo del artículo 75 e*j*úsdem permite que el juez del concurso las inicie de oficio.

Se trata, por supuesto, de una excepción que la ley de insolvencia empresarial establece al principio de iniciación e impulso de parte que rige para los distintos procesos judiciales, según lo prevé el artículo 8° del C. G. P. Excepción que, vale recordar, tiene plena justificación en el principio de oficiosidad que tradicionalmente se ha predicado de los concursos, así como en la protección del interés general que subyace a la insolvencia.

11. Así pues, este Despacho iniciará de oficio un proceso verbal con el objeto de estudiar la procedencia de la revocatoria de la referida dación en pago, para lo cual se dará a las partes del negocio la posibilidad de que ejerzan sus derechos de defensa y contradicción, y si lo tienen a bien, aporten o soliciten la práctica de las pruebas que estimen oportunas y aleguen de conclusión.

12. Para efectos de tramitar el mencionado proceso, y teniendo en cuenta que no existió una demanda de parte, el Despacho procederá de la siguiente forma:

12.1. El Despacho ordenará abrir un nuevo expediente, que será tramitado por el Grupo de Procesos Especiales adscrito a esta Delegatura, en el que se incorporarán los siguientes documentos que obran en el expediente de la liquidación judicial, en copia simple:

12.1.1. Escrito con radicación 2015-01-236827, firmado por el liquidador de la sociedad Sismografía y Petróleos de Colombia SAS, en liquidación judicial, con sus respectivos anexos.

12.1.2. Auto 400-010540 de 10 de agosto de 2015, que abrió el incidente de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia.

12.1.3. Diligencias de notificación personal surtidas en el curso del trámite incidental.

12.1.4. Recursos de reposición presentados contra el Auto 400-010540 de 10 de agosto de 2015 y memoriales presentados durante su traslado.

12.1.5. Auto 400-001856 de 2 de febrero de 2015, que dio apertura al proceso de liquidación judicial de la concursada.

12.1.6. Auto 400-000958 de 30 de octubre de 2015, por medio del cual se aprobaron los proyectos de calificación y graduación de créditos, asignación de derechos de voto e inventario valorado de la sociedad.

12.2. Como en el presente caso no existe una demanda de parte, el proceso verbal que se inicia de oficio no tendrá auto admisorio de la demanda. Habienda cuenta de lo anterior, este auto hará las veces de auto admisorio, y a partir de su notificación se contabilizarán los términos de ejecutoria y de traslado

para que los interesados propongan las defensas y excepciones que tengan a bien.

12.3. Para efectos de notificaciones, el Despacho tendrá en cuenta las siguientes circunstancias:

12.3.1. Según ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, “quienes ya se encuentran vinculados al trámite judicial, (...) ya conocen de su existencia y tienen la carga de revisar el estado en el que este se encuentra. Ellos se tienen por enterados desde el día siguiente a aquél en el que se anote el proferimiento de una nueva providencia en el estado”. Con fundamento en lo anterior, en la misma sentencia la Corte estimó que “No era necesario ordenar la notificación personal a la demandada del mandamiento de pago, pues esta ya se encontraba vinculada al proceso, y la realización de un nuevo trámite de citación, no solo era innecesario, sino que además era contrario a los principios de buena fe, lealtad y economía procesal”³⁷.

12.3.2. En el presente caso, las partes del negocio de dación en pago, es decir, la concursada y Optimal Factoring SAS son las mismas partes del proceso verbal que se inicia para estudiar la eventual revocatoria del mencionado acto.

12.3.3. Como dichas partes ya están vinculadas al proceso de liquidación judicial y han intervenido en él, este Despacho las tendrá por notificadas del inicio oficioso de la acción revocatoria a partir de la anotación en el estado de esta providencia, en los términos del artículo 295 del Código General del Proceso, sin que sea necesario realizar citaciones, enviar avisos o publicar emplazamientos con miras a obtener la vinculación de dichas partes.

12.4. Teniendo en cuenta que el presente auto contiene decisiones que involucran tanto al expediente de liquidación judicial de la sociedad Sismografía y Petróleos de Colombia SAS, en liquidación judicial, como la acción revocatoria que se tramitará en un nuevo expediente, la misma se anotará simultáneamente en los estados de los Grupos de Liquidación Judicial y de Procesos Especiales. Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 295 del Código General del Proceso, en cada

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de marzo de 2011, Exp. 54001-22-13-000-2011-00017-01.

uno de los expedientes se dejará la anotación que corresponda al estado del grupo en que se tramita.

12.5. Los recursos y demás escritos que se presenten a raíz de esta providencia serán destinados al expediente de la liquidación judicial o al de la revocatoria, según tengan relación con las determinaciones adoptadas para uno u otro proceso.

B. SOBRE EL REGISTRO DE LA DACIÓN EN PAGO DE 27 DE FEBRERO DE 2015

13. Otro tipo de análisis merece el reproche sobre la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la dación en pago de 30 de diciembre de 2014, ocurrida el 27 de febrero de 2015. A diferencia de la dación en pago, este acto sí se verificó luego de la apertura del proceso de liquidación judicial. Corresponde ahora al Despacho analizar si de él también puede predicarse la ineficacia de que tratan los artículos 48 y 50 de la Ley 1116 de 2006.

14. Nuestro sistema jurídico de constitución o transmisión de los derechos reales se basa en una duplicidad de actos heredada del derecho romano, y que tradicionalmente se conoce como la concurrencia de título y modo. “Título y modo –afirma la jurisprudencia– son dos conceptos claramente diferenciados en el ordenamiento jurídico patrio, que no pueden ser confundidos socapa de la complementariedad que existe entre ellos. El primero, a no dudarlo, cumple la función de servir de fuente de obligaciones, por lo que, desde la perspectiva del acreedor, únicamente lo hace titular de derechos personales. De él es ejemplo elocuente el contrato (art. 1495 C.C.). El segundo, por el contrario, guarda relación con los mecanismos establecidos en la ley para adquirir un derecho real, entre los que se cuenta la ocupación, la accesión, la tradición, la usucapión y la sucesión por causa de muerte (art. 673 ib.)”³⁸.

15. “La tradición –según el artículo 740 del Código Civil– es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”³⁹. Se trata de un modo de adquirir el derecho de dominio, que cuando opera a través de alguna de sus modalidades (como las señaladas en el artículo 754 del Código

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2004, Exp. 7870.

39 *Ibidem*.

Civil), traslada la propiedad de la cosa, que deja de estar en el patrimonio del tradente para pasar al del adquirente.

La tradición, en cuanto perfecciona un acto de transferencia de un derecho real, es también un acto de disposición de derechos. El tradente dispone de un derecho a un bien que estaba en su patrimonio y lo traslada a alguien más: la cosa, que antes era propia, deja de serlo en virtud de dicho acto.

En otra aproximación, mientras no se haya hecho la tradición, no se ha dispuesto del derecho de dominio sobre la cosa. Mientras ella no se perfeccione, el tradente sigue siendo dueño; si acaso, será deudor de una obligación de dar, y el adquirente será acreedor de dicho crédito.

16. En materia de tradición de bienes inmuebles, el artículo 756 del Código Civil exige, además, que esta se haga a través de la inscripción de la escritura pública que contiene el título traslativo de dominio en el Registro de Instrumentos Públicos correspondiente, requisito que también ha sido desarrollado en el artículo 4º de la Ley 1579 de 2012, actual Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos.

17. De las anteriores consideraciones deduce el Despacho que el registro indicado, más que un acto, contrato o negocio jurídico celebrado por el deudor, es la ejecución de una obligación de dar que se deriva del título traslativo de dominio; en la que además tampoco interviene el deudor tradente, puesto que la inscripción es realizada por un servidor público (el registrador), a instancia del adquirente de la cosa transferida. En el presente caso, la inscripción ocurrida el 27 de febrero de 2015 es la ejecución de lo estipulado en el contrato de dación en pago de 30 de diciembre de 2014.

18. Pero se trata, además, de un acto jurídico de naturaleza compleja, porque en él convergen voluntades privada y pública, cuyo resultado es un acto administrativo –el acto de registro– que tiene efectos negociales de carácter civil. La contradicción de la validez de los actos de registro se debate en el foro contencioso administrativo (artículo 104, Ley 1437 de 2011), por lo que un pronunciamiento en esta sede resulta improcedente.

C. SOBRE LA COMPRAVENTA DE 13 DE MARZO DE 2015

19. Pasa el Despacho a analizar el tercero de los actos, es decir, la compraventa de 13 de marzo de 2015. En dicho negocio no fue parte el deudor con-

cursado, sino que intervinieron Optimal Factoring SAS, como vendedor y Jorge Enrique Caicedo Zamorano, Luz Marina Jaramillo Mejía y Gaby Serrano Plaza como compradores.

20. En virtud del principio de tipicidad que caracteriza la sanción de ineficacia de pleno derecho, ella solo es predicable de los actos y negocios jurídicos en los que el deudor en liquidación fue parte, pero no respecto de aquellos en los que solo intervinieron terceros. Así las cosas, y al no cumplirse los requisitos previstos en la ley para reconocer los presupuestos de ineficacia, se negará también la solicitud del liquidador a este respecto.

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

RESUELVE:

Primero. Revocar el Auto 400-010540 de 10 de agosto de 2015, en lo relacionado con la apertura de incidente para determinar si cabe el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia sobre la dación en pago celebrada entre la concursada y Optimal Factoring SAS que consta en la Escritura Pública 8644 otorgada el 30 de diciembre de 2014 en la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, su registro y su posterior venta.

Segundo. Promover de oficio un proceso verbal con el objeto de estudiar la procedencia de la acción revocatoria de la dación en pago celebrada entre la concursada y Optimal Factoring SAS que consta en la Escritura Pública 8644 de 30 de diciembre de 2014, otorgada en la Notaría Novena del Círculo de Bogotá.

Tercero. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial de esta Superintendencia la apertura de un nuevo expediente en el que se adelantará el proceso verbal determinado en el numeral anterior, en el cual se incorporará copia de los siguientes documentos:

4.1. Escrito con radicación 2015-01-236827, firmado por el liquidador de la sociedad Sismografía y Petróleos de Colombia SAS, en liquidación judicial, con sus respectivos anexos.

4.2. Auto 400-010540 de 10 de agosto de 2015, que abrió el incidente de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia.

4.3. Diligencias de notificación personal surtidas en el curso del trámite incidental.

4.4. Recursos de reposición presentados contra el auto 400-010540 de 10 de agosto de 2015 y memoriales presentados durante su traslado.

4.5. Auto 400-001856 de 2 de febrero de 2015, que dio apertura al proceso de liquidación judicial de la concursada.

4.6. Auto 400-000958 de 30 de octubre de 2015, por medio del cual se aprobaron los proyectos de calificación y graduación de créditos, asignación de derechos de voto e inventario valorado de la sociedad.

Cuarto. Notificar por estado a las partes del proceso verbal de que tratan los dos numerales anteriores de la presente providencia. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial que este auto se notifique a través de anotación en los estados de los Grupos de Liquidación Judicial y de Procesos Especiales.

Auto 400-005967 de 18 de abril de 2016

Sujeto del proceso	Alternativas Financieras Altefin SAS y otros
Asunto	El alcance de la responsabilidad solidaria en los procesos de intervención

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Pasa el Despacho a pronunciarse sobre el plan de desmonte presentado por quien ha sido beneficiario de una actividad de captación, que dio origen a su toma de posesión como medida de intervención. Teniendo en cuenta la naturaleza de la parte que planteó la solicitud y el contenido de la petición, es pertinente hacer un estudio previo acerca de algunos de los problemas jurídicos que anteceden a la decisión sobre el referido plan.

2. En síntesis, el Despacho deberá resolver tres interrogantes, a saber, (a) si el beneficiario de la captación responde solidariamente con el captador o el estructurador de la operación por la devolución de los dineros; (b) si el beneficiario está obligado a devolver la totalidad de las sumas que haya recibido el estructurador o el captador, o si dicha responsabilidad está limitada; y (c) si el beneficiario de la captación está facultado por la ley para presentar un plan de desmonte y, en caso afirmativo, a quiénes debe comprender. Resueltos estos tres interrogantes, (d) se pasará a estudiar el plan de desmonte presentado por el intervenido EAR Ingenieros Ltda.

a. Sobre la naturaleza y los sujetos de la obligación de devolver

3. El procedimiento de intervención previsto en el Decreto Legislativo 4334 de 2008 y reglamentado, entre otros, en el Decreto 1910 de 2009, es una especie de proceso concursal sui generis, que se distingue de los procedimientos concursales clásicos en su finalidad, en los sujetos a los que se dirige y en las herramientas de las que se vale.

4. La finalidad de la intervención es la suspensión de una actividad ilícita, como es la captación masiva e ilegal de dineros del público, y la reversión de

las operaciones de este tipo a través de la devolución de las sumas captadas por la persona intervenida. El objeto de estos procedimientos no es ofrecer salidas a la crisis de un deudor, como ocurre en los procedimientos clásicos de recuperación y de liquidación.

5. Teniendo en cuenta que los hechos que dan origen a la intervención consisten en una actividad ilícita, los sujetos intervenidos son todas aquellas personas que, directa o indirectamente, han tenido relación con dicha operación. Por ello, el Decreto Legislativo 4334 de 2008 también previó la intervención de personas distintas al empresario, como son administradores, socios, contadores, revisores fiscales y beneficiarios de las operaciones de captación de recursos.

6. Guardando coherencia con lo anterior, las herramientas principales de las que se valen los procedimientos de intervención van mucho más allá de los acuerdos de recuperación y la liquidación, que tradicionalmente han buscado el pago coordinado y ordenado de las acreencias del empresario en crisis. Si bien la intervención se vale de algunas dinámicas propias de dichos mecanismos, comprende además los planes de desmonte, es decir, compromisos vinculantes para la cesación de las actividades de captación y la devolución de las sumas recaudadas por dicho concepto; o la liquidación del patrimonio de las personas intervenidas, en la cual la devolución de los dineros captados de los afectados se incluye como créditos de la no masa.

7. Como se dijo, uno de los principales objetivos de los procedimientos de intervención *es la obligación que tiene el intervenido de devolver las sumas captadas o percibidas indebidamente del público*. Si bien dicha obligación es el eje de la mayor parte de las disposiciones contenidas en los decretos de intervención, su desarrollo no es completo y existe una gran cantidad de aspectos que no fueron regulados expresamente.

8. Uno de los primeros vacíos se refiere a la fuente de la cual se deriva la obligación de devolver, para determinar a partir de ello el régimen aplicable.

Para efectos de resolver este primer elemento, este Despacho toma como base, sea el artículo 1494 del Código Civil, ora la clasificación de las fuentes de las obligaciones acogida de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia, que las sintetiza en *“cuatro fuentes: 1° El acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo*

del contrato, del cuasicontrato y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumeración del artículo 1494 del Código Civil; 2° el hecho ilícito o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente culposo, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal; 3° la ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciada también en el sistema de nuestro código, y 4° el enriquecimiento sin causa (...) que implica un desplazamiento patrimonial que se verifique sin causa jurídica que lo justifique, esto es, que no sea la consecuencia de un acto jurídico, sino de un hecho no jurídico, puesto que excluye toda idea de consentimiento contractual entre las personas entre quienes se produzca el desequilibrio de las prestaciones”⁴⁰.

9. La obligación de devolver los recursos invertidos a los afectados con una operación de captación masiva e ilegal, es la consecuencia de una medida de intervención para conjurar *“conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C. P., en tanto que (...) generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público”*, según lo manifiesta la misma parte motiva del Decreto Legislativo 4334 de 2008.

10. Cuando, en virtud de una toma de posesión, se dispone la devolución de las sumas invertidas por los afectados, con dicha obligación se busca resarcir el perjuicio causado a estos a raíz de una actividad ilegal. En otras palabras, se busca reparar el daño ocasionado por un hecho ilícito. Así las cosas, la obligación de devolver los recursos a los inversionistas tiene su fuente en el hecho ilícito, y se aplican por tanto las reglas dispuestas en el Título XXXIV del Código Civil.

11. Ahora bien, en las operaciones previstas en el Decreto 4334 de 2008, puede intervenir directa o indirectamente una pluralidad de sujetos pasibles de la medida de intervención, así: captador, estructurador, administradores, contadores y revisores fiscales de uno y otro, así como los beneficiarios de la operación. Debe entonces definirse de qué manera intervienen los distintos obligados a devolver, en especial teniendo en cuenta que la solidaridad, en nuestro ordenamiento, solo puede tener origen en la voluntad de las partes o en una disposición legal que así lo prevea.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de septiembre de 1940.

12. La respuesta a este interrogante se obtiene del análisis de la normativa del Código Civil. De acuerdo con el artículo 2344 de dicho estatuto, cuando en las obligaciones derivadas del hecho ilícito existe una pluralidad de sujetos, todos ellos responden solidariamente por su pago: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

13. Es en este contexto en el que debe entenderse el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008, cuando dispone que *“Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”.*

14. La norma citada considera tan responsable al que capta como al que tiene con él una participación indirecta en la actividad de captación, cuando se trata de una colaboración determinante, y las labores de uno y otro están vinculadas al desarrollo de las operaciones reprochadas por el ordenamiento jurídico. Con fundamento en lo anterior, es evidente que la responsabilidad de los beneficiarios de la captación se ciñe por las reglas de la solidaridad. Por lo tanto, en el trámite del proceso concursal es posible exigir de todos ellos el pago de la totalidad de las devoluciones en las que los beneficiarios comparten la calidad de codeudores con el captador y el estructurador de la operación.

b. Extensión de la solidaridad en los procesos de intervención

15. En los procesos de toma de posesión de que trata el Decreto 4334 de 2008, no converge una sino una pluralidad de obligaciones a cargo de los sujetos intervenidos. En ellos, a raíz del daño ocasionado con la captación masiva e ilegal, el ordenamiento impone la obligación de devolver cada una de las inversiones entregadas a los intervenidos.

16. En cuanto a su aspecto subjetivo, cada obligación de devolver debe ser examinada separadamente, para determinar si se configura alguna de estas hipótesis:

(a) Los únicos sujetos beneficiados con la operación de captación son los mismos sujetos que invirtieron sus recursos en la operación.

(b) La actividad del captador o del estructurador beneficia a un tercero, que se lucra, financia o apalanca sus actividades con los recursos captados indistintamente del público.

(c) Ciertas operaciones del captador o del estructurador benefician a un tercero, que se lucra, financia o apalanca sus actividades con recursos captados de algunos sujetos determinados.

(d) El sujeto actuó como representante legal, miembro de junta directiva, socio, factor, revisor fiscal, contador o empleado del estructurador o del captador.

17. El primer caso se refiere a un clásico esquema piramidal. En él, un captador o estructurador, sin autorización legal, recauda masivamente dinero del público, lo administra y promete altos rendimientos financieros sin explicación razonable. En este caso, el beneficiario de la operación es el mismo inversionista, que ha aportado los recursos, y que el Decreto 4334 de 2008 considera como afectado con la operación.

Sin embargo, en este caso no hay responsabilidad solidaria del beneficiario. El artículo 5° del mismo decreto de intervención solo prevé la solidaridad de aquellos sujetos *“distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”*, supuesto que en las pirámides no se cumple.

18. El segundo escenario es distinto. Se trata de una operación de financiamiento no autorizada, a partir de dineros recaudados masivamente del público por un estructurador o captador. En este evento, los afectados pueden haber entregado los recursos bajo la convicción de que estos serían invertidos en un proyecto específico; sin embargo, estos son desviados por el captador, quien los entrega a un tercero beneficiario con fines de financiamiento.

En este escenario, es imposible identificar el origen específico de los recursos financieros que se entregan al beneficiario, pues este extrae los recursos de un fondo común, que se amasó con los aportes de todos los inversionistas afectados con la operación. Su beneficio provino de una indistinta serie de operaciones ilícitas; su provecho no derivó, por tanto, de una operación específica, con sujeto determinado, sino de la totalidad de la actividad del estructurador o del captador.

Si su provecho se derivó de la totalidad indistinta de las captaciones, es apenas lógico que el beneficiario deba responder solidariamente por la totalidad de las devoluciones que debe hacer el captador o estructurador intervenido, ya que no es posible identificar un grupo determinado de operaciones en las que intervino en concreto. Por tanto, en este caso, la solidaridad se extiende a la totalidad de las devoluciones que deban hacerse en virtud de la captación.

19. La tercera hipótesis también implica una operación de financiamiento no autorizada: el captador o estructurador actúan como intermediarios financieros entre el afectado, que entrega recursos, y el beneficiario que los recibe. Sin embargo, en este supuesto las operaciones están plenamente determinadas en cuanto al origen de los recursos recibidos, de manera que pueden identificarse perfectamente cuáles son las operaciones específicas de las que obtuvo provecho el beneficiario, de entre la totalidad de las realizadas por el captador o por el estructurador. En otras palabras, las distintas relaciones obligacionales están determinadas en todos sus elementos: sujetos activo y pasivo, y objeto o prestación. En estos eventos el beneficiario responde solidariamente con el captador, pero únicamente respecto de aquellas operaciones de las que efectivamente haya participado, no por la totalidad de la captación.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando existe un título valor o un documento que demuestra y respalda la obligación entre afectado y beneficiario, o cuando la contabilidad de las partes permite determinar las operaciones en su singularidad, entre otros supuestos similares.

Si el beneficiario solo obtuvo provecho de unas operaciones determinadas, y no de la generalidad de las actividades de captación, solo estará obligado solidariamente a devolver sumas a aquellas personas de las que efectivamente recibió, pero no por las demás operaciones con las que no tuvo relación, ni directa ni indirecta, como lo exige el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008.

20. El último caso se refiere a los administradores y empleados de la persona que realizaba la operación de captación o estructuración de los negocios ilícitos. Frente a esta categoría de sujetos, debe tenerse en cuenta lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-145 de 2009, que dispuso que dicha responsabilidad no es predicable de los *“terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales”*. La determinación de su responsabilidad frente a las víctimas de la operación y su extensión, procede previa la realización de un juicio sobre la licitud de las actividades realizadas por la persona en cuestión, su carácter ordinario o habitual, así como de la buena fe con la que estas gestionaron las actividades a su cargo.

c. Posibilidad de que el beneficiario presente un plan de desmonte

21. Si bien el artículo 13 del Decreto 1910 de 2009, al referirse a los planes de desmonte, se refiere exclusivamente al captador o recaudador, debe admitirse también la posibilidad de que el beneficiario proponga y ejecute un plan de desmonte.

22. El objeto de los planes de desmonte consiste en la suspensión de las actividades de captación y la devolución de los recursos al público. Así lo prevé, entre otros, el artículo 7° literal d., del Decreto 4334 de 2008, cuando establece que los planes de desmonte proceden cuando el intervenido *“manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros”*.

23. El propósito de los planes de desmonte debe, además, armonizarse con las finalidades de la intervención, que en los términos del artículo 2° *ejúsdem*, son las de *“suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados (...) generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades”*; y con el artículo 5° del mismo Decreto, que considera sujeto de intervención a quien indirectamente haya participado en la actividad de captación.

24. Si el beneficiario es intervenido para que suspenda las actividades ilícitas y devuelva recursos, no resultaría lógico que se le niegue la posibilidad de acudir al expediente del desmonte, pues esta es la herramienta por excelencia para lograr estos propósitos.

25. Tampoco podría interpretarse el Decreto 1910 de 2009 en otro sentido. Concluir que solo el captador o recaudador de los recursos tiene la posibilidad de presentar planes de desmonte, porque el decreto reglamenta la forma en que estos han de presentarlos, es una falacia lógica. De otro lado, la disposición contenida en el Decreto 1910 de 2009 es una norma de carácter reglamentario, que no puede contrariar la ley que desarrolla. Y al no haber limitado la ley los sujetos que pueden presentar el mencionado plan de desmonte, mal puede el intérprete establecer ese tipo de limitaciones.

d. Sobre el plan de desmonte presentado por EAR Ingenieros Ltda.

EAR Ingenieros Ltda., es, en efecto, una sociedad beneficiaria de operaciones de captación ilegal determinadas.

26. El artículo 13 del Decreto 1910 de 2009, establece:

“Corresponde a las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4334 de 2008, según sea el caso y a prevención, aprobar los planes de desmonte de que trata el literal d) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008”.

Asimismo, la norma en comento preceptúa que *“La Superintendencia de Sociedades en el marco del proceso de toma de posesión para devolver podrá aprobar el plan de desmonte de que trata este artículo”.*

“Para otorgar la autorización las Superintendencias deberán verificar que el plan cumple con:

- a) Un porcentaje de aprobación equivalente al 75% de las personas afectadas por la captación o recaudo no autorizado por la ley,*
- b) Evidencia de que la negociación ha tenido suficiente publicidad,*
- c) Otorga los mismos derechos a todos los afectados,*
- d) No incluye cláusulas ilegales o abusivas,*
- e) Cumple con los preceptos legales”.*

27. La norma citada establece que el plan de desmote debe cubrir la totalidad de las personas afectadas con las operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal.

Revisado el escrito 2015-01-406195, los intervenidos que lo presentaron manifestaron que EAR Ingenieros Ltda., recibió dineros con la intermediación de Altefin únicamente de cuatro personas, que son las mismas beneficiarias del plan de desmote presentado, así:

1. Jorge Manzur
2. María del Pilar Arbouin Urueta
3. Nelson Benavides Cifuentes
4. Juan Pablo Benavides Rodríguez

28. De los cuatro afectados, tres manifestaron su aprobación a la propuesta de plan de desmote, número que corresponde a un porcentaje del 75%, con lo cual se cumple la exigencia prevista en el literal a) del artículo 13 del Decreto 1910 del 27 de 2009.

29. El plan de desmote ha sido conocido por los afectados, lo que se evidencia en el acta de conciliación del 19 de junio de 2015, diligencia que fue suspendida y continuada el 24 de julio de 2015, remitida con el escrito que se estudia, lo cual permite inferir al Despacho que el plan ha tenido la suficiente publicidad entre sus destinatarios.

30. En el memorial que se estudia, se indica que los bienes afectos al plan de desmote, tienen un valor comercial de \$2.094.738.169, y que con el producto de la venta se pagarán las obligaciones a los cuatro afectados, las cuales ascienden a \$1.204.492.641.

Los activos afectos al plan de desmote son los siguientes:

30.1 Casa de oficina en el Barrio Tierralinda de Bogotá, ubicada en la calle 127B bis 46-45, identificada con Matrícula inmobiliaria 50N-20301464, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, la cual consta de un lote de 375 metros cuadrados y un área construida de 212 metros cuadrados, con un valor estimado de \$900 millones y un avalúo catastral de \$580.896.000

30.2 Volqueta Fotón, actualmente a nombre de la sociedad EAR Ingenieros Ltda., de placas SXZ 218, doble troque para carga de 28 toneladas o 15 metros cúbicos, modelo 2011, con valor estimado de \$120.000.000.

30.3 Planta de producción de mortero seco, actualmente de propiedad de EAR Ingenieros Ltda., con una capacidad de producción de 32 toneladas día, ubicada al costado oriental de la vía Bogotá-Tunja, aproximadamente a 150 metros del peaje El Roble, en el municipio de Sesquilé, con un avalúo de \$871.961.367.

30.4 Depósito Judicial Juzgado 1 Civil Municipal de Tunja, en el proceso de María Hani contra Eduardo Aldana, por valor de \$35.000.000; del Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, en el proceso de Patricia Sandoval contra EAR Ingenieros Ltda., por valor de \$17.263.901; depósitos judiciales a nombre de la Superintendencia de Sociedades a nombre de Josefina Chacón por la suma de \$12.507.409 aproximadamente; depósitos judiciales a nombre de EAR Ingenieros por valor de \$22.386 aproximadamente; depósitos judiciales a nombre de José Aldana Robayo por valor de \$66.452 aproximadamente.

30.5 Cuentas por cobrar a la Gobernación de Boyacá por concepto del saldo del contrato 1895 de 2010 por valor de \$66.664.412; y a Fonade por concepto del contrato 2111351 por valor de \$83.543.992. Anuncian que con los activos citados se efectuará la devolución a las personas mencionadas, así: A Juan Pablo Benavides (\$52.689.188) y Nelson Benavides (\$105.400.000), con los depósitos judiciales por valor de \$52.668.398, así como los depósitos judiciales a nombre de Josefina Chacón Izquierdo, EAR Ingenieros Ltda., Eduardo José Aldana y Francisco Javier Campos, por valor de \$12.620.815,10, adicionalmente el saldo se pagará en su totalidad con el producto de la primera enajenación de los activos.

A Jorge Elías Manzur Jattin (\$564.556.934) y María del Pilar Arbouin (\$481.846.519), se les devolverá con los dineros producto de la venta de los activos de manera proporcional, en la medida en que estos se vayan enajenando, dentro de un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de la fecha de aprobación del plan por parte del Despacho. Señalan que en el evento en que en dicho plazo no se hayan realizado las ventas, los bienes se adjudicarán a prorrata del saldo insoluto de los créditos objeto del acuerdo.

31. No obstante que en el escrito que se estudia se indica que el plan de desmonte se ejecutará dentro de un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de la fecha de su aprobación por parte del Despacho, el término señalado se contará a partir de la fecha en que quede en firme esta providencia.

32. Del estudio efectuado a la información suministrada con el plan de desmonte aprobado por los afectados en la proporción exigida por la norma, relacionada con los bienes afectos al mismo y la forma como se obtendrán los recursos efectivos de dinero para efectuar la devolución a los inversionistas afectados, teniendo como ciertas las cifras analizadas, el número de beneficiarios del plan y el monto de sus reclamaciones, este Despacho concluye que los intervenidos disponen de los recursos económicos para efectuar la totalidad de las devoluciones de dinero a los beneficiarios del plan.

De otra parte, vale indicar que, por cuanto ya se efectuó un plan de pagos en el proceso, los dineros recibidos por los afectados beneficiarios del plan deberán descontarse de los dineros que recibirán en la ejecución del plan de desmonte.

33. De acuerdo con lo expuesto, y por cuanto el plan de desmonte presentado cumple los requisitos de fondo y forma previstos en la ley, es decir, que además de los ya estudiados, se encuentra que otorga los mismos derechos a todos los afectados, no incluye cláusulas ilegales o abusivas y cumple con los preceptos legales, el Despacho, en el marco del proceso de toma de posesión para devolver, lo aprobará.

Se advierte que, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1910 de 2009, autorizado el plan, será de obligatorio cumplimiento para la totalidad de personas afectadas por la captación o recaudo no autorizado por la ley, entendiendo por tales las beneficiarias del mismo; también se advierte que en el evento en que el plan de desmonte se incumpla, se decretará la apertura de la liquidación judicial de EAR Ingenieros Ltda., Star 132 SAS, WB SAS, y de los patrimonios de Héctor William Báez Ramos, Josefina Chacón Izquierdo, Eduardo Aldana Robayo y Francisco Javier Campos Charris.

Finalmente, advierte el Despacho que en garantía de los derechos de los afectados beneficiarios del plan, y de acuerdo con las facultades y atribuciones del juez del concurso otorgadas por los artículos 4° del Decreto 4334

de 2008 y 5.11 de la Ley 1116 de 2006, el plan de desmonte como medida de Intervención que cobija a EAR Ingenieros Ltda., Star 132 SAS, WB SAS, y de los patrimonios de Héctor William Báez Ramos, Josefina Chacón Izquierdo, Eduardo Aldana Robayo y Francisco Javier Campos Charris, sigue siendo vigilado por este Despacho, hasta que se decrete su cumplimiento. Lo anterior significa que los intervenidos citados dejan de estar en el proceso de toma de posesión para devolver como mecanismo de intervención y quedan en un plan de desmonte como medida de intervención.

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

RESUELVE:

Primero. Aprobar el plan de desmonte presentado por Eduardo Aldana Robayo y William Báez Ramos con escrito 2015-01-406195 del 8 de octubre de 2015, que cobija a EAR Ingenieros Ltda., NIT 900.258.123; Star 132 SAS NIT 900.427.487; WB SAS NIT 900.515.399, Josefina Chacón Izquierdo c. c. 41.414.979 y Francisco Javier Campos Charris c. c. 79.156.640. Este plan de desmonte debe ser ejecutado dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Segundo. Advertir a Eduardo Aldana Robayo y William Báez Ramos que este Despacho hará un seguimiento continuo y riguroso a la ejecución del plan de desmonte y que, ante su incumplimiento se procederá a decretar la apertura de la liquidación judicial como medida de intervención de los sujetos indicados en el ordinal primero de este apartado resolutivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1910 de 2009.

Tercero. Autorizar al agente interventor para que adelante la venta de los activos afectos al plan de desmonte, así como las gestiones para poner a disposición los títulos judiciales y los dineros de las cuentas de cobro.

Cuarto. Advertir que los sujetos intervenidos indicados en el ordinal primero de este apartado resolutivo dejan de estar incursos en la medida de toma de posesión para devolver como mecanismo de intervención y quedan en un plan de desmonte como medida de intervención.

Quinto. Remitir copia de esta providencia a la Fiscalía 63 Seccional Orden Económico y Social de Bogotá (Cra. 29, 18A-67 45 Bloque E Piso 1), de conformidad con lo establecido en el artículo 13, inciso 6° del Decreto 1910 de 2009. Por el Grupo de Apoyo Judicial líbrese el oficio correspondiente.

Sexto. Oficiar por el Grupo de Apoyo Judicial a la Procuraduría General de la Nación, remitiendo copia del escrito radicado 2015-01-441841, para lo de su competencia.

Auto 400-007243 de 11 de mayo de 2016

Sujeto del proceso	THX Energy Sucursal Colombia
Asunto	Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades Compensación de obligaciones Liquidación de contratos Ineficacia de pleno derecho

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades la facultan para pronunciarse sobre la conformación de la masa de la liquidación

1. La Superintendencia de Sociedades, cuando actúa como juez de la liquidación de THX Energy Sucursal Colombia, lo hace en ejercicio de funciones jurisdiccionales que le atribuye la Ley 1116 de 2006.
2. 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”*⁴¹.

41 Corte Constitucional, Sentencia C-896 de 2012.

3. La precisión y la excepcionalidad que el constituyente previó para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas, tiene dos perfiles: por un lado, el carácter excepcional restringe las materias de las que pueden conocer las autoridades administrativas a aquellas que de manera precisa determine el Legislador; por otra parte, dentro del marco establecido por dichas materias, las autoridades administrativas deben contar con las más amplias atribuciones, que sean suficientes para poder decidir sobre los asuntos a ella encomendados por la ley.
4. La amplitud de las atribuciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas para resolver sobre las materias a ellas 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*”⁴². Así lo ha reiterado la Corte Constitucional en diversas sentencias, en las que ha extraído de dicha norma un “*mandato de asignación eficiente*”⁴³.

Pero además de tener un sustento estatutario y jurisprudencial, se trata de una cuestión de simple lógica. Una autoridad administrativa solo puede decidir de manera definitiva sobre una controversia si cuenta con las herramientas adecuadas para alcanzar dicha finalidad. Interpretar restrictivamente estas herramientas, so pretexto de la excepcionalidad de las materias de las que puede conocer la autoridad administrativa, pondría en riesgo la posibilidad de decidir de fondo sobre el asunto y el cumplimiento de la función confiada por el Legislador.

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.

5. En el caso de los procesos de insolvencia empresarial, la Ley 1116 de 2006 atribuyó a la Superintendencia de Sociedades la misión de conocer y resolver sobre los procesos de reorganización, convalidación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y liquidación judicial de los sujetos expuestos en el artículo 6° de dicha ley.

42 Artículo 8° de la Ley 270 de 1996, reformado por el artículo 3° de la Ley 1285 de 2009.

43 Corte Constitucional, sentencias C-896 de 2012, Cit., y C-156 de 2013, esta última reiterada en Sentencia C-436 de 2013.

6. Los mencionados procesos de insolvencia están establecidos para proteger un interés general, que se expresa en los tradicionales principios de oficiosidad, universalidad objetiva y subjetiva e igualdad (*par condicio creditorum*). En la práctica, dichos principios se materializan en toda una serie de atribuciones que versan sobre la composición del patrimonio del deudor, entendido este como una universalidad jurídica que comprende la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones.
7. La ley de insolvencia empresarial expresamente atribuye a la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso, la competencia para ocuparse de materias como la calificación y graduación de créditos, la decisión de objeciones, la determinación de derechos de votos y acreencias, la aprobación de acuerdos de reorganización y de adjudicación, el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de actos, contratos o negocios jurídicos del deudor, la declaración de responsabilidad de socios, administradores, matrices o controlantes en virtud de la insolvencia, o la decisión de acciones revocatorias y de simulación concursales, entre otras materias.
8. Para resolver “de manera adecuada y eficaz” sobre las mencionadas materias, las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades deben además comprender aspectos que si bien no están expresamente determinados en el texto legal, son indispensables para poder cumplir con el encargo asignado en esta materia por el Legislador.

Así, por ejemplo, la calificación y graduación de créditos implica un juicio sobre la existencia y exigibilidad de las obligaciones a cargo del concursado; la decisión de objeciones asigna al juez del concurso la facultad de decidir sobre la fuente de la cual se derivan los créditos, lo cual implica en ocasiones un juicio de calificación de los contratos de los que estos se derivan, y un análisis sobre la validez, eficacia u oponibilidad de los mismos, en los mismos términos de un juez ordinario al resolver las excepciones de un proceso ejecutivo; la aprobación de acuerdos y reformas implica una decisión sobre su legalidad, y estos entre otros poderes-deberes que del juez del concurso, quien los debe ejercer en pro del interés del concurso y con miras al adecuado cumplimiento de la finalidad pública involucrada en él.

9. En este sentido, es natural que las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia de Sociedades le permitan pronunciarse acerca de

qué bienes conforman el patrimonio de una persona en recuperación o en liquidación, entre otros, a través de la providencia de aprobación de los inventarios y avalúos.

Del mismo modo, en los procesos de liquidación judicial esta entidad está facultada para impartir las órdenes y adoptar las medidas necesarias para lograr la adjudicación de los bienes inventariados a los acreedores de la concursada, en los términos previstos en el acuerdo o en la providencia de adjudicación. Y dentro de sus facultades como juez del concurso está, por supuesto, la posibilidad de prevenir y sancionar a quienes pretendan realizar negocios prohibidos, frente a los cuales la Superintendencia tiene la facultad de reconocer los presupuestos de ineficacia, postergar créditos e imponer sanciones de carácter pecuniario.

10. Una pluralidad de normas de la Ley 1116 de 2006 invisten al juez de insolvencia de amplios poderes para estos efectos.

El artículo 5° le otorga el poder de *“Ordenar las medidas pertinentes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor”* y *“Reconocer, de oficio o a petición de parte, los presupuestos de ineficacia”* de actos de disposición de bienes del patrimonio del deudor, entre otros actos prohibidos por dicho estatuto.

El artículo 17 le da la potestad de autorizar operaciones de enajenación de activos por fuera del giro ordinario de los negocios, previo un análisis de las razones que justifican la medida. Esa misma norma faculta para imponer multas y sanciones sucesivas a quienes contravengan la prohibición de disponer de activos de la empresa, hasta que se reverse la operación respectiva y, de ser el caso, se reintegre el patrimonio del concursado, y reconocer la ineficacia del acto respectivo.

El artículo 19, a su turno, establece que al decretar la admisión de un procedimiento de reorganización debe actualizarse la documentación aportada por el deudor en su solicitud, incluidos los inventarios y avalúos de sus bienes. Sobre dicho inventario, la Ley 1676 de 2013 ordenó incluir también una especificación sobre los bienes que se consideran necesarios o no necesarios para la actividad del deudor, y la Superintendencia de Sociedades está habilitada para pronunciarse al respecto cuando se presenten

controversias sobre el particular, en la misma oportunidad para resolver objeciones (artículo 30, Ley 1116 de 2006).

En el mismo sentido, los artículos 37, 38, 48 y 50 establecen numerosas facultades del juez de insolvencia respecto de la suerte de los bienes de la sociedad que entre en alguna de las especies de liquidación, judicial o por adjudicación, como ocurre con la posibilidad de decretar la finalización de los encargos fiduciarios y contratos de fiducia mercantil y otros contratos de tracto sucesivo sobre bienes del concurso, o la potestad para impartir órdenes a terceros sobre la restitución de los mencionados activos.

Los artículos 53 y siguientes atribuyen al juez de la liquidación la potestad de tomar decisiones sobre la conformación del inventario de los bienes que integran el patrimonio a liquidar, decretar medidas cautelares sobre ellos y excluir los que no deban hacer parte del proceso.

Del mismo modo, los artículos 58, 59 y 60 ponen en cabeza del juez competente (y por ende también de esta autoridad administrativa) la potestad de aprobar el acuerdo de adjudicación al que lleguen los acreedores, con mediación del liquidador, sobre la forma de satisfacer las obligaciones del concurso, o de proferir providencia de adjudicación en caso de no llegarse a dicho acuerdo; y el artículo 64 permite reabrir el proceso para realizar nuevas adjudicaciones cuando aparezcan nuevos bienes del deudor.

Queda asimismo en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, como juez de la insolvencia, la posibilidad de reintegrar el patrimonio del deudor a través de acciones reconstitutivas como la revocatoria o la simulación de los actos lesivos a su patrimonio (artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006); o de reconocer los presupuestos de ineficacia de los negocios prohibidos que expresamente cuentan con dicha sanción de pleno derecho (artículo 76 *ejúsdem*).

La ley dota también a la Superintendencia de Sociedades de la competencia para imponer sanciones a los administradores, socios y personas naturales que incurran en conductas constitutivas de destrucción, malversación, dilapidación, distracción, ocultamiento o disminución de los bienes del concurso (artículo 83 *ejúsdem*).

Finalmente, debe resaltarse que esta Superintendencia cuenta con expresas facultades para proferir decisiones sobre los bienes que integran el pa-

rimonio del deudor y adoptar medidas conducentes a su reintegro, protección o administración en el régimen previsto a lo largo de todo el Título III de la Ley 1116 de 2006, sobre insolvencia transfronteriza, sea que actúe como juez del concurso de un proceso coordinado, como juez del proceso de insolvencia principal, o en apoyo de una autoridad extranjera, cuando opera el reconocimiento de un proceso foráneo.

11. En este contexto, y aun reconociendo que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades no son omnímodas, sí comprenden poderes y deberes suficientes para integrar la masa de la liquidación con los activos de propiedad del deudor en concurso y de tomar determinaciones al respecto.
12. Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Despacho reconsidera la posición que fue fundamento de la providencia recurrida, que será revocada para estudiar en el fondo la solicitud presentada por el liquidador de la compañía, tal como se desarrollará a continuación.

B. Las sumas retenidas por FDN pertenecen a la masa de la liquidación

1. El caso que ocupa la atención del Despacho parte de un contrato celebrado entre THX, hoy en liquidación judicial, y FDN, que tenía como objeto “la contratación de muestreo del subsuelo mediante la perforación del pozo estratigráfico profundo ANH-Plato-1-X-P en la cuenca valle inferior del Magdalena, municipio de Nueva Granada departamento del Magdalena con recuperación de muestras y toma de registros”.
2. En ejecución del mencionado contrato, FDN retuvo parcialmente algunas sumas, las cuales ascienden a \$14.546'000.000.
3. Las mencionadas sumas, si bien en la actualidad están en poder de FDN, son de propiedad de la concursada, en la medida en que ellas constituían parte de la remuneración que ya se había obligado y pagado en su mayor parte. FDN es, en este sentido, apenas un depositario de los dineros, y está obligado por tanto a su entrega a la concursada.
4. Este Despacho entiende que las cifras retenidas por FDN pertenecen al inventario de la liquidación y que FDN no tiene ningún poder de

disposición sobre las mismas, por tratarse de recursos sujetos a la suerte del concurso.

5. Ahora bien, argumenta FDN en uno de sus escritos de respuesta a los recursos interpuestos que las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades son de carácter especial, restrictivo y excepcional y no es un aspecto que pase por la decisión caprichosa del juez concursal. Sin perjuicio de lo resuelto sobre el particular en otras oportunidades, este Despacho reitera que su jurisdicción es suficientemente amplia como para definir los bienes afectos al concurso, como los dineros tantas veces mencionados, y para dar las órdenes destinadas a su adecuada protección y encauzar su destino.

C. La liquidación del contrato entre FDN y la concursada no requiere la retención de las sumas

1. Según lo ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“La liquidación es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarias de las partes y su cuantía.*

“La liquidación del contrato entonces, constituye su balance final o ajuste de cuentas, entre la administración contratante y el particular contratista, con miras a finiquitar de una vez por todas la relación jurídica obligacional”⁴⁴.

2. Al ser una revisión de los resultados obtenidos de la ejecución del contrato, su función no es otra que la de definir el estado de cuentas de las obligaciones que estaban a cargo de las partes. *“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”⁴⁵.*

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de abril de 2011, Expediente 14823.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 10 de 1997, Expediente 10608.

3. Con la liquidación del contrato, las partes obtienen un insumo para definir las obligaciones que recíprocamente se deban, para hacer un balance con ello y determinar, entre otras situaciones, los saldos pendientes de pago.

“El legislador regula la etapa indispensable de la liquidación de los contratos sometidos a este procedimiento, con el fin de realizar un balance de la ejecución prestacional del negocio jurídico y una definición de cuentas a favor o a cargo de los contratantes, lo que permite determinar el grado de cumplimiento definitivo de las obligaciones dentro de las condiciones estipuladas, entre ellas la de entrega definitiva de las obras, interventoría, estudios o cualquier objeto contractual, sujeta a las condiciones de espacio y tiempo acordadas, sin la cual resulta imposible efectuar el balance de la relación jurídica”⁴⁶.

4. Las más de las veces, la liquidación servirá de base para determinar eventuales desequilibrios en la ejecución del contrato, para evidenciar los incumplimientos en los que se haya incurrido o para la compensación de obligaciones de las que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras.

Sin embargo, para el Despacho resulta evidente que una cosa es el negocio jurídico de liquidación del contrato, y otra bien distinta las operaciones que se decidan realizar con fundamento en él. Y si bien es usual que las compensaciones sean incluidas dentro de la misma liquidación, ello no cambia la separación entre ambas operaciones: cortar cuentas es una actividad muy distinta a cruzar cuentas.

5. En efecto, la liquidación del contrato se circunscribe a la evaluación de los distintos elementos de las obligaciones que aún existen entre las partes, pero la liquidación no determina la propiedad de los bienes en poder de los contratantes.

Se trata de un mecanismo necesario para determinar, al momento de finalizar un contrato, cuáles son las obligaciones pendientes de ser satisfechas, quiénes son sus titulares, quiénes sus deudores, cuáles las prestaciones debidas y sus montos. Todos ellos son elementos de las obligaciones derivadas del contrato estatal: sus sujetos y el objeto. La liquidación, a lo sumo, podría

46 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 6 de agosto de 2003, Radicación 1453.

servir de título de las obligaciones que en ella se determinan, pero no fija derechos reales en cabeza de las partes.

6. Ni siquiera bajo el supuesto de que en una liquidación de contrato se acuerde o se ordene la transferencia de bienes podría sostenerse que esta incide en la conformación del activo del contratista en concurso. Más allá de la admisibilidad de dicha alternativa a la luz de las leyes del concurso (que se analiza adelante), en este caso la liquidación del contrato sería, a lo sumo, el título de una obligación de transferir el dominio de un bien, y la entidad contratante sería, como consecuencia de ello, la acreedora de una obligación de dar; pero no por ello el bien deja de ser de propiedad de la contratista concursada, ni perdería el juez del concurso la potestad para proferir las órdenes dirigidas a su conservación, administración o adjudicación, según lo previsto en la Ley 1116 de 2006.
7. En los términos anteriores, es evidente para el Despacho que la retención de las sumas no es un requisito para la liquidación del contrato, y por tanto no es de recibo el mencionado argumento como fundamento de la negativa para reintegrarlas a la masa de la liquidación.

D. En la liquidación del contrato no podría disponerse ninguna compensación entre las sumas retenidas y las eventuales obligaciones a cargo de la concursada. Ineficacia de pleno derecho de las compensaciones

1. Tampoco puede admitirse que la retención de las sumas sea necesaria para la liquidación del contrato celebrado entre THX y FDN a la luz de las normas que regulan el proceso concursal que aquí se adelanta. En efecto, la única finalidad que persigue la mencionada retención consiste en el aseguramiento de una eventual compensación entre obligaciones de ambos contratantes, y dicha finalidad es contraria a disposiciones de orden público previstas por el legislador del año 2006.
2. En efecto, la apertura de los procesos de liquidación judicial trae, entre otras consecuencias, la imposibilidad de realizar operaciones por fuera de los actos necesarios a la inmediata liquidación, la prohibición de realizar pagos o de extinguir obligaciones anteriores al concurso por fuera del mismo y la ineficacia de pleno derecho de las operaciones que contravengan una y otra prohibiciones, según lo dispuesto en los artículos 48.2 y 50.11 de la Ley 1116 de 2006.

3. Este tipo de disposiciones reflejan el interés general implícito en todos los procedimientos concursales, pues buscan proteger la integridad de la masa de la liquidación de operaciones que puedan perjudicarla. Se trata de normas de orden público, que no son renunciables por las partes del concurso ni pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por las autoridades o por los particulares. Mal haría el Despacho en permitir que se retengan dineros de propiedad de la concursada, pues ello equivaldría a tolerar que se den condiciones para que un acreedor específico compense sus créditos por fuera de la dinámica del procedimiento concursal, y para realizar una operación ineficaz de pleno derecho.

E. Conclusión: FDN no puede disponer de las sumas retenidas ni reclamarlas por fuera del concurso

1. El Despacho observa que en el presente caso FDN es depositario de unos dineros de propiedad de THX, retenidos como garantía para el último pago del contrato suscrito, equivalente al 10%, según lo estipulado en su cláusula séptima.
2. En el estado actual del proceso, pendiente de recomponer el activo de la sociedad concursada para continuar con el trámite de su liquidación, es imprescindible que FDN reintegre a la masa liquidatoria, el valor que por concepto de la citada retención, se tiene a favor de la concursada, el cual asciende a la suma de \$14.546'000.000.

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

RESUELVE:

Primero. Revocar en su totalidad la decisión contenida en el Auto 400-016652 de 10 de diciembre de 2015.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a Financiera de Desarrollo Nacional poner a disposición de esta liquidación las sumas retenidas en ejecución del contrato 69 de 2013 FDN-THX Pozo ANH PLATO 1-XP, la cual asciende a la suma de \$14.546'000.000, para lo cual se otorgará un término de ocho (8) días siguientes a la notificación del presente auto.

Auto 400-008457 de 27 de mayo de 2016

Sujeto del proceso	Cúcuta Deportivo Fútbol Club S. A.
Asunto	Novación Ejecución de acuerdos de reorganización Crédito litigioso

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Respecto de la novación, el artículo 1687 del Código Civil indica que es un medio de extinción de las obligaciones, a través de la sustitución de una obligación por otra, por lo que desaparece la primigenia. En estos términos, son de la esencia (i) la preexistencia de una relación obligacional y (ii) la voluntad de las partes de extinguirla y sustituirla por otra⁴⁷.

i) La Corte Suprema de Justicia, en elaborada jurisprudencia, ha entendido que en la novación “son necesarias tres condiciones: animus novandi (artículo 1693 del Código Civil); la nueva obligación debe diferenciarse de la antigua en cierta medida, en una cuestión que atañe a la obligación en sí misma considerada, y no a meras modalidades, como la simple mutación de lugar para el pago, o la ampliación o reducción del plazo (artículos 1707, 1708, 1709 *ibídem*); finalmente, capacidad de las partes”⁴⁸.

2. En el documento aportado, denominado “acuerdo de novación”, (i) las partes se identifican como deudor y acreedor concursales; (ii) reconocen la existencia, la validez y la exigibilidad del crédito que le fue calificado al acreedor en la reorganización del deudor; (iii) reconocen unos pagos previos del deudor en reorganización; (iv) acuerdan que se hará un pago determinado del saldo insoluto el 10 de mayo de 2016, y que el 11 de mayo de 2016 se deben reunir –no se indica en dónde ni a qué hora–, para decidir la fecha del último pago, que en todo caso no debe ser posterior al 18

47 “La novación es la sustitución de una obligación primitiva que queda extinguida, por una posterior surgida por acuerdo entre las partes; estas, creando una nueva relación obligatoria, extinguen la precedente (art. 1687 c.c.); su función es, pues, mixta, extingue a la vez que crea o constituye: transfusio atque traslatio”, Hinestrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones, T. I, Bogotá, 2007, p. 722.

48 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1940.

de julio de 2016; (v) finalmente, indican que “En virtud de lo anterior la suma de 42.750.000 (sic) queda novada (sic) convirtiéndose por lo tanto en acreencia posacuerdo de reorganización”.

3. Surge, entonces, un evidente problema jurídico que debe ser resuelto: ¿el deudor en reorganización puede acordar, con uno o varios de sus acreedores reconocidos, novar obligaciones concursales?
4. Antes de abordar la solución del problema de fondo planteado, conviene dejar dicho desde este momento que el acuerdo de voluntades incorporado en el documento llamado “acuerdo de novación”, no solo no supone novación ninguna, sino que es perfectamente inepto para alterar el contenido obligacional del acuerdo de reorganización.
5. En efecto, dicho acuerdo contiene una mera variación modal de la estructura de la obligación primitiva, en la que (i) no hubo intención de novar sino que (ii) se trata de una ampliación del plazo, mutación que no tiene la entidad suficiente para configurar una verdadera novación. Es así como, (i) en el instrumento que se adujo como soporte del negocio de novación no se advierte el indispensable animus novandi, es decir, no se evidencia que la extinción de una obligación para ser sustituida por otra aparezca “claramente querida por las partes, ya porque así lo declaren expresamente, ya porque del acto se deduzca indudablemente que su intención ha sido esa. El animus novandi, pues, no se presume”⁴⁹; pero además (ii) el núcleo del acuerdo consistió en ampliar el plazo definido para el pago del crédito, hipótesis expresamente prevista en la ley como no constitutiva de novación (artículo 1708 C. C.), tal y como ha sido refrendado por la jurisprudencia⁵⁰.
6. Ahora bien, dejando dicho que en el caso concreto no hubo novación, corresponde elucidar si podría haberla, en general, respecto de obligaciones emanadas de un acuerdo de reorganización.

49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 10 de abril de 1970.

50 Cfr. *Ibidem*: “A ese criterio obedece que no haya de suyo novación en el caso de que siendo la obligación antigua pura y simple, la nueva se someta a una condición, o viceversa; ni que tampoco constituye novación la simple mutación del lugar donde deba hacerse el pago, o la mera ampliación del plazo para el cumplimiento de la obligación o la reducción del mismo”.

7. Los procesos de reestructuración, validación judicial y reorganización, no suponen la novación de las obligaciones incorporadas a los acuerdos porque las obligaciones concursadas no se extinguen, sino que se reconfiguran en cuanto a sus condiciones de pago y términos, de manera que la reestructuración del pasivo permita que el deudor quede en situación de sortear la crisis empresarial. El acuerdo de reorganización no supone, pues, animus novandi. Esto no impide que en el acuerdo mismo de reorganización se incluya la posibilidad de novar ciertas obligaciones como parte del arreglo, caso en cual no cabe censura alguna.
8. Pero no solo el acuerdo de reorganización no implica novación de las obligaciones que recoge, sino que la novación de las obligaciones concursales es, en sí misma, jurídicamente inviable como medio de extinción de obligaciones reorganizadas, salvo, como se dijo, que así se haya previsto en el acuerdo confirmado. En efecto, el primer inciso del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006 prevé que: “Como consecuencia de la función social de la empresa, los acuerdos de reorganización y los acuerdos de adjudicación celebrados en los términos previstos en la presente ley, serán de obligatorio cumplimiento para el deudor o deudores respectivos y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él”.
9. La citada norma da la medida de la entidad que la ley le asigna al documento contractual que define el pago del pasivo concursado, y en este sentido lo torna intangible por las partes y vinculante incluso para aquellos acreedores que no lo votaron e incluso para quienes votaron en contra de él.
10. Es intangible en la medida en que su contenido se contrae a lo votado por los acreedores y aprobado en audiencia de confirmación, doble chequeo después del cual su cumplimiento es forzoso, sin espacio de ajuste distinto al que permite la propia ley vía reforma del acuerdo, en los términos indicados en el inciso final del párrafo primero del artículo 31 del estatuto concursal, esto es, observando también las reglas de las mayorías concursales.
11. Según lo que viene de explicarse, entonces, la respuesta al problema jurídico planteado es no. No es viable novar obligaciones concursales, porque dicha operación extintiva supone una modificación al acuerdo de reorganización, y las modificaciones a los acuerdos de reorganización tienen una

disciplina propia, que supone observar un trámite colectivo concordante con la naturaleza misma del concurso. Permitir que el deudor negocie novaciones particulares de créditos concursales, además, importaría una transgresión directa a los principios de igualdad y de universalidad. Viola la igualdad, porque da al traste con la prelación legal de créditos en la medida en que los arreglos particulares no tienen en consideración el sistema de ordenación legal de deudas para su pago, y viola la universalidad porque permite, o bien que se excluyan acreedores, vía acuerdos novatorios, o bien que deudas concursales muten en deudas posteriores, que deben ser atendidas como gastos de administración.

12. En el caso concreto, la sociedad concursada pretende, a través de la figura de la novación, la modificación de los plazos acordados y aprobados en la audiencia de confirmación del acuerdo. Esta solución es perfectamente inviable en sede de ejecución de un acuerdo de reorganización. De hecho, en providencias proferidas en audiencias de incumplimiento de este mismo deudor se ha dicho que “las fechas estipuladas en el acuerdo no pueden modificarse sino con la presentación de un texto de reforma”.
13. De esto dan cuenta los autos 400-000693 de 31 de julio de 2015, 400-015980 de 25 de noviembre de 2015 y el Oficio 425-148178 de 3 de noviembre de 2015. En este último se dijo que “En cuanto a las obligaciones contempladas en el acuerdo y que reconoce como incumplidas, este Despacho reitera lo manifestado en las audiencias de incumplimiento de la concursada, en el sentido de que no se pueden reformar los plazos contemplados en el acuerdo confirmado, argumentando que la sociedad no cuenta con los recursos necesarios para realizar los pagos, toda vez que la ley de insolvencia claramente contempla que los escenarios en esta situación, son por un lado la reforma al acuerdo o por otra parte la convocatoria a audiencia de incumplimiento”.
14. De acuerdo con lo anterior, tome nota la sociedad deudora de la prohibición de modificar los términos del acuerdo a través de la suscripción de acuerdos de pago o cualquier mecanismo no contemplado en la Ley 1116 de 2006 o en el mismo texto del acuerdo suscrito por las partes, por cuanto la única forma de realizar dichas modificaciones es mediante una reforma en los términos del inciso final del párrafo primero del artículo 31 del estatuto de insolvencia.

15. Por lo anterior, se requerirá a la sociedad para que acredite la normalización de las obligaciones adeudadas a Roberto Polo Guete, de conformidad con lo señalado en el acuerdo para la atención de los créditos laborales. Lo anterior, sin perjuicio de la convocatoria a la audiencia señalada en el artículo 46 de la Ley 1116 de 2006.
16. En lo que se refiere al fallo proferido por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela 05001-40-88-040-2015-00230, promovida por Andrés David Saldarriaga contra esta Superintendencia y Cúcuta Deportivo Fútbol Club S. A., este Despacho con Auto 400-004666 de 28 de marzo de 2016, ordenó la inclusión en la reorganización del crédito de Andrés David Saldarriaga Cardona, contenido en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el marco del proceso ordinario laboral 2012-01-222474, promovido contra la concursada, en los términos ordenados en el mencionado fallo de tutela. Lo anterior, fue comunicado a la concursada con Oficio 400-056173 de 28 de marzo de 2016.
17. No obstante lo anterior, en la audiencia realizada el 19 de abril de 2016, denunció el apoderado del tutelante el incumplimiento de la sociedad por cuanto este crédito debió ser incluido como una obligación laboral y no como una de quinta clase como lo pretende la sociedad deudora.
18. Se observa que el juez de tutela de segunda instancia resolvió:

“PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías, adiada el 11 de noviembre de 2015, en su lugar se CONCEDE el amparo solicitado dentro de la acción de tutela instaurada por Andrés David Saldarriaga Cardona en contra de la Superintendencia de Sociedades, Representante Legal del Cúcuta Deportivo Fútbol Club S. A.

“SEGUNDO. Se ORDENA a la Superintendencia de Sociedades, que en el evento en que no lo hubiere hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a incluir dentro del proceso de Reorganización, el crédito del ciudadano Andrés David Saldarriaga Cardona, sustentada en la sentencia ordinaria laboral en contra de la concursada radicada el 21 de agosto de 2012 con

el número 2012-01- 222474 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, conforme el artículo 25 de la Ley 1116 de 2006”.

19. El artículo 25 de la Ley 1116 de 2006 señala que los fallos de cualquier naturaleza, proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo respecto de obligaciones concursales, no constituyen gastos de administración y serán pagados en los términos previstos para los de su misma clase. Por tal motivo, la obligación que se ordena incluir por el juez de tutela en el acuerdo de reorganización es una obligación de carácter laboral, porque deriva de una sentencia de dicha naturaleza.
20. Según esto, la sociedad deudora debe cumplir el fallo de tutela a través de la inclusión del crédito a favor del señor Saldarriaga como de carácter laboral y pagar las cuotas que a la fecha se hayan vencido.

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

RESUELVE:

Primero. Otorgar al representante legal de la sociedad Cúcuta Deportivo Fútbol Club S. A. el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que acredite la normalización de las obligaciones incumplidas y reconocidas a favor de Roberto Polo Guete.

Segundo. Otorgar al representante legal de la sociedad Cúcuta Deportivo Fútbol Club S. A. el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que acredite el cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela 05001-40-88-040-2015-00230, promovida por Andrés David Saldarriaga, cumplido lo cual debe remitir los soportes de pago de las cuotas que a la fecha se hayan vencido.

Auto 400-008679 del 1° de junio de 2016

Sujeto del proceso	Supercable Telecomunicaciones S. A.
Asunto	Intereses en la liquidación judicial Actualización de créditos Fuerza mayor

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La providencia recurrida decidió un recurso de reposición interpuesto por la DIAN contra el auto que resolvió los recursos de reposición a la calificación y graduación de créditos.
2. Bajo las reglas del C. G. P.⁵¹, el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual puede reponerse respecto de los puntos nuevos.
3. La ley no define qué debe entenderse por puntos no decididos o nuevos, razón por la cual es necesario revisar el alcance de este concepto en la jurisprudencia y en la doctrina especializada.

Según el tratadista Devis Echandía, *“por punto nuevo se entiende el contenido en las decisiones del auto, es decir, en las resoluciones adicionales que adopte, y no los argumentos o fundamentos complementarios o sustitutivos que se tengan en cuenta para confirmar o modificar las conclusiones del primer auto”*⁵².

De otro lado, la jurisprudencia indica que *“‘puntos no decididos’ que para estos efectos también se los califica de ‘nuevos’, son los que por primera vez aparecen en la parte resolutoria del auto que resuelve la reposición, pero no en sus considerandos; es decir, que las nuevas argumentaciones que esgrima el juez, las razones complementarias o sustitutivas que tengan en cuenta para confirmar o alterar las conclusiones del primer auto no pueden considerarse como puntos no decididos o nuevos”*⁵³.

51 Artículo 318, C. G. P.

52 Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I. 1983, Bogotá, p. 574.

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 9 de junio de 1980.

4. En la providencia atacada se estimó parcialmente el recurso de reposición de la DIAN contra el auto que resolvió objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos, reconociendo los intereses causados desde el vencimiento de cada una de las obligaciones hasta la fecha de apertura de la liquidación, y en el numeral segundo ordenó al liquidador liquidar los intereses de las obligaciones no pagadas sin incluir componente alguno por mora o sanción moratoria.
5. Encuentra el Despacho que el único punto nuevo, pese a que se refiere al mismo concepto de intereses, es la orden contenida en el ordinal segundo de no incluir componente alguno por mora o sanción moratoria, y en este sentido se estudiará el recurso conforme a los tres argumentos principales expuestos por el impugnante, esto es, (i) desconocimiento del artículo 53 de la Ley 1116 de 2006, por no tener en cuenta los intereses causados durante la reorganización; (ii) ausencia de fuerza mayor por previsibilidad; (iii) interés moratorio en obligaciones tributarias.
6. El Despacho hará su análisis conforme a los siguientes puntos de desarrollo:

6.1 Efectos para los acreedores derivados del incumplimiento del acuerdo recuperatorio

a) El acuerdo de reorganización no supone la novación de las obligaciones contenidas en él, pese a que se pactan unas condiciones de pago especiales y en ocasiones distintas a las inicialmente pactadas⁵⁴. Según esto, en caso de incumplimiento del acuerdo las condiciones iniciales de las deudas se restablecen de cara al proceso de liquidación, salvo que se configure alguna de las excepciones que el régimen de insolvencia prevé.

b) Incumplido el acuerdo e iniciada la liquidación judicial, surgen nuevas reglas para materializar el derecho de los acreedores sobre la prenda general integrada por todos los bienes del deudor, lo que impone la conformación de la masa pasiva con todas las obligaciones causadas hasta el día anterior al inicio de la liquidación, ordenación esta que se refleja en el trabajo de calificación y graduación de créditos que hace el liquidador.

54 Auto 400-008457 de 27 de mayo de 2016.

c) Para formar dicha lista de pasivos, el régimen prevé la carga para los acreedores de comparecer al proceso en el término legal, pero el reconocimiento que se haya hecho en la reorganización se comunica a la liquidación judicial, luego los acreedores del concurso recuperatorio quedan, *ipso iure*, reconocidos en el liquidatorio, como lo dispone el artículo 48.5 de la ley de insolvencia.

d) Ahora, mientras la sociedad ejecuta el acuerdo de pago es posible que las obligaciones reconocidas sufran alteraciones que inciden en la liquidación, como (i) que el acreedor haya cedido el crédito y entonces el liquidador debe reconocer como adjudicatario en la liquidación al nuevo titular- cesionario; (ii) o que la obligación se haya pagado por un tercero, caso en el cual emerge el fenómeno de la subrogación, y es el nuevo titular quien participa en la liquidación: (iii) que se hayan hecho pagos parciales, de modo que solo entra a la liquidación el saldo insoluto; (iv) o que la obligación se haya pagado en su totalidad, por lo que no hace parte de la liquidación.

e) De las anteriores posibilidades, unas suponen para el acreedor la carga de reportar su nueva situación al liquidador, como en las cesiones o subrogaciones; pero las referentes a pagos hechos por el deudor, son operaciones que quedan reflejadas en los registros contables y que el auxiliar de la justicia debe verificar al momento de listar el pasivo de la liquidación.

f) Los efectos del concurso recuperatorio en el liquidatorio también estaban previstos en el régimen de liquidación obligatoria de la Ley 222 de 1995 (artículo 158), y pese a que dicho estatuto guardó silencio frente a las situaciones de las obligaciones reconocidas en el concordato, en realidad los auxiliares hacían esta revisión y actualización para que la masa pasiva reflejara la realidad y no se afectaran los derechos de los acreedores que no habían recibido pago parcial ni total con la inclusión de pasivos inexistentes. Se trata de una operación de simple depuración del pasivo que pasa de reorganización a liquidación.

g) Ahora bien, el inciso primero del artículo 53 de la Ley 1116 de 2006 dispone que: *“El liquidador procederá a **actualizar** los créditos reconocidos y graduados y el inventario de bienes en el acuerdo de reorganización y a incorporar los créditos calificados y graduados en el concordato, si fuere el caso, los derechos de*

votos y los créditos en el acuerdo de reorganización fallido y a realizar el inventario de bienes en estos dos últimos, desde la fecha del vencimiento de la obligación hasta la de inicio del proceso de liquidación judicial, en los términos previstos en la presente ley” (énfasis añadido).

h) *¿Qué es actualizar?* Lo primero que se concluye del inciso transcrito, es que son varias piezas procesales las que debe revisar el liquidador, cuando la liquidación ha estado precedida por un concurso recuperatorio: (i) “créditos reconocidos y graduados”; (ii) “inventario de bienes”; y (iii) “derechos de voto”.

i) En lo que toca al inventario de bienes y a los derechos de voto, actualizar supone, sencillamente, verificar la correspondencia entre lo contenido en estas piezas que vienen de reorganización o concordato, y la realidad de las cosas en la liquidación. Es posible que el inventario de bienes se haya alterado, por incremento o disminución del activo, y que lo propio haya ocurrido con los derechos de voto, en atención a las reglas previstas en el artículo 31 del Decreto 1730 de 2009, recogido en el artículo 2.2.2.13.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

j) Sin embargo, en lo que respecta a los créditos calificados y graduados en la reorganización o el concordato, la actualización implica, además de depurar de pagos totales o parciales la calificación, dar cuenta en sede de liquidación de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, es decir, actualizar los créditos reconocidos previamente implica indexar los capitales debidos, esto es, actualizar dichas sumas a partir de la aplicación de una fórmula de actualización con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (inflación).

k) En efecto, el paso del tiempo supone una consecuente depreciación en las unidades de cambio (moneda) que diluye su valor de intercambio. Esta depreciación se mide, mes a mes, a partir del índice de inflación⁵⁵, y su reconocimiento en las obligaciones dinerarias ha sido entendido por la jurisprudencia como una proyección del principio de integridad del pago⁵⁶.

55 Cfr. <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>

56 *“Este principio: el de la integridad del pago, por regla, presupone que, tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir equivalencia cualitativa –y no simplemente cuantitativa– entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto inexorable, amén del implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve afectada –las más de*

l) Ahora bien, la indexación o actualización de los créditos no supone liquidar los intereses, como erróneamente lo indica el recurrente, porque la indexación es solo uno de los elementos que integran el complejo concepto de interés. Indica el profesor Hinestrosa que *“Si se pregunta qué factores influyen en la formación del interés y en las fluctuaciones de la tasa, la respuesta es bien sencilla: el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria ($c+r+d$). La ley de la oferta y la demanda pesa sobre el costo del dinero, como también sobre el nivel del rendimiento de otras inversiones (acciones, bonos, papeles de interés fijo); el riesgo de la clase de operación, el derivado del término al que se pacta y el individual, igualmente afectan la tasa de interés; en fin, y esto es importante subrayarlo, el índice de depreciación se traslada a la cuota de interés: por ese medio el prestamista se protege preventivamente de la desvalorización calculada o temida”*⁵⁷. Por lo demás, así lo reconoce la jurisprudencia⁵⁸.

m) Según esto, entonces, cuando la norma concursal dice actualizar, también dice indexar, pero no liquidar intereses sobre el capital. Deriva de ello que si se ordena actualizar, la operación se contrae a aplicar, a los créditos que se califican en la liquidación, el índice de depreciación, teniendo en cuenta, eso sí, que no son acumulables intereses y depreciación, debido a su relación de continente a contenido: *“Las fórmulas metodológicas [para calcular la tasa de interés comercial] contienen el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación”*⁵⁹. Con esto, se corrige expresamente lo dicho en el ordinal 13 del apartado considerativo del Auto 400-001342 de 29 de enero de 2016.

las veces y, particularmente en países con economías deficitarias o inestables— por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo.

“Es por ello que la Corte ha expresado, que el pago no será completo, ‘especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando estos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no solo nacional, sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago” (subraya en el original). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de noviembre de 2001, Exp. 6094.

57 Hinestrosa, Fernando, Tratado de las Obligaciones, T. I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 1576.

58 *“Efectivamente, es sabido que la tasa de interés monetaria —distinta de la pura, esto es, la concerniente al reconocimiento privativo del uso de capital—, se desdobra en diversos factores, v.gr.: el rédito propiamente dicho; una tasa de seguridad por el riesgo asumido por el prestamista (tasa de riesgo); gastos de operación; monto compensatorio derivado del proceso inflacionario (tasa de inflación), entre otros conceptos”,* Corte Suprema de Justicia, Cit.

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. 14171.

6.2. Intereses en la liquidación judicial

a) El artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, prevé que el pago de intereses en la liquidación judicial queda postergado, es decir, solo procede una vez pagados los demás créditos calificados y graduados.

b) Esta norma recogió la regla pretoriana de la postergación de intereses en la liquidación que, ante la ausencia de norma pertinente, desarrolló este operador concursal y que se expresaba en los siguientes términos: *“El proceso liquidatorio se caracteriza por ser un proceso colectivo, que tiene por objeto la satisfacción proporcional de los derechos de crédito de los acreedores, y reglamenta las relaciones entre en (sic) deudor y los acreedores sobre la base de una regla de justicia, que tiene el valor de ser realista porque se adapta a una situación patrimonial de insuficiencia y mira a garantizar un tratamiento igualitario para todos los acreedores.*

“Esta regla de igualdad de tratamiento impone al juez del concurso la necesidad de evaluar la situación del concursado en la satisfacción de los créditos. Asimismo de evaluar el estado de insuficiencia del activo para esa satisfacción. Es así como, en aras de obtener el tratamiento más justo para los acreedores, se entiende que esa justicia se ve traducida en el pago real a la mayor cantidad de acreedores en respeto de la prelación y privilegios de ley. Dicho pago que como antes se anotó en condiciones de normalidad jurídica impondría la necesidad de satisfacer el crédito tanto en capital e (sic) intereses para el acreedor en aplicación del principio de indivisibilidad, en el proceso concursal en aras de la justicia se debe entender en el menor perjuicio para la colectividad, lo cual se traduce en la necesidad de aplicar el pago primero a las obligaciones en lo referente a capital y, de ser posible y quedar remanente, a los intereses válidamente pactados”⁶⁰.

c) La deficiencia legislativa en el régimen concursal quedó, entonces, finalmente superada con el artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, que es norma expresa sobre el pago de prestaciones correspondientes a intereses en el concurso liquidatorio.

d) En suma, según lo desarrollado hasta aquí, la calificación y graduación de créditos en la liquidación no se limita, en caso de concurso recuperatorio previo, a reproducir lo calificado y graduado en la reorganización, sino que

60 Auto 441-011773 de 7 de julio de 2003.

implica actualizar los créditos, esto es, a indexar su capital, y reconocer los intereses causados por la obligación pecuniaria (remuneratorios y moratorios), desde su vencimiento hasta la fecha de inicio de la liquidación judicial, pero su pago queda postergado por expreso mandato legal. De esto se sigue que el capital pagadero en la liquidación es el que resulte de la indexación de su valor, pero si queda remanente para pagar intereses, sean estos remuneratorios o compensatorios, se debe deducir en su liquidación lo que haya correspondido a la indexación porque, como se vio, no se pueden acumular.

e) Ahora bien, los intereses que deben calificarse son los definidos en cada relación de crédito particular y no los previstos en el acuerdo de reorganización porque, como se dijo, al no tener el acuerdo el efecto deletéreo de la novación, su desaparecimiento por incumplimiento hace emerger las condiciones primigenias de las deudas. Con esto, se corrige expresamente lo dicho en los ordinales 16 y 18 del apartado considerativo del Auto 400-001342 de 29 de enero de 2016.

6.3 Interés especial de las obligaciones tributarias

a) El Despacho estima que le asiste razón al recurrente en este punto, por cuanto es lo cierto que la obligación tributaria no admite la modalidad remuneratoria del interés, sino que solo es viable liquidar, verificado el impago, intereses de mora. Así lo prevé expresamente el artículo 634 del Estatuto Tributario, en los siguientes términos: *“Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago.*

“Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de Impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora, a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial”.

b) Siendo esto así, en el particular caso de la liquidación judicial por incumplimiento de acuerdo recuperatorio, es claro que restablecidas las condiciones primigenias de las deudas concursadas por el incumplimiento del

contrato de reorganización, se deben liquidar los intereses como si este nunca hubiera existido, de manera que se deben calificar los causados desde el vencimiento individual de cada deuda, hasta la apertura de la liquidación. Esta regla también deriva del carácter no novatorio del acuerdo de reorganización.

c) Ahora bien, no tiene razón el recurrente cuando cuestiona lo dicho sobre la fuerza mayor que deriva del hecho de la concursalidad misma. En efecto, la prohibición de pago libre de créditos concursados es de fuente legal (Ley 1116 de 2006, artículo 17) y corresponde de manera indubitable al supuesto de “*actos de autoridad ejercidos por un funcionario público*” previsto en el artículo 64 del estatuto sustancial, como constitutivo de fuerza mayor. Se trata de una prohibición expresa derivada de una ley de la República, respecto de la cual el juicio de previsibilidad⁶¹ es inane.

d) Como quedó dicho en el auto recurrido, cuando una sociedad está incurrida en un proceso de reorganización el régimen le prohíbe pagar obligaciones por fuera del escenario concursal, so pena de ineficacia del pago. Esta restricción, como muchas otras, garantiza el cumplimiento del principio de universalidad en sus proyecciones objetiva y subjetiva, y pone en igualdad de condiciones a los acreedores, quienes resignan sus expectativas de pago y su derecho de ejecución individual a la regla de la prelación legal.

e) Así las cosas, el concurso mismo rompe el nexo causal entre el impago y la conducta del deudor, y ello supone que su responsabilidad y las consecuencias que de ella derivan para él no se configuren con la plenitud que se verifica en un escenario extraconcursal. La expresa prohibición de pago libre es irresistible para el sujeto concursal y eso determina que se configure la fuerza mayor⁶².

61 En todo caso, debe tenerse en cuenta la manera en que el Consejo de Estado morigeró el alcance de la imprevisibilidad como elemento de la fuerza mayor, cuando dijo que (i) el elemento esencial de esta causa de exención de responsabilidad, en realidad, es la irresistibleidad; pero que, además, la imprevisibilidad no se refiere tanto a la posibilidad de anticipar si el hecho ocurrirá o no, sino a cuándo ocurrirá. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de junio de 1994, Exp. 6639.

62 “*Históricamente se ha aceptado y comprendido la necesidad de eliminar la responsabilidad de quien se encuentra impedido para actuar bajo el imperio de la fuerza mayor, que tiene como característica esencial la de la irresistibleidad. Por ello Ulpiano la definía diciendo: «omnen vim cui resisti non potest» (toda fuerza que no puede resistirse). También en el antiguo derecho francés Emérigon, en su Tratado de los Seguros y del Préstamo a la Gruesa, enseñaba: «se llama fuerza, vis mayor, aquella a la cual no se puede resistir»*” (énfasis en el original), *Ibidem*.

f) De lo anterior se sigue necesariamente que es jurídicamente inviable reconocer intereses de mora a partir de la apertura del proceso de insolvencia, trátase de concurso recuperatorio o liquidatorio. Ahora bien, lo que sí es posible es que, incumplido el acuerdo de reorganización, al reactivarse las condiciones originales de los créditos, sea necesario calificar en la liquidación los intereses que debieron correr entre el vencimiento de la deuda y el inicio de la liquidación, momento a partir del cual de nuevo se configura una situación de fuerza mayor que imposibilita el pago.

g) Por lo demás, como se sabe, es carga del acreedor reclamar y probar su crédito y exigir su reconocimiento en la liquidación, de suerte que si se trata de un pasivo calificado y graduado en reorganización, el deber del liquidador es actualizar los créditos, en los términos en que se expuso en esta providencia, pero si uno o varios de los acreedores calificados y graduados en el concurso previo estima necesario adicionar su reclamo con otros rubros, dispone para ello de los veinte días que prevé el artículo 48.5 de la Ley 1116 de 2006, que indica expresamente, in fine, que *“Los créditos no calificados y graduados en el acuerdo de reorganización y los derivados de gastos de administración, deberán ser presentados al liquidador”*.

7. Finalmente, el Despacho precisa que en esta liquidación ya se ejecutó el acuerdo de adjudicación confirmado en audiencia de 14 de diciembre de 2015, cuyo activo alcanzó para pagar hasta las obligaciones de quinta clase, a prorrata, sin que los créditos postergados, a los que corresponderían los intereses de mora de la autoridad tributaria, tengan vocación de pago.

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

RESUELVE:

Estimar parcialmente el recurso y revocar la parte resolutive del Auto 400-001342 de 29 de enero de 2016, que quedará así:

Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por el comisionado de la DIAN contra el auto que resolvió objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos, llevada a cabo el 19 de junio de 2015, en el sentido de reconocer como postergados en primera clase fiscal, los intereses originarios de la obligación causados desde el vencimiento de cada una de las obligaciones hasta la fecha de apertura de la liquidación.

Auto 400-000416 de 10 de junio 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	Insolvencia transfronteriza Reconocimiento de proceso extranjero Centro de los principales intereses Proceso extranjero principal Insolvencia de matriz extranjera Medida cautelar Garantías mobiliarias

I. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

a) Respecto de la solicitud de reconocimiento como principal del proceso que se tramita ante la Corte Superior de Justicia de Ontario

1. El régimen de insolvencia transfronteriza busca (i) regular la cooperación entre las autoridades competentes colombianas y las autoridades de jurisdicciones extranjeras, (ii) incrementar la seguridad jurídica en el comercio y las inversiones, (iii) administrar equitativa y eficientemente la insolvencia transfronteriza, buscando siempre la protección de los intereses de los acreedores y del deudor, y (iv) garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor⁶³.
2. En particular, el régimen de insolvencia transfronteriza permite que el representante extranjero pueda solicitar el reconocimiento del proceso foráneo para obtener del tribunal local las medidas de protección necesarias para el trámite de su insolvencia.
3. Para que la Superintendencia de Sociedades, como autoridad competente, pueda reconocer el proceso, en los términos del artículo 103 de la Ley 1116 de 2006, el mismo (i) debe ser un proceso extranjero de acuerdo con

63 Artículo 85, Ley 1116 de 2006.

lo definido en el artículo 87.1 del estatuto concursal; (ii) el representante extranjero debe ser una persona u organismo en el sentido del artículo 87.4⁶⁴ de la misma normativa; (iii) la solicitud debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 100⁶⁵; y (iv) La solicitud debe haber sido presentada ante la autoridad colombiana competente.

4. El artículo 87.1 de la ley de insolvencia define el extranjero como aquel proceso colectivo, judicial o administrativo, iniciado en un Estado diferente al colombiano, bajo una ley relativa a la insolvencia, y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor quedan sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero⁶⁶.
5. La Superintendencia de Sociedades, como autoridad competente, puede no reconocer el proceso extranjero, si resulta que hacerlo es contrario al orden público de la República de Colombia⁶⁷, supuesto que debe emerger de manera evidente y más allá de toda duda.
6. En el presente caso, mediante memorial de 2 de mayo de 2016, fue presentada copia debidamente legalizada de la Orden Inicial proferida por el Honorable Juez Newbould de la Corte Superior de Justicia de Ontario, que declara abierto el proceso de insolvencia n°. CV-16-11363-00CL, bajo la Ley de Arreglos de Acreedores de Compañías de Canadá R.S.C 1985, c C-36 enmendada (Companies Creditors Arrangement Act – “CCAA”). En la misma orden se designó, previa recomendación de las sociedades deudoras, a PriceWaterhouseCoopers Inc. como “monitor” del proceso de reorganización. (folios 153 a 184, radicación 2016-01-247484).
7. Según lo ordenado por el tribunal canadiense, el monitor fue designado para que supervise los asuntos financieros y comerciales de las socieda-

64 “Representante extranjero” es la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un proceso extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del proceso extranjero.

65 Toda solicitud debe estar acompañada de: (1) Una copia certificada de la resolución que declare abierto el proceso extranjero y nombre el representante extranjero; o (2) Un certificado expedido por el tribunal extranjero que acredite la existencia de proceso extranjero el nombramiento del representante extranjero; o (3) En ausencia de una prueba conforme a los numerales (1) y (2), cualquier otra prueba admisible para las autoridades colombianas competentes de la existencia del proceso extranjero y del nombramiento del representante extranjero. La solicitud también deberá estar traducida al castellano, pudiendo la autoridad colombiana solicitar traducción oficial y protocolización ante el consulado respectivo.

66 Artículo 87 numeral 1, Ley 1116 de 2006.

67 Artículo 91, Ley 1116 de 2006.

des solicitantes, de acuerdo con los poderes y responsabilidades señalados en el régimen concursal de ese país.

8. Según esto, la Ley de Arreglos de Acreedores de Compañías de Canadá, regula un proceso judicial de insolvencia en el cual están inmersos intereses colectivos, cuya consecuencia es la reestructuración de la deuda bajo el control y supervisión de la Corte canadiense. Bajo los presupuestos establecidos en el artículo 87.1 de la Ley 1116 de 2006, este Despacho reconocerá el proceso extranjero iniciado, y tendrá como representante extranjero a PriceWaterhouseCoopers Inc., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 96 y 97 de Título III de la Ley 1116 de 2006.
9. Ahora bien, la Ley 1116 de 2006, distingue dos tipos de procesos extranjeros pasibles de ser reconocidos: (i) el principal, que se adelanta en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses⁶⁸, y (ii) el no principal⁶⁹, que cursa en un país en donde el deudor solo tiene un establecimiento o sucursal⁷⁰. De esta distinción derivan distintas consecuencias jurídicas.
10. Ni el régimen concursal colombiano ni la Ley Modelo de la CNUDMI definen qué se entiende por centro principal de los intereses del deudor. Solo se establece una presunción legal⁷¹, según la cual el centro principal de los intereses del deudor corresponde al domicilio social o residencia habitual del deudor (artículo 101, Ley 1116 de 2006).
11. Esta presunción se desvirtúa mediante el aporte de los elementos probatorios conducentes, que deben ser analizados en contexto, junto con

68 Artículo 103.4.a, Ley 1116 de 2006.

69 Artículo 103.4.b, Ley 1116 de 2006.

70 Establecimiento: todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza una actividad económica de manera permanente.

71 “Como ya se ha indicado, en la Ley Modelo se establece la presunción de que el lugar que corresponde a esos atributos es el del domicilio social del deudor. Sin embargo, en realidad, el centro de los principales intereses del deudor puede no coincidir con el lugar de su domicilio social, y la Ley Modelo prevé la posibilidad de impugnar esa presunción cuando esté situado en un lugar que no sea el de su domicilio social. En esas circunstancias, el centro de los principales intereses se determinará por medio de otros factores que indiquen a los que hacen negocios con el deudor (especialmente los acreedores) dónde se encuentra. Así pues, es importante considerar los factores que por sí solos puedan indicar que el centro de los principales intereses del deudor es determinado Estado” Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación”, Naciones Unidas, New York, 2014, párrafo 144.

otros factores objetivos más allá del domicilio del deudor⁷². Aunque en principio es carga de los sujetos interesados promover el desmonte de la presunción, nada obsta para que el propio Despacho enerve el supuesto a partir del cual se estructura la presunción⁷³.

12. Los factores que permiten reconocer un proceso extranjero como principal, no pueden ser aplicados de manera mecánica por el Juez, a quien le corresponde velar razonablemente porque se protejan los intereses de todas las partes afectadas por el proceso de insolvencia en curso.
13. Este análisis es relevante para el caso en estudio, en el que la solicitud fue presentada de manera conjunta por miembros de un grupo de empresas, cuyos establecimientos de comercio están ubicados en distintos lugares, en los que diferentes tribunales tienen jurisdicción para conocer del trámite⁷⁴.
14. En la tercera parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de la CNUDMI, que corresponde al “Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia”, se llamó la atención sobre la necesidad de definir parámetros de cooperación y marcos legislativos que permitan un adecuado trámite de insolvencia transfronteriza de grupos, y advirtió sobre la dificultad en adaptar el concepto de “centro de los principales intereses”⁷⁵.

72 “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación”, Naciones Unidas, New York, 2014, párrafo 145.

73 No obstante, cuando un representante extranjero solicite el reconocimiento de un procedimiento extranjero como procedimiento principal y parezca haber una diferencia entre el lugar del domicilio social del deudor y el presunto centro de sus principales intereses, la parte que alegue que este no es el lugar de su domicilio social deberá probar al tribunal dónde se encuentra. El tribunal del Estado promulgante deberá considerar por sí mismo cuál es el lugar del centro de los principales intereses del deudor. “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación”, Naciones Unidas, New York, 2014, párrafo 143.

74 *In re Digital Domain Group Inc.*, 2012 BCSC 1565.

75 “Últimamente se ha hablado mucho de cuál podría ser la base de un régimen jurídico para abordar la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas. Entre las sugerencias que se han hecho cabe destacar la de adaptar el concepto de “centro de los principales intereses” en la medida en que se aplica a cada deudor y a un grupo de empresas, de manera que todos los procedimientos contra las empresas del grupo puedan iniciarse y administrarse desde un único centro a través de un solo tribunal y con sujeción a una única ley aplicable. Otra sugerencia fue la de determinar un centro de coordinación del grupo, remitiéndose a la ubicación de la empresa matriz del grupo, o permitir que las empresas del grupo soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado en que se hayan entablado procedimientos contra la empresa matriz insolvente del grupo. Tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia”. Naciones Unidas, New York, 2012, pág. 95.

15. En el caso colombiano, si bien el artículo 34 del Decreto 1749 de 2011 establece que las normas del Título III de la Ley 1116 de 2006 se aplicarán en el contexto de grupo de empresas, el análisis debe hacerse desde otra perspectiva, más aún cuando hablamos de varios deudores que pueden o no llegar a compartir acreedores, cuyos activos son independientes, sus estructuras operativas pueden variar y tienen regímenes aplicables diferentes.
16. Es por ello que en estos casos se debe tener en cuenta, para definir si un proceso extranjero es principal o no principal, no solo el domicilio social o residencia habitual del deudor, en este caso de la matriz, sino los distintos factores desarrollados tanto en la Guía para Legislar e Interpretar la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI, como los criterios desarrollados por la jurisprudencia extranjera.
17. Del análisis de las fuentes mencionadas, se deducen los siguientes factores como referentes para determinar el centro de los principales intereses: (i) ubicación de los libros y registros del deudor; (ii) lugar desde el que se administran los sistemas de manejo de efectivo (cash management systems); (iii) ubicación de los activos principales y de las operaciones del deudor; (iv) ubicación del banco principal del deudor; (v) ubicación de los empleados; (vi) lugar de determinación de la política comercial del deudor; (vii) lugar de origen de la ley aplicable a los principales contratos del deudor; (viii) lugar desde el que se dictan las políticas de compras y ventas, recursos humanos, cuentas por pagar y sistemas de computadores; (ix) lugar desde el que se organizan los contratos de suministro; (x) lugar donde se adelanta la reorganización del deudor, (xi) lugar de origen de la ley aplicable a la mayoría de las disputas, (xii) lugar donde el deudor es sujeto de supervisión o regulación; (xiii) lugar de origen de la ley aplicable a la preparación y auditoría de la contabilidad o lugar desde el que se prepara y audita la contabilidad; y (xiv) lugar donde se autoriza u organiza el financiamiento.
18. Estos factores no tienen el mismo peso, pero tampoco existe un orden de prioridad para ellos. Se trata de una lista enunciativa en la que el juez puede apoyarse, pero que no excluye considerar otros factores relevantes en el caso concreto⁷⁶.
19. Luego de analizar la documentación presentada por las sucursales colombianas de Meta Petroleum, Pacific Stratus Energy y Petrominerales

⁷⁶ “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación”, Naciones Unidas, New York, 2014, párrafo 147.

Colombia Corp., las cuales están vinculadas a Pacific Exploration & Production, a la luz de los factores determinantes de la definición del centro de los principales intereses, nada se opone a que se considere que este corresponde al domicilio principal de la matriz en Canadá. Allí se llevan libros y registros de contabilidad, es la sede de toma de decisiones por parte de la Junta directiva, es desde donde se administran sus intereses de manera habitual, como puede ser averiguado por terceros⁷⁷, es allí donde se organizó el financiamiento del acuerdo de reestructuración, la matriz es la deudora principal de la deuda externa del Grupo, y las operaciones de crédito con las entidades financieras y las emisiones de bonos fueron llevadas a cabo directamente por la matriz del Grupo.

20. Por lo tanto, de la ponderación de los distintos factores de análisis se desprende como viable el reconocimiento, como proceso extranjero principal, el de insolvencia iniciado ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, Canadá, con base en la Ley de Arreglos de Acreedores de Compañías (Companies Creditors Arrangement Act – “CCAA”). Con todo, se precisa que reconocer el proceso extranjero significa simplemente emitir una decisión judicial en la que se reconoce que un proceso de insolvencia se tramita en una jurisdicción diferente a la colombiana. Esta decisión no implica ningún juicio sobre la validez o a la legalidad del acuerdo de reorganización que se llegue a celebrar en el foro judicial canadiense ni excluye cursos de acción probables en caso de cesación de pagos en Colombia.

b) Respecto de la solicitud de reconocer a PriceWaterhouseCoopers como representante del proceso extranjero del Grupo Pacific

Como consecuencia necesaria de lo que se acaba de decidir, se reconocerá a PriceWaterhouseCoopers como representante del proceso extranjero, con todas las prerrogativas previstas en los artículos 96 y 97 de la Ley 1116 de 2006.

c) Respecto de la solicitud de otorgar las medidas señaladas en los artículos 105, 106 y 107 de la Ley 1116 de 2006 y en los artículos 20 y 21 del mismo estatuto

1. El reconocimiento de un proceso extranjero tiene efectos distintos dependiendo de si se reconoce como principal o como no principal.

⁷⁷ “Reglamento del Consejo Europeo n.º. 1346/2000” Parágrafo introductorio n.º. 13, p. 2.

2. Por un lado, si el proceso se reconoce como principal, operan las medidas automáticas establecidas en el artículo 105 de la Ley 1116 de 2006. Por otro lado, si se trata del reconocimiento del proceso como no principal, las medidas automáticas no se producen sino que deben ser rogadas por la parte interesada.
3. De conformidad con el numeral 1 del artículo 105 de la Ley 1116 de 2006, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución en contra del deudor, y se suspenden los que estén en curso, y quedan legalmente facultados el representante extranjero y el deudor para solicitar, individual o conjuntamente, la suspensión de la ejecución y para alegar la nulidad del proceso o de las actuaciones posteriores al reconocimiento del proceso extranjero principal. Además, se suspende todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de cualquier modo de esos bienes, salvo que se trate de un acto u operación que corresponda al giro ordinario de los negocios de la empresa o que medie autorización expresa de este Despacho. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención de lo dispuesto en esta norma, será ineficaz de pleno derecho y dará lugar a la imposición de multas sucesivas, hasta que sea reversada la operación.
4. En el caso en concreto, habiendo sido reconocido como proceso extranjero principal el de insolvencia iniciado ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, este Despacho reconoce la eficacia de las medidas de que trata el artículo 105 de la Ley 1116 de 2006, como efecto legal necesario del reconocimiento.
5. De otro lado están las medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero, principal o no principal, según lo dispuesto en los artículos 106 y 107 del estatuto concursal. Las medidas previstas en el artículo 106 corresponden a un catálogo enunciativo que podrá adoptar el juez colombiano a petición del representante extranjero, cuando considere que es necesario proteger los bienes del deudor en Colombia, asegurándose de salvaguardar los intereses de los acreedores y de los demás interesados.
6. El inciso segundo del artículo 107 indica expresamente que *“La autoridad colombiana competente podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos anteriormente mencionados a las condiciones que juzgue convenientes”*. La decisión sobre dichas medidas podrá ser impugnada por el representante

legal extranjero o por cualquier interesado, así como modificada o quedar sin efecto por decisión el juez del concurso, como lo advierte el mismo artículo 107.

7. En el presente caso, el monitor solicitó que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 106, se otorguen las medidas previstas en los artículos 20 y 21 de la ley de insolvencia, que se refieren a la protección frente a procesos de ejecución y a la continuidad de contratos en ejecución.
8. En realidad, el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 regula los mismos efectos que el numeral 1 del artículo 105, que es una medida automática, consecuencia del reconocimiento del proceso extranjero como principal. Según esto, entonces, no es necesario, por redundante, ningún pronunciamiento sobre esta solicitud.
9. En cuanto a la medida del artículo 21, sobre la continuidad de los contratos en ejecución, esta Delegatura la estima procedente a efectos de que no se interrumpa la operación ordinaria de las sucursales en Colombia, sin perjuicio de los derechos de las contrapartes contractuales del Grupo Pacific, quienes conservan las prerrogativas derivadas de sus reglamentos contractuales, de manera que el otorgamiento de esta medida se limita a dejar en claro que ningún contrato puede ser terminado unilateralmente por el hecho de la iniciación del proceso de reorganización.

d) Respetto de la solicitud de tramitar la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero como un único proceso

- i. Por economía procesal y teniendo en cuenta que se trata de una única solicitud de reconocimiento de proceso extranjero, que involucra a todas las sociedades del Grupo Pacific, en especial las sucursales en Colombia, al no haber oposición, esta Delegatura estima procedente tramitar la solicitud como un único proceso.
- ii. Lo anterior sin perjuicio de que este operador, en virtud de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 1116 de 2006, ordene la continuación de manera separada de los procesos de cada una de las sucursales, en caso del inicio de un proceso de reorganización conforme a las normas concursales colombianas.

e) Sobre la solicitud de no decretar la apertura de un proceso de reorganización de las sucursales colombianas, por no haber cesación de pagos

1. El apoderado de la sociedad y de ciertas sucursales colombianas del Grupo Pacific solicitó que esta Delegatura se abstenga de decretar la apertura de un proceso de reorganización de las sucursales colombianas, por no mediar cesación de pagos. Por el contrario, los apoderados judiciales de ciertos accionistas de la sociedad matriz, mediante memoriales 2016-01-303759 de 1° de junio de 2016 y 2016-01-312554 de 9 de junio de 2016, solicitaron que se inicie un proceso de reorganización de las sucursales del Grupo Pacific en Colombia y que, en consecuencia, se reconozca que el proceso extranjero canadiense no es el principal.
2. El Despacho no accederá a ninguna de estas dos solicitudes, por las siguientes razones.
3. El último inciso del artículo 12 y el parágrafo del artículo 105 de la Ley 1116 de 2006, establecen que el reconocimiento del proceso extranjero de insolvencia de la matriz o controlante de una sucursal establecida en Colombia dará lugar al inicio del proceso de reorganización de la sucursal, conforme a las normas colombianas de insolvencia.
4. El supuesto de hecho de la norma es, precisamente, que el proceso extranjero de insolvencia de la matriz sea reconocido en el foro colombiano, supuesto este que “*dará lugar*” a la apertura del proceso de insolvencia de la sucursal en Colombia. En esta lógica, para que se inicie la insolvencia de la sucursal, debe haberse reconocido previamente el proceso de la matriz, y no como lo sostiene el apoderado de los accionistas, quien plantea que el simple inicio de la insolvencia de la matriz impone la insolvencia de la sucursal.
5. Ahora bien, esta Delegatura ha dicho que la iniciación de la reorganización de las sucursales procede cuando ellas están en situación de cesación de pagos. La cesación de pagos tiene una definición legal expresa, según la cual el deudor estará en ese estado cuando incurra en mora de más de 90 días respecto de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o cuando tenga al menos dos demandas de ejecución promovidas por dos o más acreedores. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones vencidas deberá representar

no menos del 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de corte de los estados financieros de la solicitud.

6. No se trata de una posición caprichosa, sino concordante con lo previsto en el artículo 9° del estatuto de insolvencia. En realidad, la iniciación del proceso de reorganización de las sucursales solo se justifica en caso de cesación de pagos. Esta posición del Despacho fue esbozada primeramente en Auto 400-003520 de 12 de marzo de 2013, donde sin referirse expresamente a la cesación de pagos, el juez se abstuvo de abrir procedimientos de insolvencia para sociedades ubicadas en Colombia, aduciendo el mejor interés del patrimonio de las sociedades deudoras. Más adelante, en autos 430-007280 de 19 de mayo de 2014 y 430-002951 de 23 de febrero de 2016, se desarrolló la regla jurisprudencial estableciendo con claridad que la apertura del proceso de reorganización de las sucursales colombianas está supeditado a la verificación de la cesación de pagos. Si no hay cesación de pagos, no hay pasivo reorganizable. Pero además sería una carga desproporcionada para los acreedores de la sucursal el que sus créditos se sometan a concurso cuando no ha mediado incumplimiento.
7. Revisada la información remitida por las sucursales colombianas, así como las manifestaciones que se han hecho en esta audiencia, esta Delegatura advierte que las sucursales no están en situación de cesación de pagos, de manera que por ahora no hay motivo para la iniciación de un proceso de reorganización de ellas.
8. Ahora bien, tampoco se accederá a la petición de los apoderados del Grupo Pacific y del representante extranjero, que busca que esta Delegatura se abstenga, desde ahora, de decretar la apertura del proceso de reorganización. Un pronunciamiento en el sentido solicitado, impondría restricciones a la posibilidad de decretar la apertura de la reorganización de las sucursales en caso de que se configure, en algún momento, la situación de cesación de pagos, a solicitud de acreedores de las sucursales, o de la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control, de la Superintendencia de Sociedades, en virtud de la medida de control decretada. En este sentido, vale citar lo dispuesto por el inciso final del artículo 103 de Ley la 1116 de 2006, según el cual *“En caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos que dieron lugar al reconocimiento, o que estos han dejado de existir, podrá producirse la modificación o revocación del mismo”*.

9. Finalmente, conviene resaltar que ninguna disposición contractual, así esté contenida en un acuerdo de reestructuración sometido a aprobación de una jurisdicción foránea, tendiente a terminar contratos por causa de la iniciación de la insolvencia de algunas sociedades o sucursales, restringe las facultades de este operador concursal. El artículo 16 de la Ley 1116 de 2006 dispone expresamente que *“son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones, y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley”*.

f) Sobre la solicitud de reconocer que la financiación posconcurzal, una vez desembolsada, tiene la calidad de gasto de administración en los términos del Plan y del artículo 71 de la Ley 1116 de 2006

1. Este Despacho desconoce los términos del plan de reorganización que será puesto a consideración de la Corte Superior de Justicia de Ontario, y no hará ningún pronunciamiento con respecto a su validez, legalidad y eficacia a la luz de las reglas de insolvencia colombianas.
2. En consecuencia, mal podría accederse a la solicitud de los apoderados del Grupo Pacific y del representante extranjero, pues ello implicaría un pronunciamiento sobre cuestiones que esta Delegatura desconoce.
3. Las sucursales colombianas del Grupo Pacific optaron por no presentar una solicitud de reorganización en Colombia, luego tampoco pueden invocar el régimen del artículo 71 de la Ley 1116 de 2006 para obtener una calificación judicial del financiamiento que recibirán en virtud del acuerdo de reestructuración, por cuanto la aplicación de ese artículo supone la existencia de una providencia judicial de admisión al proceso de reorganización, pues es dicho pronunciamiento el que permite distinguir entre los créditos que constituyen el pasivo reorganizable y los que tienen la calidad de gastos de administración, según sus fechas de causación tomando como referente el auto de apertura del proceso.

g) Sobre la solicitud de autorizar a la matriz y a las sucursales para promover la financiación del Grupo por medio de contratos, incluyendo aquellos relativos a la constitución de garantías

1. En último lugar, los apoderados solicitaron autorización para la constitución de garantías tendientes a asegurar el cumplimiento de las condiciones del crédito que recibirán la matriz y las subsidiarias como parte del acuerdo de reestructuración, fondos necesarios para continuar con la operación de las sucursales en Colombia, que son en últimas las que producen los recursos que sostienen la totalidad del Grupo Pacific.
2. El Despacho estima razonable la necesidad de constituir dichas garantías, pues tiene pruebas suficientes de la difícil situación financiera por la que atraviesa el Grupo Pacific y de la necesidad de contar con recursos frescos para continuar con su operación. Es normal que quien aporte recursos frescos a una sociedad en crisis busque proteger sus fondos a través de garantías que aseguren su recuperación y compensen el riesgo. Por este motivo, el Despacho autorizará la constitución de las garantías solicitadas por las sucursales.
3. Ahora bien, se deben tomar en consideración no solo los intereses del deudor, en este caso de las sucursales colombianas, sino también de sus acreedores. La constitución de garantías en los términos en los que fue solicitada, supone pignorar la totalidad de los activos de las sucursales colombianas, al amparo del régimen de garantías mobiliarias de que trata la Ley 1676 de 2013.
4. Según esto, mientras las sucursales colombianas operen normalmente, es irrelevante que la totalidad de sus activos hayan sido dados en garantía. Pero si, por alguna razón, las sucursales no son capaces de mantener su operación, esto es, si entran en situación de insolvencia, la realidad de las garantías constituidas se impondría, lo que implica que los acreedores locales de las sucursales, los trabajadores, las autoridades fiscales y de seguridad social, las entidades financieras, los proveedores y en general todos quienes mantengan una relación de negocios con las sucursales, se verían en la imposibilidad de obtener el pago de sus créditos, pues el acreedor garantizado, titular de las garantías mobiliarias, podría procurarse el pago

contra los bienes dados en garantía, que para el caso en particular, son todos los bienes de propiedad de las sucursales.

5. El calendario de pagos de las sucursales colombianas del Grupo Pacific que obra en el expediente, correspondiente al flujo de caja proyectado para el periodo comprendido entre mayo y agosto de 2016, prevé la satisfacción del pasivo local en los rubros correspondientes a proveedores, impuestos y nómina. Este mismo proyecto de pagos ha sido reiterado en esta audiencia, en la que además se ha dicho que, en defecto del flujo de la operación para cubrir el pasivo corriente, se dispondrá de los recursos frescos provenientes del DIP.
6. 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.
7. Las medidas cautelares en los procesos de insolvencia están reguladas directamente por la Ley 1116 de 2006, y no por el Código General del Proceso. Este solo se aplica en aquellos asuntos que *“no estén regulados expresamente en otras leyes”* (art. 1° C. G. P.) y *“en los casos no regulados expresamente en esta ley”* (art. 124 Ley 1116 de 2006).
8. Las medidas cautelares en los procesos de insolvencia son una derivación directa de la potestad contenida en el artículo 5.2 de la Ley 1116 de 2006. El Código General del Proceso es aplicable en lo relacionado con algunos principios generales de las medidas cautelares, así como en los elementos y en el trámite de las medidas.
9. La Ley 1116 de 2006 no exige la existencia de un proceso de reorganización, validación de acuerdo extrajudicial o liquidación judicial, pues la facultad de decretar y practicar medidas de protección al patrimonio se aplica a todos los trámites de insolvencia regulados en dicha ley, como los

supuestos en que el juez del concurso actúa como autoridad colombiana competente para conocer del reconocimiento de un proceso extranjero en sede de insolvencia transfronteriza.

10. El artículo 5° de la Ley 1116 de 2006 atribuye poderes y deberes al juez del concurso sin distinguir entre ámbitos procesales de aplicación de dichas facultades, y allí donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete. Por otro lado, como ya se dijo, el artículo 107, al hablar específicamente del régimen de insolvencia transfronteriza, asigna a la autoridad colombiana competente el deber de *“asegurarse de que quedan debidamente protegidos los derechos de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor”* (énfasis añadido).
11. En este contexto, esta Delegatura estima que, como medio para asegurar la protección de los derechos de los acreedores, es necesario decretar de oficio una medida consistente en dotar de naturaleza de cautela judicial el plan de pagos proyectado y aportado por las propias sucursales del Grupo Pacific, y en ese sentido ordenar que quedan afectas las disponibilidades de caja, bien sea generadas por la operación de las sucursales o por los recursos provenientes del DIP que se obtendrá a través del acuerdo de restructuración, al pago de los acreedores de que tratan los rubros *“pagos a proveedores en operaciones de propiedad total”, “impuestos”* y *“nómina”* en el flujo de caja presentado por el monitor en radicado 2016-01-307897 de 3 de junio de 2016.
12. La medida cautelar recae sobre las disponibilidades de caja, que para los efectos de esta medida comprende todo el efectivo y equivalentes al efectivo que esté en cuentas bancarias, patrimonios autónomos y carteras colectivas del Grupo Pacific.
13. Al estructurar esta orden se tomó en consideración, por un lado, que las sucursales deudoras han manifestado que su intención es pagar la totalidad de los créditos pendientes de pago relativos a la operación colombiana; y por otro lado, que las sucursales, en el flujo de caja presentado a este Despacho proyectaron efectuar pagos imputados a esos rubros de la siguiente manera:

Semana	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	
Semana que finaliza	21/5/16	28/5/16	4/6/16	11/6/16	18/6/16	25/6/16	2/7/16	9/7/16	16/7/16	23/7/16	30/7/16	6/8/16	13/8/16	20/8/16	27/8/16	Total
Pagos a proveedores en operaciones de propiedad total	10.196	6.479	5.060	6.970	12.114	7.574	2.579	5.795	7.543	12.673	635	5.634	7.176	10.688	11.665	112.781
Impuestos	3.038	14.365	40	1.690	249	3.746	274	40	1.539	- 1.214	7.570	40	980	234	5.774	38.365
Nómina	92	7.465	1.250	1.016	1.965	9.504	3.559	623	233	3.475	2.210	1.440	248	51	5.550	38.681

14. Ahora bien, este Despacho observa que según memorial presentado el día de hoy por el Oficial Financiero Jefe, el pasivo reportado a 16 de mayo de 2016 asciende en total a US\$391.153.444, del cual corresponden a los rubros mencionados, es decir, proveedores, impuestos y nómina, US\$318.060.250, no obstante que los rubros mencionados previamente en el flujo de caja reportado el 3 de junio solo da cuenta de pagos previstos por US\$189.827.000.
15. Ante la insuficiencia del flujo de caja proyectado para cubrir la totalidad del pasivo local con corte a 16 de mayo de 2016, se ordenará al deudor que radique un flujo de caja complementario que fije el calendario para cubrir la diferencia entre los dos valores, que asciende a US\$128.233.250.
16. Esta medida busca asignar eficacia material al programa de pagos propuesto y estará vigente hasta que se cumpla la proyección de pagos del pasivo local con corte a la fecha de esta audiencia. Se trata de un dispositivo judicial razonable y consecuente con los principios que informan el régimen de medidas cautelares del estatuto procesal, es decir, apariencia de buen derecho, necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida.
17. En cuanto a la apariencia de buen derecho, este Despacho la predica de los derechos de crédito de las personas que se verán protegidas con la medida y que obran en los asientos contables de las compañías del Grupo Pacific. Se trata de los acreedores (determinados o determinables) que actúan como sujetos interesados en el proceso de insolvencia que se adelanta en el extranjero, que tienen derechos ciertos que fueron reconocidos y cuantificados en la presente audiencia, y frente a los cuales es claro que tienen un derecho de crédito, cuya existencia ha sido expresamente reconocida.

18. La necesidad de la medida de protección a los acreedores emerge como efecto de la constitución de la garantía propuesta en el acuerdo extranjero, que en términos prácticos implica la posibilidad de que el acreedor garantizado se satisfaga con preferencia con cargo a los bienes en garantía, con la única salvedad de los acreedores pensionales.
19. La medida es, además, proporcional porque no grava a las compañías, porque se corresponde, precisamente, a lo que fue negociado y ofrecido en el proceso principal, y se funda en los propios instrumentos financieros del Grupo Pacific, de manera que no se trata de una imposición extraña al modelo de salvamento originado en el propio grupo.
20. Finalmente, es idónea para asegurar el pago a los acreedores que no hacen parte del acuerdo en las condiciones en que, según la legislación canadiense, deben ser tratados, a través del mecanismo del gravamen judicial, que es garantía mobiliaria por ministerio de la ley, y que consiste precisamente en una operación que tiene como efecto el aseguramiento o la caución de obligaciones.

Pronunciamiento sobre las peticiones elevadas por accionistas

1. Finalmente, el Despacho hará los siguientes pronunciamientos con respecto a sendos memoriales presentados por los accionistas del Grupo Pacific.
2. En los días que antecedieron esta audiencia, se presentaron varios memoriales en los que accionistas de la sociedad Pacific Exploration and Production Corp. manifestaron su inconformidad con el Acuerdo de reestructuración propuesto por la deudora y sus más importantes acreedores. Los memoriales radicados ante esta Superintendencia fueron:
 - a) Memorial 2016-01-275438 de 16 de mayo de 2016, presentado por el apoderado de O'Hara Administration Co.
 - b) Memorial 2016-01-274049 de 16 de mayo de 2016, presentado por Julio César Estupiñán Quintero.
 - c) Memoriales 2016-01-298716 y 2016-01-298715 de 30 de mayo de 2016, presentados por el señor Carlos Torres.
 - d) Memorial 2016-01-303759 de 1° de junio de 2016, presentado por el apoderado de Yohanna Murcia Granados, María Elvira Mejía Guerrero, Édgar Giraldo Navarro, Gilberto Araque Pinzón y Germán Darío Araque Segura.

- e) Mediante memorial 2016-01-312393 de 9 de junio de 2016, presentado por el señor Arnulfo Rincón Becerra.
- f) Memorial 2016-01-312992 de 9 de junio de 2016, presentado por el doctor Sebastián Erazo Camargo, apoderado de accionistas de la sociedad.
3. Del contenido de los memoriales se concluye que con ellos se busca: (i) obtener información acerca de cualquier trámite adelantado ante esta entidad por las subsidiarias del Grupo Pacific; (ii) el reconocimiento como partes interesadas en dichas actuaciones; (iii) que esta Superintendencia se abstenga de efectuar cualquier trámite o actuación con las empresas subsidiarias de Pacific sin antes haber escuchado en audiencia a los accionistas minoritarios independientemente del lugar donde se hizo su inversión; (iv) que no se reconozca como proceso extranjero principal el iniciado ante la Corte de Ontario Canadá; (v) que se convoque a una asamblea de accionistas en la que se tomen las decisiones necesarias para la continuidad de la empresa; (vi) que se aplique lo dispuesto en el artículo 1°; (vii) que el Despacho verifique si la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero cumple con las finalidades y lo dispuesto en los artículos 12, 85, 103 y 105 de la Ley 1116 de 2006; (viii) que se tome en consideración que la Superintendencia de Sociedades, con el fin de proteger el orden económico y social, conforme lo disponen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, no solo deben velar por la continuidad del negocio y la conservación de los puestos de trabajo sino que debe garantizar una especial protección a quienes invirtieron sus ahorros en la adquisición de acciones transadas a través de la Bolsa de Valores de Colombia.
4. En primer término conviene precisar que, siempre que se trate de procesos de insolvencia, esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política, actúa en ejercicio de funciones jurisdiccionales y no administrativas, razón por la cual sus atribuciones están enmarcadas dentro de tales facultades, con las limitaciones y alcances que ha definido la propia ley con pleno aval jurisprudencial.
5. En efecto, los pronunciamientos del juez del concurso se profieren con estricta sujeción a los términos y etapas procesales jurisdiccionales establecidos en el régimen concursal, que es de naturaleza prevalente, transitoria y excepcional, y en lo no regulado expresamente se aplican las normas del

Código General del Proceso (artículo 124, Ley 1116 de 2006), por lo que no es procedente el instrumento del derecho de petición para lograr propósitos como los ahora pretendidos; así lo ha considerado la Corte Constitucional al decir: “a) El derecho de petición no procede para poner en marcha el aparato judicial o para solicitar a un servidor público que cumpla sus funciones jurisdiccionales, ya que esta es una actuación reglada que está sometida a la ley procesal”.

6. Adicional a lo anterior, la naturaleza concursal del trámite de reconocimiento del proceso extranjero impide que este Despacho pueda pronunciarse sobre las peticiones elevadas por los accionistas de la sociedad matriz, por cuanto el proceso de insolvencia no es el foro para resolver las diferencias presentadas.
7. En efecto, se han traído a conocimiento de este Despacho en la audiencia, inquietudes referentes a las actuaciones de los administradores que exceden mucho el objeto de este trámite, y que deben ser surtidas ante el foro especializado que corresponda los trámites concursales que tienen por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, como lo dispone expresamente el artículo 1° de la Ley 1116 de 2006.
8. Así las cosas, para efectos de la protección del crédito y la recuperación y conservación de las empresas, el régimen de insolvencia colombiano tiene como actores principales a las compañías deudoras y a los acreedores de las mismas. En ese orden de ideas, los accionistas de las sociedades no se encuentran en la órbita de protección del régimen de insolvencia, en especial, en atención a las disputas, o a las inconformidades que han sido puestas de presente a lo largo de esta diligencia judicial, cuyo resorte compete al Juez que deba dirimir sobre la responsabilidad de los órganos de administración de la compañía.

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

RESUELVE:

Primero. Reconocer en Colombia como proceso extranjero principal, el proceso de insolvencia iniciado de conformidad con la Ley de Arreglos de

Acreeedores de Compañías ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, Canadá por Pacific Exploration and Production Corp, Meta Petroleum Corp, Petrominerales Corp, y Pacific Stratus Energy Colombia Corp.

Segundo. Reconocer como representante extranjero a PriceWaterhouseCoopers Inc., la cual tendrá las facultades otorgadas por los artículos 96 y 97 de la Ley 1116 de 2006.

Tercero. Reconocer la eficacia de las medidas automáticas dispuestas en el artículo 105 de la Ley 1116 de 2006.

Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 106 y 107 de la Ley 1116 de 2006, a efectos de que no se interrumpa la operación ordinaria de las sucursales en Colombia, se otorgan las medidas dispuestas en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, sobre la continuidad de los contratos en ejecución, de tal forma que ningún contrato puede ser terminado unilateralmente por el hecho de la iniciación del proceso de reorganización.

Quinto. Acceder a la solicitud de tramitar el proceso de reconocimiento de proceso extranjero de Pacific Exploration and Production Corp, Meta Petroleum Corp, Petrominerales Corp, y Pacific Stratus Energy Colombia Corp como un único proceso, sin perjuicio de que este operador, en virtud de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de insolvencia, ordene la continuación de manera separada de los procesos de cada una de las sucursales, en caso del inicio de un proceso de reorganización conforme a las normas concursales colombianas.

Sexto. No iniciar procesos de reorganización en Colombia, sin perjuicio de la competencia de reevaluar la decisión, en caso de cesación de pagos, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 103 de la Ley 1116 de 2006.

Séptimo. Aceptar los mecanismos de garantía propuestos en esta audiencia por el Grupo Pacific, consistentes en la segregación de una cuenta con cincuenta millones de dólares en los términos en que fue expuesto en el curso de esta audiencia, para asegurar una recuperación mínima para los acreedores colombianos en caso de una liquidación judicial que llegue a producirse durante el trámite de la reestructuración.

La segunda medida consiste, en recibir reportes semanales de PriceWaterhouseCoopers Inc, como monitor y como representante extranjero, sobre la disponibilidad y el estado de los flujos de caja.

Octavo. Autorizar la constitución de la garantía solicitada por las sucursales del Grupo Pacific.

Noveno. Ordenar que a partir de la inscripción de esta providencia en el Registro de Garantías Mobiliarias, la disponibilidad de caja quedará afecta principalmente al pago de los acreedores de que tratan los rubros “pagos a proveedores en operaciones de propiedad total”, “impuestos” y “nómina”, 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.

Para efectos de esta orden cautelar, se entiende por disponibilidad de caja, todo el efectivo y equivalentes al efectivo que esté en cuentas bancarias, patrimonios autónomos y carteras colectivas del Grupo Pacific, trátase de recursos generados por la operación de las sucursales o de los provenientes del DIP que se obtendrá a través del acuerdo de restructuración.

El deudor deberá presentar, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, un flujo de caja complementario que dé cuenta del programa de pagos de la porción del pasivo local no contemplado en el instrumento presentado por el monitor en radicado 2016-01-307897 de 3 de junio de 2016.

Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a cada fecha de pago prevista en el flujo de caja, se deberá informar al Grupo de Acuerdos de Insolvencia en Ejecución de esta Delegatura para Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades, sobre el cumplimiento de esta orden cautelar. Por tanto, se ordena remitir el expediente a dicho grupo, para lo de su cargo.

Décimo. Ordenar la inscripción de la presente providencia de reconocimiento de proceso extranjero, en el registro mercantil del domicilio principal de Pacific Exploration and Production Corp o en el que haga sus veces, en el de sus sucursales Meta Petroleum Corp, Petrominerales Corp, y Pacific Stratus Energy Colombia Corp, en sus establecimientos de comercio, y en los lugares donde se halle el centro de sus principales intereses u operaciones y

ejerza una actividad económica de manera permanente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2785 de 2008.

Décimo primero. Negar las solicitudes promovidas por apoderados judiciales y directamente por ciertos accionistas del Grupo Pacific.

La decisión fue notificada en estrados.

Contra la misma se presentaron solicitudes de aclaración, adición y recursos de reposición las cuales fueron resueltas en audiencia, tal y como consta en el CD anexo al acta de la diligencia, confirmando la decisión, quedando ejecutoriada en la misma audiencia.

Auto 400-009736 de 22 de junio de 2016

Sujeto del proceso Productos Químicos Panamericanos S. A.

Asunto Régimen probatorio en insolvencia
Carga dinámica de la prueba
Inspección judicial

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Analizados los memoriales de objeción y descurre respectivo, se pudo verificar que los apoderados de los Bancos AV. Villas S. A. y Banco Corpbanca S. A., solicitaron (i) oficiar al representante legal para que remitieran toda la información solicitada, (ii) se procediera a realizar una inspección judicial sobre la contabilidad de la concursada en especial sobre el balance general (activos, pasivos y patrimonio), el inventario de los bienes, los comprobantes y contratos laborales, con el fin de resolver las objeciones presentadas, (iii) que el Despacho estudie en conjunto las normas referentes al régimen probatorio concursal en concordancia con el Código General del Proceso.
2. El punto de partida para analizar el régimen probatorio aplicable al trámite de la resolución de las objeciones, está previsto en el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006. Según este *“[l]a única prueba admisible para el trámite de las objeciones será la documental, la cual deberá presentarse con el escrito de objeciones o con el de respuesta a las mismas”*. Así, la premisa fundamental sobre la que descansa el trámite de las objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos y a la determinación de derechos de voto, consiste en que solo se admite la prueba documental, que puede ser aportada por el objetante con el escrito de objeción, o durante el término de traslado del mismo, respecto de las demás partes. Esa premisa fundamental ha de mantenerse incólume en la gran mayoría de casos, pues se trata de una restricción probatoria de origen legal que solo puede exceptuarse en casos muy puntuales.
3. Los objetantes plantearon dos solicitudes a este Despacho relacionadas con el material probatorio que, en su sentir, debe ser incorporado al expediente y debe servir de base para decidir sobre la calificación y graduación de

créditos. Por un lado, han invocado el artículo 167 del Código General del Proceso para solicitar que se asigne la carga dinámica de la prueba, para acreditar fallas en la forma en que la concursada lleva su contabilidad; por el otro lado, solicitan la práctica de una inspección judicial sobre los libros y soportes contables de la concursada, para verificar directamente si se está cumpliendo con esta obligación. En este mismo orden se estudiarán y decidirán las dos solicitudes.

4. En lo que respecta al artículo 167 del Código General del Proceso, se alega, como fundamento de la petición, que es el deudor quien tiene en su poder los materiales contables que se requieren para acreditar el cumplimiento de dicho deber, y dada su cercanía al material probatorio es más fácil para él probar dicha circunstancia.
5. Debe analizarse, en primer término, el contenido mismo del artículo 167 del Código General del Proceso. Este reitera el principio general de la carga de la prueba, al expresar que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Excepcionalmente, establece la posibilidad de que el juez ordene en contrario: “[n]o obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.
6. En principio, incumbe a la parte que pretende un efecto jurídico probar el supuesto de hecho de la norma que lo consagra. No obstante, el juez puede asignar la carga de la prueba a otra parte en el proceso, cuando esté en una posición más favorable para probar el hecho en cuestión. La potestad de asignar la carga de la prueba a quien está en una posición más favorable de aportarla o producirla se conoce en doctrina y en jurisprudencia como “carga dinámica de la prueba”⁷⁸.

78 Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 22 de julio de 2010, Expediente 41001 3103 004 2000 00042 01; 30 de noviembre de 2011, Exp. 76001-3103-002-1999-01502-01; y 1 de diciembre de 2011, Exp. 05001-3103-008-1999-00797-01.

7. La regla de la “carga dinámica de la prueba”, recogida en el artículo 167 del Código General del Proceso, no tiene como finalidad garantizar la comodidad de las partes en el proceso ni puede tener como efecto promover la desidia probatoria de quien invoca un hecho en el contexto procesal. Según lo ha planteado la Corte Constitucional, al referirse sobre la exequibilidad de dicha norma, “[l]a teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial”⁷⁹ (subrayas añadidas).
8. La dinamización de la carga de la prueba supone que entre las partes existe una evidente desigualdad, una asimetría originada, las más de las veces, en las dificultades de uno de los sujetos del proceso para acreditar cuestiones de un alto grado de especialización técnica, como ocurre en casos de responsabilidad civil derivada de la actividad médica. *“En efecto, –expresa la Corte Suprema de Justicia– como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que corresponde al actual inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso– puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto”*⁸⁰.
9. La mayor o menor facilidad de una de las partes para probar los hechos que invoca o la cercanía con el material probatorio, son apenas algunos de los elementos que el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir cuál de las partes debe soportar las consecuencias negativas que se deriven de la insuficiencia o falta de contundencia de los materiales probatorios que se alleguen al expediente. La mayor favorabilidad de una parte para probar o su cercanía con el objeto de la prueba no son criterios definitivos ni suficientes para que el juez ordene a ella que desvirtúe las afirmaciones de su contraparte, y menos si de las circunstancias del caso no se colige una asimetría en la posición de las partes ni particulares condiciones técnicas o

79 Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de julio de 2010, cit.

especializadas que impidan al objetante sustentar sus alegaciones, tal como se evidencia en el presente caso, a partir de una pluralidad de indicadores que se explican a continuación.

10. Un primer indicador que descarta la existencia de la referida asimetría probatoria está en los mismos principios del régimen de insolvencia empresarial. Así, el principio de información contenido en el artículo 4.4 de la Ley 1116 de 2006, dispone que *“deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso”*. De acuerdo con estas pautas, el acreedor que requiera información del deudor puede obtenerla acudiendo a este; por su parte, el concursado tiene el deber de suministrarla en cualquier momento del proceso, cuando cualquiera de sus acreedores, los auxiliares de la justicia y el juez del concurso así lo requieran.
11. El segundo indicador es desarrollo directo del primero. Según el artículo 78.10 del Código General del Proceso *“[s]on deberes de las partes y sus apoderados (...) abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”*; de manera idéntica, el artículo 173, inciso segundo, del mismo estatuto dispone que *“[e]l juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiere podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiere sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente”*.

Si, como se sostuvo arriba, todo acreedor tiene derecho a formular peticiones al deudor concursado, y este tiene el deber correlativo de atenderlas, no es factible que un acreedor solicite pruebas que pudieron obtenerse de esta forma ni puede el juez decretarlas. En efecto, el acreedor tiene el deber de conseguir los documentos en los que pretende basar su objeción directamente o a través del derecho de petición, y solo cuando se acredite de manera sumaria que el deudor no atendió a la solicitud, se puede poner ese hecho en conocimiento del juez del concurso para que este proceda, ahí sí, a asignarle la carga de la prueba al deudor. Si el acreedor tiene dudas o reproches con respecto a la forma en que se lleva la contabilidad del deudor en reorganización, lo adecuado es que dirija todos sus esfuerzos a conseguir directamente del deudor las pruebas tendientes a demostrarle al juez las falencias en la contabilidad y, en consecuencia, los defectos de los

proyectos de calificación y graduación de créditos y de determinación de derechos de voto; pero no puede pedir al Despacho que asuma su carga ni que la invierta para asignársela al deudor.

Así las cosas, resulta evidente que no es posible acceder a la solicitud de asignar la carga de la prueba a quien no pretende cobijarse con el efecto que una norma jurídica consagra, si con ello la parte solicitante estaría eludiendo los deberes que tiene como sujeto procesal o las oportunidades probatorias que rigen el proceso.

12. Incluso en el improbable evento en que el Despacho decidiese invertir la carga de la prueba y asignar al deudor la acreditación de que su contabilidad se lleva conforme a derecho, dicha decisión sería irrelevante en este estadio del proceso, porque para poder acceder al mecanismo de reorganización, el deudor tuvo que aportar la prueba de estar cumpliendo con el deber de llevar contabilidad de acuerdo con las premisas legales. En efecto, con la solicitud de reorganización se aportaron los estados financieros de la compañía firmados por contador y revisor fiscal. De dichos documentos, y de las firmas consignadas en ellos, la ley presume *“que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas”* y *“que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance”*, según dispone el artículo 10 de la Ley 43 de 1990.

En últimas, el objetante pretende, con su solicitud de redistribución de la carga de la prueba, que el deudor en concurso corrobore o desvirtúe los documentos que él ya había aportado al expediente; documentos que, dicho sea de paso, se presumen auténticos y dan fe pública, según las disposiciones probatorias vigentes. Pero en el presente caso sería poco más que absurdo pretender que el deudor corrobore o desvirtúe la prueba que él mismo aportó, tal como se desarrollará inmediatamente.

13. Solicitar que el deudor desvirtúe lo afirmado en dichos documentos puede implicar consecuencias negativas, incluso penales, para todos aquellos sujetos que firman los estados financieros, pues en cierta medida sería tanto como pretender que el representante legal, el contador y el revisor fiscal de la compañía incurrieron en falsedad al contrariar la realidad en un documento que da fe pública. En dichas condiciones, mal haría el juez del

concurso en asignar al deudor la carga de desvirtuar la veracidad de dicho material probatorio, pues ello supondría dar una orden contraria a la garantía de no autoincriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política.

14. Tampoco sería admisible pretender que el deudor confirme con otras pruebas los documentos que ya había aportado y que, por sí solos, tienen un valor demostrativo suficiente conferido por la ley. Sostener lo contrario implicaría el decreto de pruebas inútiles o superfluas, y contrariar principios elementales que deben inspirar el decreto y práctica de las pruebas, como los de pertinencia, conducencia y necesidad, previstos en el artículo 168 del Código General del Proceso; más aún en un proceso como el de reorganización, con restricciones probatorias expresas.

Si bastara con que el acreedor hiciera afirmaciones de cualquier índole durante el trámite de las objeciones, para que nuevamente el deudor tuviera que demostrar la corrección de su contabilidad, se gravaría injustificadamente a este último y se establecería, ahí sí, una asimetría probatoria en el proceso, pero esta vez como consecuencia –y no como causa– de la redistribución de la carga de la prueba.

15. Por otro lado, en cuanto a la solicitud del objetante de que el Despacho decreta la práctica de una inspección judicial sobre los libros y papeles del deudor, debe advertirse, en primer término que el artículo 167 C. G. P. no es el fundamento apropiado para que el Despacho acceda a tales peticiones. La práctica de dicha prueba no sería consecuencia de una redistribución de la carga de la prueba ni del ejercicio de una potestad oficiosa del juez, sino de una petición del objetante, que resulta en este caso a todas luces improcedente.
16. Por un lado, según se explicó, en sede de objeciones solo se admite de las partes pruebas documentales. Una solicitud para que el Despacho decrete pruebas de otro tipo sigue siendo una solicitud; una que además está prohibida por la ley, así el objetante intente eludir la restricción impuesta por el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, planteándola como si fuera oficiosa.
17. Pero además, ni siquiera en el supuesto en que se admitiese la solicitud de pruebas distintas de las documentales habría lugar a decretar y practicar la inspección judicial solicitada. En efecto, en la nueva arquitectura establecida por el Código General del Proceso, la inspección judicial tiene un carácter subsidiario; es decir, solo puede decretarse cuando no existan otros

medios de prueba disponibles. Así, el inciso segundo del artículo 236 del estatuto procesal expresa claramente que “[s]alvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial o por cualquier otro medio de prueba”.

18. Así, el juez puede válidamente negarse a decretar una inspección judicial cuando ella no sea absolutamente necesaria, es decir, cuando existan otros medios de prueba disponibles. Redundando en lo anterior, la regla del inciso tercero del mismo artículo 236 establece que “[e]l juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo”. La inspección judicial, según el régimen establecido por el Código General del Proceso, es un mecanismo probatorio de naturaleza residual que solo procede cuando no existan otros medios de prueba. Esa subsidiariedad de la inspección judicial con respecto a los otros medios probatorios es especialmente evidente respecto del dictamen pericial. Pero, nuevamente, esta opción solo está prevista para aquellos casos en los que la práctica de dictámenes periciales no esté restringida, como ocurre en el proceso de reorganización.
19. De conformidad con el anterior marco legal, el Despacho tendrá como pruebas para resolver las objeciones, las que reposan en el expediente, las documentales aportadas con los memoriales de objeciones y los memoriales de pronunciamiento frente a estas. El Despacho rechazará las demás pruebas solicitadas por las partes.

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

RESUELVE:

Primero. Tener como pruebas las documentales que reposan en el expediente del proceso concursal, además de las presentadas con los escritos de objeciones y con los pronunciamientos sobre estas.

Segundo. Negar la solicitud de práctica de pruebas solicitada por los Bancos AV. Villas S. A. y Corpbanca S. A.

Auto 400-012052 de 9 de agosto de 2016

Sujeto del proceso	China Automotriz S. A.
Asunto	Adición y aclaración de providencias Disposición de bienes en garantía

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El artículo 285 del C. G. P., permite que la providencia judicial sea aclarada siempre que se adviertan oscuridades o verdaderos motivos de duda en la parte resolutive de la providencia o que aquellas, aunque no obren en la resolución, incidan en ella. Igualmente, el artículo 287 ejúsdem permite que el juez adicione la providencia cuando omita resolver sobre cualquier asunto que le haya sido propuesto para el efecto.
2. La jurisprudencia ha introducido, además, reglas que restringen el alcance de las solicitudes de aclaración de providencias, en el sentido de indicar que “solo proceden cuando haya asuntos de “redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo”⁸¹.

Esto con razón, por cuanto “una cosa es la falta de claridad, palabra que hace alusión a la ininteligibilidad de la frase por su oscuridad, por imprecisión de sus términos, por su mala redacción que induzca a comprensiones diferentes, por lo inapropiado de las palabras utilizadas, de tal suerte que su interpretación genere dudas, por el uso de términos que distorsionen la capacidad técnica de un vocablo para indicar una acción o un defecto, o para calificarla, y otra bien distinta no compartir los razonamientos jurídicos acertados o no contenidos en la pieza procesal y en su parte resolutive, o que tengan definitiva injerencia en la comprensión de esta”⁸².

3. En el presente caso, el acreedor pidió aclaración del ordinal octavo indicado del Auto 400-010668 de 12 de julio de 2016, que dispuso que “las entidades

81 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 24 de junio de 1992.

82 Corte Suprema de Justicia, Auto de 17 de mayo de 1996.

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.” La petición va encaminada a que se precise que estos efectos se extienden hasta el proceso de liquidación.

4. Como se ve, la solicitud va encaminada a obtener un imposible pronunciamiento anticipado de este operador respecto de una situación hipotética, lo cual la torna abiertamente improcedente.
5. La lógica del sistema de garantías estructurado a partir de la Ley 1676 de 2013, en el ámbito concursal, supone diferenciar los escenarios recuperatorio y liquidatorio, ya que, entre otras cosas, en el segundo no opera el criterio de necesidad de los bienes dados en garantía, que solo tiene sentido en el contexto de la reorganización, de manera que pretender en esta última sede una decisión anticipada sobre una circunstancia eventual, desborda el ámbito decisional de este Despacho.
6. Por lo demás, tampoco se advierte que aparezca en la providencia ninguna frase o palabra que genere confusión, presupuesto básico de procedencia de la aclaración; por el contrario, lo que pretende el acreedor es llevar una muy clara afirmación obiter dictum, al apartado resolutivo de la providencia, lo cual es jurídicamente inviable en los términos en que fue propuesto, y en este sentido se resolverá.
7. Finalmente, en punto a la adición solicitada, como esta solo procede cuando se deja de resolver una de las pretensiones o no se hizo un pronunciamiento expreso sobre puntos que debían decidirse, se estima que el no haber indicado los bienes sobre los cuales recae la orden de liberación no constituye una omisión, porque dicha individualización no fue solicitada en un principio, y en consecuencia esta solicitud también debe ser negada.
8. Con todo, el Despacho advierte que sí es necesario aclarar –que no adicionar– la providencia precisando los bienes sobre los cuales recae la orden, y así se resolverá teniendo en cuenta la información suministrada por la deudora en el memorial 2016-03-012828 de 27 de julio de 2016.

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

RESUELVE:

Primero. Negar las solicitudes de aclaración y adición formuladas por la apoderada del Banco de Bogotá.

Segundo. Aclarar el Auto 400-010668 de 12 de julio de 2016, en el sentido de indicar que las órdenes de liberación deben ser emitidas respecto de los vehículos relacionados en el anexo al memorial 2016-03-012828 de 27 de julio de 2016.

Auto 400-012112 de 10 de agosto de 2016

Sujeto del proceso	Datapoint de Colombia SAS
Asunto	Gastos de administración en la liquidación judicial Prelación entre gastos de administración Derechos laborales

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Los recursos son mecanismos de control de que disponen las partes para controvertir providencias judiciales ante eventuales yerros del operador. Por tal razón, según lo previsto en el artículo 318 C. G. P., el recurso de reposición se instituyó con el objeto de que quien profirió la providencia, la revise a efectos de revocarla o reformarla, si a ello hubiere lugar, o por el contrario la deje incólume.
2. En el presente caso, los recursos de reposición buscan la revocatoria de una decisión que ordenó el pago de unos gastos de administración, para que en su lugar se ordene la atención inmediata del pago de gastos de administración de carácter laboral a cargo de la sociedad en insolvencia.
3. Vale la pena advertir que el proceso de liquidación judicial es eminentemente reglado, razón por la que todas las actuaciones, incluidas las del Juez, deben ajustarse a las disposiciones de la Ley 1116 de 2006. Además, la finalidad de este proceso es la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del deudor, buscando su mayor aprovechamiento.
4. En este sentido, el artículo 49.1 de la Ley 1116 de 2006 prevé que el inicio del proceso de liquidación judicial de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos, conforme a lo dispuesto en esta ley.
5. Dentro de los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial previstos en el artículo 50.5 ejúsdem, está la terminación de los contratos de trabajo con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna,

quedando sujetas a las reglas del concurso las obligaciones derivadas de dicha finalización, sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.

6. Por su parte, el artículo 71 del mismo estatuto establece que todas las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso, tienen la calidad de gastos de administración, y por lo tanto preferencia en su pago sobre aquellas objeto del proceso de liquidación judicial.
7. Por su parte, el Despacho estima pertinente considerar lo relacionado con el pago de gastos de administración laborales (Indemnizaciones) bajo el entendido de que estos deben ser pagados de preferencia. Para tal fin, es necesario tener en cuenta que, como lo dijo la Honorable Corte Constitucional:

“El hecho de que una empresa pueda enfrentar una situación financiera crítica no la releva del deber de cumplir con sus compromisos previamente adquiridos, “por cuanto es obligación de las entidades públicas o privadas, prever con antelación las partidas presupuestales indispensables que conlleven a la garantía y cumplimiento puntual de las obligaciones laborales”. En consecuencia, si ello no fue previsto en la correspondiente partida presupuestal, las acreencias laborales deben tener una efectiva prelación frente a las demás deudas asumidas por la empresa y deben ser pagadas inclusive conforme a las condiciones pactadas en las convenciones colectivas, si a ello hubiere lugar.

“4.2. Desde la perspectiva de la legislación laboral y civil se ha establecido frente a la prelación de los créditos laborales que estos son causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, pertenecen a la primera clase de créditos que establece el artículo 2495 del Código Civil. Por tanto, cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos. De modo que el pago de los créditos de carácter laboral guarda prelación sobre las demás obligaciones, incluso sobre aquellas otras que el Código Civil califica como de primer grado.

“Lo anterior, de acuerdo con las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en el Convenio 95 “relativo a la protección del salario” establece que en caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los

*trabajadores deben ser considerados como **acreedores preferentes** en lo que respecta a salarios, y deben tener una relación de prioridad frente a los demás créditos preferentes”⁸³.*

8. En esta misma sentencia se citó la C-071 de 2010, en la que se analizó la constitucionalidad del parágrafo 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, y se aclaró que la Ley 1116 de 2006, tiene implícita una garantía en materia de terminación de contratos laborales con ocasión a la apertura del proceso liquidatorio. Asimismo, se dijo que tal garantía consiste en que al terminarse los contratos laborales como consecuencia de la liquidación, inmediatamente se origina la respectiva indemnización sin que para su reconocimiento en el concurso sea necesaria una autorización específica de la autoridad laboral, judicial o administrativa.
9. En consecuencia, si bien las obligaciones a favor de los acreedores Banco de Occidente, HP Financial Services (Colombia) y Hewlett Packard Colombia Ltda., causadas con posterioridad al inicio del proceso de liquidación son, en efecto, gastos de administración sujetos a las reglas del artículo 71 del estatuto de insolvencia, dichas deudas concurren al pago junto con otras que integran un pasivo laboral que debe ser pagado de manera preferente, y en ese sentido se repondrá la decisión.
10. En punto a la petición de los recurrentes de revisar los contratos de arrendamiento con los referidos acreedores, se negará la solicitud como quiera que los contratos que dieron origen al pasivo por gasto de administración fueron suscritos con anterioridad al inicio de la liquidación y los emolumentos causados en la liquidación fueron producto de la autorización impartida para continuar con algunas operaciones que pretendían preservar el activo.
11. Finalmente, respecto del memorial 2016-01-373941 remitido por el liquidador en cumplimiento al Auto 400-009896 de 24 de junio de 2016, que adicionó a su vez el Auto 400-005987, se advierte que el requerimiento estaba encaminado a que se rindiera informe detallado de los gastos de administración sobre los que no exista duda alguna en cuanto a su existencia y cuantía, para proceder a los pagos.

Pese a ello, en el oficio se relacionan gastos de administración proyectados a seis meses por arriendo, vigilancia administración de bodega y oficinas,

83 Corte Constitucional, Sentencia T-568 de 2011.

personal vinculado por prestación de servicios, personal vinculado laboralmente, empresa de servicios temporales, sobre los cuales esta agencia judicial no ha ejercido la facultad prevista en el artículo 5.3 de la Ley 1116 de 2006, porque dichos contratos no han sido remitidos por el auxiliar para ese efecto.

Adicionalmente, se prevé una contingencia de honorarios por \$500.000.000 para posibles pleitos que piensa iniciar la concursada, cuyos contratos también pueden ser objetados bajo la facultad del artículo 5.3 del régimen concursal.

En consecuencia, estos rubros solo constituyen una provisión a tener en cuenta al momento de disponer del activo.

12. Por consiguiente, se debe pagar en primer lugar la indemnización a los extrabajadores por la terminación de los contratos de trabajo con ocasión del inicio de la liquidación, los salarios causados con posterioridad y la liquidación de estos contratos laborales que continuaron en el curso de la liquidación, y luego distribuir el remanente en la provisión para gastos y el pago de los cánones de arrendamiento de los contratos de leasing.

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

RESUELVE:

Reponer parcialmente el Auto 400-005987 de 19 de abril de 2016, en el sentido de ordenar el pago de las indemnizaciones a los extrabajadores por la terminación de sus contratos de trabajo por el inicio de la liquidación, los salarios causados con posterioridad y la liquidación de estos contratos laborales que continuaron en el curso de la liquidación, para que, luego de hacer la provisión para los gastos de administración reportados por el liquidador, proceda al pago de los cánones de los contratos de leasing.

Auto 400-013190 de 2 de septiembre de 2016

Sujeto del proceso	Manatí S. A.
Asunto	Liquidador judicial Naturaleza de la gestión del liquidador Responsabilidad Objeción de contrato Inoponibilidad

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

- i. El artículo 5.11 de la Ley 1116 de 2006, establece como atribución del juez del concurso la de dirigir el proceso, en términos análogos a los previstos en el artículo 42.1 del C. G. P.
 - ii. Este deber se materializa en la adopción de las medidas tendientes a impulsar el proceso, pero también a sanear su trámite frente a los eventuales vicios de procedimiento, o a precaver la concreción de otros, tal como lo señala el artículo 42.5 del C. G. P. Por su parte, el artículo 5.2 de la Ley 1116 de 2006 otorga la posibilidad al juez de ordenar las medidas pertinentes para proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor.
 - iii. En atención a esto, y según lo previsto en el artículo 132 C. G. P.⁸⁴, sobre el deber del operador judicial de controlar la legalidad de las actuaciones procesales, advierte el Despacho la indefinición de la situación del predio denominado “Villa Argelia–El Congo”, tal como quedó plasmado en los antecedentes y consideraciones del Auto 400-003940 de 10 de marzo de 2016, lo cual se evidencia en la objeción que aún persiste en el contrato de promesa de compraventa que tiene como objeto la venta del inmueble señalado.
1. El artículo 5° numeral 3 de la Ley 1116 de 2006 confiere al juez del concurso, entre otras, la potestad de “*Objetar los nombramientos o contratos hechos por el liquidador, cuando afecten el patrimonio del deudor o los intereses de los*

84 Art. 132 C. G. P. Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.

acreedores". Sin embargo, salvo alguna previsión reglamentaria sobre la imputación de los gastos derivados del acto objetado a los honorarios del liquidador, nada se dice en la normativa sobre la suerte del acto suscrito, y sobre si el mismo tiene o puede tener la potencialidad de afectar patrimonialmente la masa liquidatoria.

En atención a esto, el problema jurídico a elucidar en este caso concreto se puede formular en los siguientes términos: ¿el contrato de promesa de compraventa de bien inmueble suscrito por el entonces liquidador de Manatí S. A., y que fue objetado por este Despacho, puede afectar patrimonialmente la masa de la liquidación?

Para responder esta pregunta es necesario revisar varios aspectos de la figura misma del liquidador judicial en cuanto a la naturaleza de su encargo y su capacidad contractual.

A) NATURALEZA DEL ENCARGO DEL LIQUIDADOR JUDICIAL

El liquidador es una de las figuras centrales de los procedimientos concursales regulados por la Ley 1116 de 2006, y un protagonista absoluto de todos los trámites judiciales y extrajudiciales que circundan la extinción de una persona jurídica o la ejecución universal de un patrimonio. Dentro de las muchas facetas que reviste este cargo se destaca, por encima de todas, su rol de *mandatario*.

En ejercicio de sus funciones, el liquidador asume el encargo de gestionar los negocios del concurso por cuenta y riesgo de la masa de la liquidación, en los mismos términos en que lo hace quien se obliga en virtud de un contrato de mandato, en los términos indicados en el artículo 2142 del Código Civil.

En el ámbito de los procesos de insolvencia regidos por la Ley 1116 de 2006, el liquidador es un auxiliar de la justicia designado por el juez del concurso, para que desempeñe diversas funciones esenciales en el trámite de la liquidación de la compañía y la satisfacción de los créditos de acuerdo con las posibilidades del patrimonio del deudor. Se trata de un encargo que hace el juez, en virtud de un mandato legal, para la gestión de diversos actos en interés del concurso, del patrimonio del deudor en liquidación y de los acreedores que hacen parte del proceso.

Entre otras actividades, el encargo comprende (i) llevar la representación legal del deudor en liquidación⁸⁵; (ii) realizar actos de publicidad y registro, como la inscripción en el registro mercantil de la providencia de inicio⁸⁶, y la fijación de avisos en la página web y en la sede, sucursales y agencias del deudor⁸⁷; (iii) recibir las reclamaciones que los acreedores del deudor presenten en relación con sus créditos y las pruebas que las sustentan, y su remisión al juez del concurso, junto con un proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto⁸⁸, y un inventario de los activos de la masa de la liquidación⁸⁹. (iv) actuar como conciliador entre las partes en relación con las objeciones que se presenten al proyecto de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto, inventarios y avalúos⁹⁰; (v) tramitar oficios a los jueces que conozcan de procesos ejecutivos contra el deudor en concurso, para que los remitan al expediente de la liquidación⁹¹; (vi) recibir los bienes que estaban en patrimonios autónomos constituidos por el deudor con funciones de garantía, terminados con ocasión del inicio de la liquidación⁹²; (vii) recibir los pagos que hagan los deudores del concursado, que serían ineficaces en caso de hacerse a persona distinta⁹³; (viii) otorgar las escrituras públicas que deban ser extendidas para transferir la propiedad de inmuebles a promitentes compradores de inmuebles destinados a vivienda⁹⁴; (ix) relevar a los secuestres de los procesos ejecutivos que sean incorporados al concurso, cuando las medidas cautelares allí decretadas y practicadas recaigan sobre bienes del concursado⁹⁵; (x) restituir a sus dueños los bienes excluidos del patrimonio a liquidar y documentar dicha operación mediante un acta⁹⁶; (xi) enajenar los activos del deudor al menos al precio fijado en el avalúo, con la finalidad de liquidar el patrimonio del deudor y pagar con el dinero recibido los créditos calificados y graduados⁹⁷; (xii) gestionar entre los acreedores externos e internos del deudor la celebración de

85 Artículo 48.1 de la Ley 1116 de 2006; artículo 2.2.2.11.1.3. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 (artículo 1° del Decreto 2130 de 2015).

86 Artículo 48.3 de la Ley 1116 de 2006.

87 Artículo 48.4 de la Ley 1116 de 2006.

88 Artículos 48.5, y 53 de la Ley 1116 de 2006.

89 Artículo 48.9, y 53 de la Ley 1116 de 2006.

90 Artículos 29 y 48.5 de la Ley 1116 de 2006.

91 Artículo 48.8 y 50.12 de la Ley 1116 de 2006.

92 Artículo 50.7 de la Ley 1116 de 2006.

93 Artículo 50.10 de la Ley 1116 de 2006.

94 Artículo 51 de la Ley 1116 de 2006.

95 Artículo 54 de la Ley 1116 de 2006.

96 Artículo 56 de la Ley 1116 de 2006.

97 Artículo 57, inciso primero de la Ley 1116 de 2006.

un acuerdo de adjudicación⁹⁸, para pagar los créditos a cargo del concursado con los bienes inventariados y valuados.

Se trata de una gran cantidad de tareas que tienen como común denominador la gestión de intereses ajenos, que en los trámites concursales involucra tanto a la totalidad de los acreedores del deudor en concurso y del patrimonio, sobre el que recae el derecho de prenda general de aquellos.

Frente a estas tareas, el liquidador ejerce un mandato con representación, de modo que en la medida en que sea ejercido dentro de los límites dispuestos por la ley, los actos del liquidador comprometen y obligan a su representado, es decir, al deudor en liquidación judicial:

“Cuando es representativo, el mandatario actúa en nombre, por cuenta y riesgo del mandante, invocando, dando a conocer o haciendo cognoscible esta condición (contemplatio domini), los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico celebrado, concluido o ejecutado dentro de los precisos límites, facultades y atribuciones otorgadas en el poder (procura), tanto interpartes cuanto respecto de terceros, recaen en forma directa e inmediata sobre el patrimonio del dominus, titular exclusivo de los derechos y sujeto único de las obligaciones, por ende, de las acciones y pretensiones inherentes, como si hubiera actuado e intervenido directa y personalmente.

“La actuación en nombre ajeno, en forma de conocerse por todos el mandante representado, caracteriza el tipo contractual, y en consecuencia, evidencia la sustitución.

“Se trata, por lo tanto de una hipótesis de legitimación dispositiva extraordinaria, por cuya virtud un sujeto puede disponer de los intereses de otro, y comprometer su esfera jurídica, derechos y patrimonio”⁹⁹.

B) EL INTERÉS DEL CONCURSO COMO CRITERIO ORIENTADOR DE LA GESTIÓN DEL LIQUIDADADOR

El cargo del liquidador supone un mandato para administrar, realizar y adjudicar los bienes del deudor en liquidación, dentro de los límites impuestos por las necesidades de la liquidación. Dicho encargo no puede ser ejercido de cualquier manera, sino dentro de los precisos términos que impone el in-

98 Artículo 57, inciso segundo de la Ley 1116 de 2006.

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, Exp. C-47001-3103-005-2005-00181-01.

terés general en juego en el proceso concursal. Su administración, que debe ser austera y eficaz¹⁰⁰ en desarrollo de los principios de eficiencia y gobernabilidad económica¹⁰¹, debe realizar en la medida posible la preservación del mayor valor de los activos liquidables, para satisfacer con ellos los intereses de los acreedores reconocidos en el proceso¹⁰².

El interés del concurso es el rasero con el que debe evaluarse la gestión del liquidador. En esta medida, el régimen de insolvencia empresarial y su reglamentación prevén la posibilidad de que el juez evalúe qué tanto se adapta la gestión del auxiliar de la justicia a los intereses del concurso y de los acreedores reconocidos.

Dependiendo de qué tanto se ajuste su gestión al interés del concurso, el liquidador será evaluado por el operador. Los acreedores de la liquidación pueden votar la sustitución del liquidador, cuando así lo juzguen conveniente¹⁰³; el liquidador puede ser recusado y removido por el juez del concurso, entre otras razones, cuando su conducta no se ajuste a las pautas objetivas fijadas para una recta administración de los bienes de la masa¹⁰⁴; en su rendición de cuentas finales, el liquidador será evaluado en función de si su gestión se adecuó en mayor o menor medida a los intereses en juego en la liquidación¹⁰⁵; e incluso puede llegar a responder como administrador por la gestión del patrimonio a su cargo¹⁰⁶.

“En términos generales, los hechos que tengan que ver con las atribuciones del representante o con los límites del objeto social, están siempre vinculados con un interés específico hacia cuya tutela única apunta la ley”¹⁰⁷; interés que, en el caso del concurso liquidatorio es “la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor”¹⁰⁸.

100 Artículo 48.1 de la Ley 1116 de 2006.

101 Artículo 4.3 y 4.7 de la Ley 1116 de 2006.

102 Artículo 48.2 de la Ley 1116 de 2006.

103 Artículo 67 inciso 2 de la Ley 1116 de 2006.

104 Artículo 67 inciso 3 de la Ley 1116 de 2006.

105 Artículo 65 de la Ley 1116 de 2006.

106 Artículo 22 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.

107 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de noviembre de 1998, Exp. 4826, G. J. CCLV, pp. 1103-1104.

108 Artículo 1 de la Ley 1116 de 2006.

c) Los actos contrarios al interés del concurso constituyen extralimitación de las funciones del liquidador

Ha sostenido de tiempo atrás la honorable Corte Suprema de Justicia que *“En el mandato, el consentimiento del mandante se presta a través del mandatario, de suerte que en esta forma los derechos y las obligaciones que nacen de las convenciones celebradas por este los adquiere directamente aquel y lo ligan personalmente con los terceros con quienes ha contratado el mandatario, porque el mandatario obra para tales efectos reemplazando y sirviéndole de instrumento al mandante.*

“(…)

*“Dado que el consentimiento expreso o presunto del mandante a los actos llevados a cabo en nombre de este por el mandatario, es lo que crea el vínculo jurídico del primero ante los terceros y lo que en esencia singulariza la noción de mandato, infiérese sin esfuerzo que las gestiones del mandatario verificadas con extralimitación de sus poderes no caben dentro de la citada noción. Por faltarles a los actos excesivos el consentimiento del dueño (...) ya no son negocios, o **gestiones**, como los llama la ley, que el mandante haya confiado al mandatario. Constituyen con propiedad una administración de negocios ajenos sin mandato, figura que en el lenguaje legal llámase ‘agencia oficiosa’”¹⁰⁹ (negritas originales).*

Lo dicho por la jurisprudencia respecto del mandato es perfectamente predicable del liquidador en la gestión de su encargo. Todo lo que realice el auxiliar de la justicia sin contemplar el interés de los acreedores y de la masa de la liquidación se ubica por fuera de su misión, configura una extralimitación de sus funciones.

D) LOS ACTOS CONTRARIOS AL INTERÉS DEL CONCURSO SON INOPONIBLES A ÉL Y A LOS ACREEDORES

Ahora bien, si el liquidador actuó perdiendo de vista los intereses del concurso, no puede decirse en estricto sentido que lo haya representado. En

109 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de agosto de 1938, G. J. XLVII, pp. 81-82. En el mismo sentido, vid. Hinestroza: *“La representación propiamente dicha, o directa, o perfecta o propia, presupone y exige, a más del poder o legitimación, que el representante obre a nombre y por cuenta del representado y que así lo declare (contemplatio domini), o que ello resulte inequívocamente del contexto de la actuación, y ‘que aquel se mantenga dentro de los límites del poder a él conferido’. De lo contrario, en el segundo evento pasará a ser agente oficioso, y en la primera hipótesis quedará vinculado personalmente y, en general, recibirá todos los efectos”,* Hinestroza, Fernando, *La Representación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 110 y 111.

dichos casos, la Corte ha sostenido que el mandatario actúa como agente oficioso, y que “[e]l agente oficioso solo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunde en provecho de éste, o ha sido ratificada. En los demás casos, trátense de actos inoponibles al dueño; es decir de actos que en relación con él son ineficaces e inexistentes”¹¹⁰.

En efecto, “lo que una persona ejecuta en nombre de otra no teniendo poder de ella ni de la ley para representarla, carece de efectos contra el representado”¹¹¹; “[e]l acto jurídico que se ha creado sin mi consentimiento ni mi intervención, relativo a mis bienes, es para mí como si no existiera”¹¹². En virtud del principio de relatividad del contrato, según el cual todo contrato es ley para las partes y no puede beneficiar ni afectar a terceros, es claro que “ante el representado, el acto que excede los poderes que ha otorgado, no lo afecta”¹¹³. “La aptitud vinculante del contrato solo recae sobre el representante (...), no así el representado, toda vez que no participó en la génesis del negocio y quien frente al mismo es un extraño”¹¹⁴.

El acto celebrado por el liquidador en extralimitación de sus funciones es, pues, inoponible a terceros, entendidos estos como los acreedores de la masa de la liquidación, y el juez del concurso. Ahora bien, “la inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible”¹¹⁵.

¿Quiere decir esto que el contrato celebrado por el liquidador es inválido? De ninguna manera, “comoquiera que la nulidad, aún la radical, exige siquiera un principio de existencia del acto jurídico. Mal puede ser nulo lo que no ha nacido, lo que carece de vida, así sea aparente ante la ley. El acto jurídico que se ha creado sin mi consentimiento ni mi intervención, relativo a mis bienes, es para mí como si no existiera; no es un acto nulo de nulidad absoluta, sino un acto que nadie me puede oponer para que yo lo cumpla. Siendo para mí ese negocio concerniente a mi patrimonio **res inter alios acta**, no tengo necesidad de romper el vínculo jurídico que contra mi pretenda

110 Sentencia de 24 de agosto de 1938, cit.

111 Ibídem.

112 Ibídem.

113 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de noviembre de 1994, G. J. CCXXXI vol. II, pp. 1151-1154.

114 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de abril de 1995, Exp. 4193, G. J. CCXXXIV, p. 607.

115 Sentencia de 30 de noviembre de 1994, cit.

*deducírseme, porque no habiendo vínculo por ausencia total de mi consentimiento, nada hay que romper*¹¹⁶.

El acto celebrado con extralimitación de funciones existe y en principio es válido entre quienes lo celebraron, pero no extenderá sus efectos frente a quien fue mal representado. Así, cuando el liquidador celebra operaciones que no redundan en provecho del concurso, es el liquidador quien se obliga, no el deudor en liquidación, para quien es como si el contrato no existiese.

La derivada de la extralimitación de las funciones es una de las denominadas “causales de inoponibilidad de fondo”¹¹⁷, que al igual que la derivada de la acción pauliana o revocatoria o la de la venta de cosa ajena, no se funda en la ausencia de un requisito formal de publicidad del acto, sino en un juicio de valor sobre los efectos negativos que un acto tiene sobre el patrimonio de terceros.

E) LA OBJECCIÓN DEL JUEZ IMPLICA LA INOPONIBILIDAD DEL ACTO OBJETADO

Hechas las anteriores precisiones, cuando el juez del concurso objeta algún acto, nombramiento o contrato del liquidador porque no se acompasa con el interés de los acreedores ni supone una administración eficiente de los bienes que hacen parte de la liquidación, está implícita la inoponibilidad del acto a la liquidación.

Ante la objeción del juez del concurso, el contrato se mantiene incólume entre el liquidador y el tercero con quien contrató, pero no vincula a la persona en liquidación ni perjudica a la masa de sus acreedores, en los términos del artículo 841 del Código de Comercio. En virtud de la inoponibilidad, las vicisitudes que puedan surgir del contrato para la persona del liquidador, las controversias sobre el cumplimiento y su responsabilidad son asuntos que no solo se ubican por fuera del concurso, sino que además son del todo irrelevantes para el mismo.

Más allá de la objeción y de tener el acto como inoponible, no es dable al juez del concurso pronunciarse bajo ningún aspecto sobre la situación personal

116 Sentencia de 24 de agosto de 1938, cit.

117 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de agosto de 1947, G. J. LXIII, p. 676.

del liquidador frente al contrato, ni mucho menos de la del tercero con quien contrató. Por tratarse de asuntos inoponibles al concurso, se ubican por fuera de su competencia, y en el caso de la Superintendencia de Sociedades, más allá de los límites de sus funciones jurisdiccionales.

Por lo demás, a tal punto no se afecta el concurso, que el artículo 30 del Decreto 962 de 2009, recogido en el artículo 2.2.2.11.5.10 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, y modificado por el Decreto 2130 de 2015, artículo 2.2.2.11.7.11, indica que “[L]os gastos que se generen con ocasión de contratos celebrados por el liquidador, que hubieren sido objetados por el juez del concurso en los términos del numeral 3 del artículo 5° de la Ley 1116 de 2006, serán deducidos de los honorarios del liquidador”, de suerte que ninguna consecuencia económica del negocio inoponible se le puede enrostrar a la liquidación.

F) ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

En lo que respecta al contrato de promesa de compraventa objetado, que obra en el expediente con radicado 2013-02-034796, es claro que el mismo es inoponible al concurso, entendiendo por tal los sujetos concernidos en el trámite de insolvencia, a saber, deudor y acreedores, de manera que dicho contrato es inejecutable respecto de la liquidación, y deberá tramitarse en el foro que corresponda lo relativo a su resolución y eventuales restituciones.

En consecuencia, la existencia misma del contrato objetado no es óbice para la realización del bien inmueble prometido en venta por el liquidador, en exceso de su función, de modo que no se ha alterado la titularidad jurídica del derecho de dominio, que recae en la sociedad en liquidación y el contrato mencionado no implica gravamen, restricción ni limitación ninguna frente a la eventual enajenación del bien inmueble a terceros compradores en el marco del proceso de liquidación judicial.

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

RESUELVE:

Reconocer la inoponibilidad al concurso del contrato de promesa de compraventa objetado mediante Auto 400-00790 de 21 de enero de 2014.

Índice Analítico de Materias

Acción revocatoria

Legitimación en la causa corresponde a los acreedores anteriores al acto: 1, 5, 16

Por dación en pago: 106-109

Buena fe

Del tercero adquirente: 1

Prueba en las acciones revocatorias concursales: 30-40

Acuerdos

Ejecución: 137, 142

Validación de acuerdo extrajudicial de reorganización en liquidación: 97-101

Administración de la liquidación judicial

Derechos laborales: 188, 190

Gastos: 187, 190

Prelación de gastos: 188

Bienes

Bienes excluidos: 45

Disposición de bienes en garantía: 183-184

Transferencia de dominio: 45-46

Contratos

Inoponibilidad: 196-198

Liquidación: 127, 132-135

Objeción: 198-199

Créditos

Actualización: 143-147

Compensación: 55-58

Intereses en la liquidación judicial: 148-151

Litigiosos: 137

Fiducia mercantil

Objeto: 59-62

Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades

Facultad para pronunciarse sobre la confirmación de la masa de la liquidación: 127-133

Objeción de contratos celebrados por el liquidador: 198-199

Garantías mobiliarias

Acreedor garantizado es beneficiario: 81

Aplicación de la ley en el tiempo: 67, 82, 88-94

Constitución: 164

Prelación legal de créditos: 85

Ineficacia

De pleno derecho: 103, 127, 136

Insolvencia transfronteriza

Centro de principales intereses:
157

De matriz extranjera: 153

Proceso exterior principal: 160

Reconocimiento de proceso ex-
tranjero: 153, 160

Liquidador

Naturaleza de su gestión: 192-194

Responsabilidad: 191-199

Obligaciones

Novación: 137-139

Principios

Generales del derecho concursal: 8

Igualdad: 15

Oficiosidad: 9

Universalidad: 14

Providencias

Adición y aclaración: 183-184

Revocatoria del auto de admi-
sión: 47

Pruebas

Carga dinámica: 175-177

Inspección judicial: 180

Régimen probatorio: 175

Solidaridad

Alcance de la responsabilidad en
los procesos de intervención: 116-
119



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**