

OFICIO 220-118080 DEL 13 DE JUNIO DE 2017

Ref: Radicación 2017-01-292912 24/05/2017- OBLIGACIÓN DE MANTENER VIGENTE GARANTÍAS DE MANEJO DE ANTICIPOS EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN.

Aviso recibo de su escrito mediante el cual formula consulta en el marco de los procesos concursales de reorganización, así:

“La Ley 1116 de 2006, establece el régimen de Insolvencia Empresarial, en su Capítulo VI regula todo lo referente al Acuerdo de Reorganización, así las cosas como resultado de un Proceso de Reorganización en algunos de los casos se firma un Acuerdo de Reorganización que establece entre otros temas, el listado de los Acreedores y Acreencias, resultando el Acuerdo de Obligatorio cumplimiento so pena de las sanciones legales que la misma ley regula, al respecto me surge la siguiente cuestionamiento:

“Si dentro del Acuerdo de Reorganización Empresarial de una sociedad se encuentra como acreencia el dinero recibido en calidad de anticipo de un contrato, (entiéndase que el anticipo es un dinero que se recibe por el contratista a título de préstamo para la ejecución de un contrato), que en la mayoría de los casos está garantizado por una póliza de buen manejo de anticipo, regularmente con una vigencia igual al contrato, y en el Acuerdo de Reorganización el pago de esa creencia se establece en un plazo posterior a la vigencia de la garantía, ¿es posible a la luz de la ley 1116 del 2006, solicitar que la póliza de buen manejo de anticipo se prorrogue hasta el momento en que se pague la acreencia conforme al acuerdo de reorganización empresarial?”.

“En otros términos mi pregunta sería: ¿ Es permitido exigir al deudor reorganizado la constitución de pólizas de seguros, para el pago de las acreencias reorganizadas?”.

Al respecto es preciso señalar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las

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

Bajo esa perspectiva esta Oficina entrará a absolver la presente consulta, así:

En primer lugar, hay que indicar que en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar la entrega de anticipos, los cuales el contratista deberá garantizar su buen manejo y su correcta inversión; con garantía¹ vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, y por el cien por ciento de la suma establecida como tal, de acuerdo con lo que determine la entidad Estatal, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 del Decreto 1510 de 2013, (suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo), artículo compilado en el artículo 2.2.1.2.3.1.10 del decreto único reglamentario 1082 de 2015, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1082 de 2015.

No obstante lo anterior, considera esta Oficina que merece una especial referencia en determinar lo que concierne a la naturaleza jurídica y dimensión del anticipo y

¹SENTENCIA C-154 DE 1996.

“2.1. Fundamento y objetivos de la garantía contractual.

“La administración pública cumple los variados cometidos que le han sido asignados, atados necesariamente a la satisfacción de las finalidades de interés público o social, no solamente utilizando el poder de mando que se manifiesta a través de la expedición de actos administrativos generales y particulares, es decir, mediante la imposición unilateral de obligaciones a los administrados, sino acudiendo a la colaboración de otros sujetos mediante la fórmula del contrato, la cual, según opinión generalizada de la doctrina moderna se revela a menudo como la más idónea para alcanzar dichos objetivos.

(...)

“La actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de tales cometidos requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que un eventual incumplimiento del contratista pueda afectar la economía contractual de la entidad estatal.

“Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades estatales contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas.

(...)

para tal efecto se permite citar los comentarios hechos por el Consejo de Estado sobre el particular, así:

“Naturaleza jurídica del anticipo en el contrato estatal.

“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución el objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.

“Ya la Sala en sentencia del 13 de septiembre de 1999 (Exp.10.607) en relación con el anticipo expresó:

“(…) no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace a contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro.”

*“En esta condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado a obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de **préstamo**.”*

“Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.” (C.E. Sec. Tercera, Sent. 13436, jun. 22/2001 M.P. Ricardo Hoyos Duque).

Así mismo, sobre este mismo particular de los anticipos, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido:

“Limitaciones del uso del anticipo.

*“Entiende que el anticipo es entregado al contratista con la finalidad específicamente señalada en el contrato correspondiente, sin que le sea permitido una destinación diferente. Son tan reales las limitaciones que el contratista tiene el manejo del anticipo, que es jurídicamente imposible que lo maneje como si fuera su señor y dueño. Por el contrario debe emplear una cuenta corriente especial para su manejo, que permita su auditoria. ha de constituir una póliza que garantice, no solo la seriedad de su propuesta sino también su correcto manejo, inclusive es factible pactar que entregue de manera fraccionada de tal manera que, sólo con la legalización de cuentas el empleo de las primeras cuotas es permitido liberar las siguientes, que integren el valor total del anticipo, **todo ello bajo cláusulas de caducidad** que conducen a cancelar administrativamente el contrato, permitiéndose la efectividad de **las garantías prestadas**, si no se da buena cuenta sobre su manejo o se deja de gestionar su pago dentro de los términos estipulados. Desde luego, un dinero que se entrega como anticipo con **tantas condiciones, no convierte al contratista ni en dueño o codueño, sino en un mero tenedor del mismo**”. (C.S.J. Cas. Civil, Sent. abr. 27/2005, Exp. 19562 M.P. Hernán Galán castellanos). (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Precisados los alcances y la dimensión de los anticipos, como de la obligación que tienen los contratistas de constituir una suficiente garantía que cobije el buen manejo y correcta inversión del mismo, en los contratos estales que así lo obliga, cuya vigencia como se dijo anteriormente, debe ser hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, y por el cien por ciento de la suma establecida, esta Oficina ahora se referirá necesariamente al manejo que el Legislador le ha dado a las sociedades que han celebrado contratos bajo el régimen de Ley 80 de 1993 y hacen uso del procedimiento de reorganización en los términos de Ley 1116 de 2006.

Ciertamente, el régimen de insolvencia 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, en orden a preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias.

En ese orden de ideas, el régimen de insolvencia en el artículo 21 prescribió:

“Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de

fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

“Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.”

Bajo esa concepción normativa del Legislador, se puede inferir los siguientes aspectos:

En los contratos estatales en los que se pacte anticipos, es deber del contratista constituir una suficiente garantía por el 100% de la suma entregada como tal; que garantice el buen manejo y correcta inversión del mismo, cuya vigencia debe ser hasta la liquidación del contrato o amortización de ese aspecto; lo cual significa que si la sociedad contratista entra en un proceso de reorganización, habiéndose celebrado un contrato en los términos de Ley 80 de 1993, la garantía en mención conserva y mantiene su vigencia, no obstante la presentación de la solicitud e inicio del procedimiento negocial en mención.

Así mismo, la entidad estatal no podrá decretar al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, ni su caducidad³, por el hecho del inicio del proceso de reorganización. Sin embargo esta última prerrogativa o cláusula excepcional, la puede decretar la entidad contratante si el proceso de declaratoria de dicha caducidad ha sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

Adicionalmente, los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, lo cual obliga inexorablemente al contratista a renovar la vigencia de las garantías en caso de que se venzan después de iniciado el trámite de reorganización; pagos que se atenderán con cargo a gastos de administración en los términos del artículo 35, num. 3, del artículo 45 y 71 de la Ley 1116 de 2006.

En efecto, como se puede apreciar de la previsiones legales, resulta palmario la obligación que tiene el contratista en un contrato estatal y en desarrollo de su operación o giro, el mantener vigente antes de la admisión del proceso de reorganización, como durante el mismo, la vigencia de la garantía del buen

3ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

manejo y correcta inversión del anticipo, en los términos indicados, conforme lo previsto en los artículo 21 y 71 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2.2.1.2.3.1.10 del Decreto 1082 de 2015 y Artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

De igual forma, en atención a la obligación de mantener vigente la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, hasta la liquidación del contrato estatal o hasta la amortización del mismo; si en el acuerdo de reorganización por efectos propios de los plazos allí acordados superan la vigencia inicialmente establecida en la garantía, por virtud del mandato realizado por el Legislador en el artículo 2.2.1.2.3.1.10 del Decreto 1082 de 2015, deberá procederse y allanarse al cumplimiento de tal previsión legal, pues le no hacerlo daría lugar eventualmente a las sanciones de tipo administrativo, (clausulas excepcionales), como a la posible terminación del acuerdo de reorganización. (Artículo 45 y 46 ley 1116 de 2006).

Finalmente, en torno a la posibilidad de exigir pólizas para el cumplimiento de las obligaciones reorganizadas ajenas y distintas a la previsión legal anterior, será de exclusivo resorte de lo acordado o pactada en tal sentido en el acuerdo de reorganización.