



Al contestar cite el No. 2016-01-262855

Tipo: Salida Fecha: 11/05/2016 05:23:37 PM  
Trámite: 17037 - RECURSOS LIQUIDACIONES  
Sociedad: 900038725 - THX ENERGY SUCURSA Exp. 51953  
Remitente: 400 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS DE INS  
Destino: 8258217 - JOSE MILAGROS RESTREPO GUTIERREZ  
Folios: 8 Anexos: NO  
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 400-007243

**AUTO  
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

**Sujeto del proceso**

THX Energy Sucursal Colombia, en liquidación judicial

**Liquidador**

Jairo Abadía Navarro

**Asunto**

Revoca providencia e imparte orden

**Proceso**

Liquidación judicial

**Expediente**

51953

**I. ANTECEDENTES**

1. A través de Auto 400-016652 de 10 de diciembre de 2015 el Despacho rechazó la solicitud del liquidador de la sociedad de ordenar la restitución de \$14.546'000.000 retenidos por la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN) a favor de la concursada.

2. Mediante memoriales 2015-01-513347 2015-01-513341, ambos de 16 de diciembre de 2015, y 2015-01-514322 de 17 de diciembre de 2015, el liquidador y los acreedores Luis Alejandro Sánchez Murillo y Datalog Colombia S.A.S. interpusieron sendos recursos de reposición contra la mencionada providencia.

3. Los impugnantes presentaron, en síntesis, los siguientes argumentos:

a) Los \$14.546'000.000 actualmente retenidos por FDN habían sido incluidos dentro del activo de THX Energy Sucursal Colombia en liquidación judicial al momento de realizar el inventario de bienes del proceso liquidatorio.

b) En su oportunidad, FDN no objetó el inventario que reconoció dichas sumas en el activo de la concursada.

c) La devolución de las sumas retenidas de propiedad de la concursada no depende de la liquidación del contrato.

d) El incumplimiento que FDN alega para justificar la retención no es de recibo, pues ello implica desconocer órdenes impartidas por el Despacho.

4. Surtidos los traslados correspondientes, se recibieron varios memoriales de FDN (2015-01-521549 y 2015-01-527878 de 22 y 31 de diciembre de 2015, respectivamente) y del liquidador de la concursada (2015-01-528002 de 31 de diciembre de 2015).

5. El primero de los intervinientes, FDN, al pronunciarse sobre los distintos recursos, solicitó mantener el sentido de la providencia recurrida, por estimar que el Despacho

había realizado un correcto análisis de las limitaciones de sus facultades jurisdiccionales y que la controversia planteada. Estimó asimismo que el hecho de no haberse recurrido los inventarios y avalúos fue a una actuación procesal de la cual no se sigue ningún efecto; y que la simple relación de facturas no quiere decir que exista una obligación a favor de la concursada ni a cargo de FDN.

6. Por su parte, el liquidador de la concursada, en la oportunidad para descorrer el traslado, insistió en los argumentos de su propio recurso.

## II. 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*”<sup>1</sup>.

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*”<sup>2</sup>. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional en diversas sentencias, en las que ha extraído de dicha norma un “*mandato de asignación eficiente*”<sup>3</sup>.

Pero además de tener un sustento estatutario y jurisprudencial, se trata de una cuestión de simple lógica. Una autoridad administrativa sólo 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.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-896 de 2012.

<sup>2</sup> Artículo 8 de la Ley 270 de 1996, reformado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencias C-896 de 2012, Cit., y C-156 de 2013, esta última reiterada en Sentencia C-436 de 2013.



De nada serviría que el Legislador asignara a una entidad la función de resolver sobre ciertas controversias si no pudiera accederse, como mínimo, a las herramientas necesarias para ello.

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.

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 éste 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 éstos 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 de 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 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 patrimonio 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, para y 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.*”<sup>4</sup>

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 aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de abril de 2011, Expediente 14823.



*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”<sup>5</sup>.*

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”<sup>6</sup>.*

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 decida 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 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 ésta 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.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 10 de 1997, Expediente 10608.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 6 de agosto de 2003, Radicación 1453.



**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.

**Notifíquese,**



**NICOLÁS POLANÍA TELLO**  
Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

**TRD: ACTUACIONES DE LA LIQUIDACION JUDICIAL**

RAD: 2015-01-513851 / 2015-01-513347 / 2015-01-513341 / 2015-01-514322 / 2015-01-514878 / 2015-01-521549 / 2015-01-527878