



Al contestar cite el No. 2016-01-304754

Tipo: Salida Fecha: 01/06/2016 05:27:07 PM
Trámite: 17037 - RECURSOS LIQUIDACIONES
Sociedad: 830036103 - SUPERCABLE TELECOM Exp. 39008
Remitente: 400 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS DE INS
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 7 Anexos: NO
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 400-008679

AUTO

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Sujeto del proceso

Supercable Telecomunicaciones S.A., en liquidación judicial

Liquidador

Iván Camilo Ariza Galvis

Asunto

Resuelve recurso

Proceso

Liquidación judicial

Expediente

39008

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Auto 400-001342 de 29 de enero de 2016 se estimó parcialmente el recurso de reposición interpuesto por el comisionado de la DIAN contra el Auto 405-00559 de 23 de junio de 2015, que resolvió las objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos.
2. Con memorial 2016-01-033203 de 4 de febrero de 2016, el mismo apoderado interpuso recurso de reposición contra esta decisión, por considerar que contiene puntos nuevos respecto del auto inicial, pidió revocar la providencia y que en su lugar se ordene reconocer los intereses moratorios desde el vencimiento de la obligación hasta el inicio de la liquidación judicial.

Dijo que (i) no se tuvieron en cuenta los intereses causados durante la reorganización sino solo los generados desde el vencimiento de la obligación hasta la apertura del proceso, desconociendo el artículo 53 de la Ley 1116 de 2006; (ii) la fuerza mayor a la que alude la providencia no es tal, pues de ser así se estaría permitiendo que las personas puedan determinar los motivos de fuerza mayor que impidan el avance de la mora, volviéndose entonces previsible y dejando sin fuerza el artículo 64 del Código Civil que dispone como característica de ésta su imprevisibilidad; (iii) es cuestionable que se diga que el interés que debe gobernar las obligaciones de la DIAN es el corriente; los intereses corrientes no operan en las obligaciones tributarias porque, como lo indica el artículo 634 del Estatuto Tributario, el incumplimiento de estas obligaciones solo genera intereses de mora.

II. 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.¹, 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.

¹ Artículo 318, C.G.P.

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”*².

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 resolutive 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”*³.

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 pactadas⁴. 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.

² Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I. 1983, Bogotá, p. 574

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 9 de junio de 1980

⁴ 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 inflación⁵, y su reconocimiento en las obligaciones dinerarias ha sido entendido por la jurisprudencia como una proyección del principio de integridad del pago⁶.
- 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 sólo 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”*⁷. Por lo demás, así lo reconoce la jurisprudencia⁸.
- 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 califiquen 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 formulas 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”*⁹. Con esto, se corrige expresamente lo dicho en el ordinal 13 del apartado considerativo del Auto 400-001342 de 29 de enero de 2016.

6.2. Intereses en la liquidación judicial

⁵ Cfr. <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>

⁶ “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 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 éstos 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

⁷ HINESTROSA, FERNANDO, Tratado de las Obligaciones, T.I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 1576

⁸ “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.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. 14171

- a) El artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, prevé que el pago de intereses en la liquidación judicial queda postergado, es decir, sólo 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, así mismo 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”¹⁰.

- 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 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 éstos 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*

¹⁰ Auto 441-011773 de 7 de julio de 2003

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 éste 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 previsibilidad¹¹ es inane.
- d) Como quedó dicho en el auto recurrido, cuando una sociedad está incurso 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 extra concursal. La expresa prohibición de pago libre es irresistible para el sujeto concursal y eso determina que se configure la fuerza mayor¹².
- 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

¹¹ 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 irresistible; 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

¹² “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 IRRESISTIBILIDAD**. 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), Ibídem.

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.

Notifíquese,



NICOLÁS POLANÍA TELLO

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

TRD: ACTUACIONES DE LA LIQUIDACION JUDICIAL

Rad: 2016-01-033203; 2016-01-049930

Fun: Y4944