



Al contestar cite el No. 2017-01-007266

Tipo: Salida Fecha: 13/01/2017 04:07:18 PM
Trámite: 95000 - RECURSO DE REPOSICIÓN
Sociedad: 800101333 - OBRAS Y DISEÑOS SA Exp. 40858
Remitente: 400 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS DE INS
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 5 Anexos: NO
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 400-000484

AUTO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Sujeto del proceso
Obras y Diseños SA

Promotor
Luis Fernando Arboleda Montoya

Asunto
Artículo 318 CGP.

Proceso
Reorganización

Expediente
40858

I. ANTECEDENTES.

1. Mediante Auto 400-016653 de 28 de octubre de 2016, se decidió “Advertir a Codensa S.A. ESP que el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad en reorganización, causadas con anterioridad a su inicio, deben someterse a la disciplina concursal y en consecuencia no puede aplicar compensación de deudas a favor de la sociedad”.
2. Con memorial 2016-01-541256 la apoderada de Codensa S.A. ESP interpuso recurso de reposición en contra del citado auto. De dicho recurso se dio traslado de conformidad con lo previsto en los artículos 110 y 319 del CGP, del 9 al 11 de noviembre de 2016.
3. Sustenta la apoderada de Codensa S.A. ESP en su recurso los siguientes hechos: (i) la relación contractual con la sociedad Obras y Diseños se inició con la oferta mercantil aceptada mediante orden de compra No. 5600005854, del 7 de febrero de 2014; (ii) Codensa otorgó un anticipo por \$1.500.000.000 con un plazo de amortización de 12 meses.; (iii) el 26 de junio de 2016 las partes acordaron liquidar la oferta mercantil, quedando un saldo pendiente de amortizar del anticipo de \$574.522.242, de igual forma existe un valor en disputa sobre la factura No. 4510 por \$242.875.675, toda vez que ésta fue objeto de amortización; (iv) con auto 400-016653 del 28 de octubre de 2016, el Despacho advierte a Codensa que el pago de las obligaciones a cargo de la concursada, causadas con anterioridad a su inicio, deben ser sometidas a la disciplina concursal y no puede aplicarse compensación de deudas.

Manifiesta la recurrente que se debe tener claridad en la naturaleza del anticipo, la cual ha sido definida como la suma de dinero que se entrega a un contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que este debe incurrir para la ejecución del objeto contractual, por lo tanto dichos dineros no entran a formar parte del patrimonio de la sociedad concursal, el anticipo sigue siendo de propiedad de la entidad contratante.

Afirma que en ese sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-084358 del 24 de septiembre de 2012.

Afirma que el contrato en virtud del cual se otorgó el anticipo se liquidó con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, por lo cual el valor final adeudado es considerado como un gasto de administración según lo dispuesto en el artículo 71 de la ley 1116 de 2006. Y que de igual forma el juez del concurso debe seguir el precedente judicial emitido en el caso MECM PROFESIONALES, en el cual mediante audiencia del 13 de abril de 2016, acepta la conciliación de la objeción presentada por CODENSA y la concursada.

Solicita la memorialista reponer el artículo primero del auto 400-016653, en el sentido de permitir la compensación de deudas a favor de la sociedad deudora, y en caso de negar esta pretensión, indicar que el valor final del anticipo corresponde a un gasto de administración.

4. Con radicado 2016-01-549272 el representante legal para asuntos judiciales de la concursada recorrió el traslado del recurso de reposición interpuesto por la apoderada de Codensa S.A.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

1. Con auto 400-006147 del 22 de abril de 2016 se admitió al proceso de reorganización a la sociedad Obras & Diseños S.A.
2. A fin de garantizar no solamente los principios del concurso –en particular los citados en el numeral anterior- sino también sus finalidades, la ley de insolvencia, en el artículo 17 estableció los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización. Según dicho artículo “[a] partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso” (subraya el Despacho).
3. En el escrito radicado 2016-01-438094, el representante legal de la concursada y el promotor solicitaron al Despacho se conminará a la empresa Codensa S.A. ESP a pagar las facturas 4510 por \$242.875.434 y 4590 por \$574.522.482, cuyos valores tiene retenidos y los pretende cruzar contra un anticipo dado a la sociedad en el contrato 5600005854, del 7 de febrero de 2014 y que el contratante dio por terminado el 8 de febrero de 2016.
4. Teniendo en cuenta las afirmaciones realizadas por la apoderada de Codensa S.A. ESP y el representante legal de la concursada, no queda duda de que existe un crédito a favor de Codensa S.A.
5. Es del caso indicar, que aunque los dineros entregados por Codensa las partes se refieren como anticipo, es el juez quien debe calificar jurídicamente la naturaleza jurídica de la operación, atendiendo a “la intención de las partes... más que a lo literal de las palabras” (artículo 1618 del Código Civil).

De manera que, sin importar la forma en que las partes hayan denominado la operación dentro del contrato, el Despacho entenderá que se trata de una compensación, si llena los elementos axiológicos dispuestos en la ley para ello.

Así, habrá compensación, en los términos del artículo 1715 del Código Civil, cuando se persiga la extinción de obligaciones de las que dos partes son recíprocamente acreedoras y deudoras, siempre “1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles”.

6. Debe destacarse además que este Despacho ha sostenido, con base en prolija doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado, que los anticipos son una figura propia de los contratos estatales y no de las relaciones entre particulares, como en el presente caso, por lo que las sumas a favor del reclamante constituyen, en realidad, un crédito a cargo de la sociedad que hoy se encuentra en reorganización.
7. En efecto, en el Auto 400-010679 del 13 de agosto de 2015, el Despacho realizó un estudio respecto al concepto de anticipo y pago anticipado, en el cual señaló, que *“la noción de anticipo, en contraposición a la de pago anticipado, se ha pergeñado en el contexto de la contratación pública a partir de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, para diferenciar dos situaciones jurídicas sobre la base de la titularidad de los recursos. Así, los desembolsos que la Administración hace al contratista a título de anticipo, se estiman como un mutuo cuyo acreedor es la entidad, otorgado para facilitar la ejecución del contrato, y debe ser amortizado en las condiciones que se establezcan, mientras que el pago anticipado alude a recursos de propiedad plena del contratista: “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 del 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 le 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. 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 la 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”*

“Esta diferencia de base también se manifiesta en el tratamiento aseguraticio que reciben los anticipos, como lo ha sostenido la misma corporación: “Si se busca alguna diferencia entre los conceptos de anticipo y pago anticipado de cara al riesgo amparado en las pólizas de cumplimiento, en principio se tiene que los riesgos asociados al manejo y correcta inversión resultan predicables del recurso que se paga a título de “anticipo”, respecto del cual se somete al contratista por virtud de disposiciones contractuales o legales, al manejo en cuenta separada, el uso específico del recurso para su inversión en la obra o gestión contractual y se le imponen al contratista obligaciones para legalizar y amortizar la inversión en un determinado plazo; a diferencia de lo que sucede con el “pago anticipado”, respecto del cual no existen obligaciones como las referidas anteriormente, por manera que en su caso el riesgo de manejo se materializa por la no devolución de la suma que no fue causada o ejecutada en el contrato, sin que sea necesario acudir a determinar aspectos como la inversión o legalización del monto pagado”

“Por su parte, la doctrina ha dicho que “El Estatuto de Contratación Estatal regula el tema del anticipo y el pago anticipado sin establecer su diferencia. Mientras el anticipo busca facilitar al contratista la financiación de los bienes, servicios y obras se le han encargado con ocasión el contrato, a través del préstamo de recursos que conservan su carácter público u oficial, el pago anticipado es una retribución parcial que recibe el contratista en virtud de un contrato suscrito, recursos que ingresan de manera permanente a su patrimonio”.

“Precisa esta misma fuente que “En el derecho comparado existe unidad de criterio al entender que el anticipo es un préstamo que las entidades estatales realizan a favor del contratista para invertir en la ejecución de un contrato, que debe amortizarse en cada cuenta. “De la definición se deducen los elementos esenciales del concepto:

“Es un préstamo que hace la entidad estatal al contratista.

“El préstamo tiene destinación específica, concretamente debe destinarse al gasto que demanda la ejecución del contrato.

“Como quiera que el préstamo está destinado a la inversión en la ejecución del contrato, se deduce que la figura del anticipo, en cuanto a su aplicación, es propia de los contratos de tracto sucesivo”¹

8. Teniendo en cuenta lo transcrito, así como las manifestaciones de las partes y los documentos del expediente, los dineros entregados por Codensa a la concursada, hacen parte de la orden de compra 5600005854; el saldo a favor de Codensa, como consecuencia de dicha operación, es un crédito de ésta, de la que es deudora la concursada. Dicha obligación hace parte del pasivo que debe ser reorganizado en el presente proceso concursal, pues la fuente de dicho crédito es anterior al 22 de abril de 2016, fecha en que se dio inicio al proceso de reorganización de Obras & Diseños S.A. Como crédito del concurso, por regla general su satisfacción debe sujetarse a las reglas del acuerdo de reorganización.

Por su parte, las sumas entregadas por la concursada a Codensa S.A. y en poder de esta última, hacían parte del activo de aquella, y de la garantía general de todos los acreedores del presente concurso recuperatorio. Estando en curso la reorganización, Codensa tiene la obligación de poner a disposición dichos recursos a la compañía para reintegrar el patrimonio de la concursada y facilitar sus perspectivas de recuperación, tal como se ordenó en el auto recurrido.

Un cruce de cuentas entre el crédito a favor de Codensa y las sumas retenidas por dicho acreedor es una compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil; operación que en las actuales condiciones de la compañía en concurso está prohibida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Sólo podría hacerse efectiva la compensación por autorización judicial de esta Superintendencia, previa solicitud motivada del interesado, tal y como lo ordena el citado artículo 17 del régimen de insolvencia empresarial. Solicitud y autorización que en el presente caso no se dieron.

9. Ahora bien, en lo que hace al pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades en el oficio 220-084358 del 2012, como bien lo manifiesta el oficio las precisiones de orden legal que se realizaron fueron a título meramente informativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 C.P.A.C.A., en el entendido de que es función de esta Superintendencia absolver las consultas de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales.

¹ Auto 400-010679 de 13 de agosto de 2015.

Respecto a la decisión de esta Superintendencia en la audiencia de resolución de objeciones de la empresa MECM Profesionales del 13 de abril de 2016, cuya acta se adjuntó, lo manifestado por la apoderada de Codensa S.A. ESP resulta improcedente para este caso, ya que las situaciones son totalmente diferentes, Codensa es proveedor estratégico, es la única y principal fuente de ingreso de esa sociedad, y se continuaban desarrollando contratos con ella.

10. En consecuencia, el Despacho no repondrá el auto 400-016653 del 28 de octubre de 2016.

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

RESUELVE

No reponer el artículo primero del Auto 400-016653 de 28 de octubre de 2016.

Notifíquese,



NICOLÁS POLANÍA TELLO

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

TRD: ACTUACIONES DE LA REORGANIZACION EMPRESARIAL

Rads. 2016-01-541256,543632, 549272 y 571559

M2380