



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES



Al contestar cite el No. 2017-01-314974

Tipo: Salida Fecha: 05/06/2017 03:05:38 PM  
Trámite: 95000 - RECURSO DE REPOSICIÓN  
Sociedad: 800038391 - HOLDING MINERO SAS Exp. 40142  
Remitente: 400 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS DE INS  
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL  
Folios: 7 Anexos: NO  
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 400-009631

## AUTO

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

### Sujeto del proceso

Holding Minero S.A.S.

### Proceso

Reorganización

### Asunto

Artículo 318 C.G.P.

### Promotor

Rafael Santamaría Uribe

### Expediente

40142

## I. ANTECEDENTES

1. Mediante memorial de 19 de diciembre de 2016, el apoderado de Banco de Bogotá, recurrió el Auto 400-018540 de 13 de diciembre de 2016, que desestimó su solicitud de decretar una medida cautelar innominada consistente en el *“congelamiento del 51% de los recursos que reciba la sociedad Consorcio Minero del César S.A., provenientes de la sociedad CI Colombian Natural Resources I S.A., o de cualquier otra sociedad y producto del laudo arbitral dictado el 26 de mayo de 2016”*.

Adujo el recurrente que (i) en el caso particular se configuraron los dos requisitos generales de toda medida cautelar, es decir, verosimilitud del derecho y perjuicio en la demora, aspectos que deben ser valorados por el Despacho; (ii) las medidas cautelares innominadas suponen para el operador un rol más activo en cuanto a la valoración de las circunstancias a partir de su *“sana crítica y experticia”*, con criterios distintos a los que se aplican en el estudio de las cautelas tradicionales, con un margen amplio de discreción, y que el auto recurrido comporta un retroceso en el *“activismo judicial”* que en esta materia ha caracterizado la historia judicial reciente de la Superintendencia de Sociedades. Adicionó que, en el caso concreto, la medida negada también satisface los requisitos de necesidad, proporcionalidad y efectividad, de entre los previstos en el artículo 590 C.G.P.

Dijo además que (iii) la providencia recurrida desconoce el propio precedente de la Delegatura de Insolvencia, pues en el proceso de Calamar C.D.O. este Despacho decretó una medida cautelar innominada que recayó sobre bienes de unas compañías que no estaban en concurso, pero hacían parte del mismo grupo empresarial. Dice el recurrente que *“no es comprensible por qué en la providencia recurrida se omitió cualquier referencia al precedente, máxime si los fundamentos fácticos son iguales”*, de manera que no se entiende cómo antes el juez integró las facultades del Código General del Proceso y del Estatuto de Insolvencia para ordenar lo que ordenó, y ahora se sustrae de hacerlo. Esto supone, sigue, un desconocimiento palmario del procedimiento que la jurisprudencia constitucional ha definido para los cambios de precedente, porque eso fue lo que ocurrió.

Por otro lado, (iv) se dolió de la falta de valoración, por parte del Despacho, de las pruebas que acreditan –inventario aportado por la deudora–, que la sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S. le debe dinero a Holding Minero S.A.S., y que el



decreto de la medida no supondría un desconocimiento de la personalidad de Consorcio Minero, *“pues como ya se mencionó existe una situación de control con todas las implicaciones que ello conlleva”*, de manera que *“los criterios tradicionales que se utilizan en la providencia recurrida, referidos a la necesidad de respetar la individualidad de las personas jurídicas no resultan afortunados y sí son desconocedores de la realidad”*.

Luego indicó el libelista que (v) no es cierto que la petición negada se haya fundado en sus meras apreciaciones, como ligeramente señaló el Despacho, sino que se trató de una indebida apreciación de los soportes que se adujeron en su momento, y que acreditan (a) un acuerdo de refinanciación con acreedores financieros, en el que la deudora ofrece en garantía las resultas a su favor en el proceso arbitral, y (b) el laudo arbitral mencionado; también obra (c) la memoria explicativa de la crisis, en el que la deudora reconoce que todo el flujo que recibe, proviene de la operación de una sola de sus filiales, Consorcio Minero del Cesar S.A.S.

En lo últimos folios del recurso se insiste en la situación de control de Holding Minero sobre Consorcio Minero del Cesar y el impacto de esta circunstancia en sede concursal. Enfatizó en la evidente vinculación entre las compañías, como lo había acreditado con soportes que el Despacho ignoró, como los certificados de existencia y representación, en los que constan directores comunes, casi idéntico domicilio y la misma revisoría fiscal, por lo que *“la existencia de personalidades jurídicas distintas no puede convertirse en obstáculos (sic) para el acceso efectivo de los acreedores a la masa de activos que garantiza sus acreencias”*.

Finalmente volvió sobre el asunto de la deuda de Consorcio Minero del Cesar con Holding Minero, por más de cuarenta y un mil millones de pesos, según lo reportado en los estados financieros de la concursada, y que no mereció comentario del juez, y dijo que, además, la decisión atacada contrarió otro precedente, una decisión en la que este Despacho ordenó a un deudor de una sociedad en concurso que le pagara una deuda cuyo importe era necesario atraer al proceso, en virtud del principio de universalidad. Con esto, asignó un trato desigual al acreedor representado por el memorialista, quien terminó su escrito enrostrando a este operador la pretermisión de la regla prevista en el artículo 590 C.G.P., según la cual es deber del juez, si no accede a la cautela pedida *“decretar una medida menos gravosa o diferente a la solicitada”*.

2. Del recurso se corrió traslado del 23 al 27 de diciembre de 2016, término durante el cual se manifestaron Banco Corpbanca Colombia S.A., Helm Bank Panamá S.A., Davivienda S.A., Bancolombia S.A., y Banco Comercial AV Villas S.A., a fin de coadyuvar el recurso interpuesto y solicitar la revocatoria de la decisión. En los memoriales de Davivienda y Bancolombia sus apoderadas, además de coadyuvar, plantearon argumentos a favor de la configuración de los criterios previstos en el artículo 590 C.G.P., mientras que el apoderado de AV Villas profundizó sobre el negocio de Consorcio Minero del Cesar con Compañía Carbones del Cesar, origen del pleito arbitral cuyas prestaciones económicas son el objeto sobre el que se busca que recaiga la medida. Sobre este punto, adujo que inicialmente Masering (hoy Holding Minero), El Cóndor y S.P Ingenieros era consorciados, pero que luego mutaron su estructura en sociedad de capitales, conservando idéntica participación, para, entre otras cosas, diluir riesgos laborales, como se desprende de reseñas de testimonios extraídas del expediente arbitral.
3. Por su parte, la apoderada de la deudora, en su memorial de traslado, pidió confirmar la decisión y adujo que (i) el juez del concurso no es competente para reconocer situaciones de control; (ii) que Consorcio Minero del Cesar no es subordinada de Holding Minero porque no tiene *“poder de decisión”* ni existe *“unidad de propósito y dirección”*; (iii) que las sociedades socias, a su vez, de Consorcio Minero del Cesar, son ajenas y distintas entre sí, y respecto de Holding Minero; (iv) que el 51% de que se habla se refiere a participación sobre las utilidades, *“más no a*



*control de las decisión (sic) importantes, administrativas y gerenciales de Consorcio Minero del Cesar*”, como se deduce de los documentos consorciales y, luego, de los estatutos de la sociedad simplificada, en donde se ha exigido y se exige consenso de los socios o, en todo caso, pluralidad para la toma de decisiones. Dijo que (v) se debe resguardar la individualidad derivada de la personificación jurídica de las sociedades, ya que (vi) Consorcio Minero del Cesar tienen deudas propias a su cargo, como reclamaciones laborales cuyos soportes adjuntó, que se verían comprometidas con la medida solicitada. Finalmente, indicó que (vii) Holding Minero no está en liquidación judicial, por lo que, pretender configurar un escenario de responsabilidad subsidiaria de la matriz es improcedente, y en consecuencia lo es la medida cautelar pedida, porque la fuente de pago en reorganización es el flujo derivado de la operación, respecto del cual no se puede predicar insuficiencia, y que (viii) el recurrente, en su solicitud y en el recurso, presume la mala fe del empresario en insolvencia.

## II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El recurso de reposición está previsto como un mecanismo de defensa de las partes frente a las decisiones judiciales en que se haya cometido un error, a efectos de que el operador revalúe los fundamentos de la providencia y la revoque o modifique. Se trata de una oportunidad para que, como indica DEVIS ECHANDÍA, quien profirió la decisión, sea juez singular o colegiado, “*estudie de nuevo los puntos tratados*” en ella<sup>1</sup>. Esta es, entonces, la limitación material del ámbito decisional del operador, es decir, no puede el recurso demandar elaboración ninguna sobre aspectos nuevos, que solo se propusieron en la impugnación.
2. Antes de revisar los cargos formulados contra la providencia, conviene recapitular el contenido de la solicitud inicial, resuelta en el auto atacado. En dicho memorial, se pidió al Despacho “*PRIMERA.- ORDENAR a CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. que congele el 51% de los recursos que recibió o reciba de C.I. COLOMBIA NATURAL RESOURCES I S.A.S. o de cualquier otro sujeto, con ocasión del laudo arbitral (...)*”, y “*SEGUNDA.- ADOPTAR cualquier otra medida que el Despacho considere razonable con miras a la protección de los derechos de los acreedores de HOLDING MINERO S.A.S.*”.
3. En atención a estas solicitudes, que no fueron estructuradas como principal y subsidiaria o como principal y consecencial sino como principales ambas, como se deduce de la redacción, el recurrente expuso una serie de hechos y circunstancias –como las participaciones en las sociedades, las que estimó situaciones de control, las operaciones entre compañías, etc.-, a partir de las cuales sugirió un curso hipotético de acontecimientos, desarrollados en el numeral 4 del apartado IV del memorial, denominado “*fundamentos jurídicos*”, que se resumen a continuación:
  - a. La cautela persigue que se congelen los recursos equivalentes al 51% del importe recibido o por recibir con ocasión del laudo “**con miras a evitar su distracción**”.
  - b. El embargo de cuentas por cobrar a favor de Holding Minero no es suficiente porque no garantiza que el dinero entre a la sociedad ni que se aplique a pagar sus deudas –refiriéndose a la deuda de Consorcio Minero con Holding-, por lo que “**es perfectamente posible que dicha cuenta quede impaga**”.
  - c. Sobre la destinación del producto del fallo favorable “**es perfectamente posible que CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. utilice la suma de dinero provenientes (sic) del laudo arbitral para fines y propósitos distintos al pago de las acreencias a favor de HOLDING MINERO S.A.S. o al reparto de utilidades**”.

<sup>1</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, El Proceso Civil, Parte General, T. III, V. I, Bogotá, Dike, 1990, p. 332



- d. Como la sociedad en concurso controla a su deudora, Consorcio Minero del Cesar S.A.S., “**existe el riesgo** que (sic) los recursos provenientes del laudo arbitral sean empleados con fines distintos al pago de las obligaciones con la concursada”, pues “**hemos tenido conocimiento**” de que la sociedad demandante en el proceso arbitral pretende adquirir valiosos activos fijos con el dinero de la condena a su favor y, como Consorcio Minero del Cesar no está en insolvencia “**existe el riesgo** de que se produzcan gastos y costos y operaciones que no correspondan al giro ordinario de sus negocios con cargo a los recursos provenientes del laudo arbitral” (énfasis añadido en todas las citas textuales).
4. Como se dijo en el auto impugnado, las solicitudes propuestas se estructuraron a partir de conjeturas y situaciones hipotéticas, pues nada hay que pruebe que, abstracción hecha de la situación no concursal de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., los dineros percibidos o por percibir con ocasión del fallo a favor se hayan distraído, se hayan destinado a gastos o costos extraños a su operación o a la compra de activos fijos valiosos, o se haya decidido no repartir utilidades. Es a eso a lo que se refería el Despacho cuando concluyó que la solicitud se soportó en “una serie de suposiciones sin asidero distinto al mero dicho del acreedor”, y nada de lo expuesto en el recurso ni en sus traslados permite llegar a conclusión distinta.
5. En otras palabras, no hay tal falta de motivación en la decisión sino en la solicitud resuelta, porque al margen de la descripción de la estructura societaria que subyace en la operación de explotación minera y del contexto litigioso en el que salió favorecida la sociedad Consorcio Minero del Cesar, sobre lo que no hay reparo sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la situación de control, las razones de hecho y de derecho que se adujeron como fundamento para decretar la cautela fueron, en suma, las arriba transcritas, en las que como se ve la naturaleza especulativa viene desde la propia formulación. Si bien en el numeral 2 del mismo apartado del memorial se refiere el artículo 590 C.G.P., y se mencionan los criterios de apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad, ninguno de ellos fue desarrollado para explicar por qué en el caso de marras se configura la procedencia de la cautela, en contraposición a la prolijidad de argumentos propuestos en sede de reposición. Simplemente se citó como precedente una providencia dictada en otro proceso (Calamar CDO, Auto 400-014367 de 26 de octubre de 2016), que por lo demás no corresponde a la situación que en esta causa se debate.
6. En efecto, mal puede decirse, como lo hace el recurso, que comparando el caso resuelto con este “los fundamentos fácticos son iguales”. De hecho, son del todo distintos, pues en el resuelto en 2016 unas compañías que (i) no estaban en insolvencia, pero hacían parte del grupo empresarial, (ii) pretendían enajenar unos activos fijos que les pertenecían. En ese caso se dijo que, aunque no estaban en concurso, las actuaciones patrimoniales de compañías del mismo grupo al que pertenecen las concursadas no son indiferentes y pueden comprometer la suerte concursal de las sometidas al proceso y sus acreedores. En este caso, por el contrario, Consorcio Minero del Cesar S.A.S. no hace parte del grupo empresarial controlado por Inversor Inversiones y Proyectos S.A.S., controlante de Holding Minero S.A.S., y lo que se pretende no es frustrar una enajenación de activos fijos, sino la hipotética distracción de recursos que recibiría o recibió en virtud de un fallo arbitral.
7. De otro lado, consultado oficiosamente el registro mercantil, se advirtió que en el folio de Holding Minero S.A.S. figuran sendas anotaciones en virtud de las cuales se reconoce el control de esta compañía sobre Masering Mining S.A.S. en liquidación y sobre CI Carbones de Santander S.A.S., y otra a cuyo tenor la sociedad Inversor Inversiones y Proyectos S.A.S. es, a su vez, controlante de Holding Minero S.A.S., anotación esta última inscrita el 6 de marzo de 2017. De otro lado, hecha idéntica consulta respecto de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., se verificó que no hay situación de control inscrita sobre ésta por parte de Holding Minero S.A.S., y no es



del resorte de este operador calificar dicha situación, en los términos de la Ley 222 de 1995.

8. Hechas estas precisiones, que anticipan la confirmación de la decisión, estima este operador propicia la oportunidad para hacer claridad en lo siguiente. Tiene razón el recurrente en que no es irrelevante para la insolvencia de una compañía lo que ocurra en los patrimonios de otras con las que integre un grupo empresarial. De hecho, se trata de una parcela de la disciplina concursal particularmente delicada, en la que el asunto de la personificación jurídica de los distintos sujetos no es, como considera el recurrente, asunto menor<sup>2</sup>. Se trata de una circunstancia que debe ser valorada con riguroso preciosismo, porque el riesgo de desestimación de atributos propios de las personas jurídicas es alto y decisiones ligeras en ese sentido pueden suponer, *ex ante*, una fundada repulsión de los acreedores al modelo de insolvencia cuando se advierta que, en ese contexto, queda en cuestión la estructura corporativa del grupo lo que supone, de contera, un desincentivo al otorgamiento de crédito a grupos empresariales o un incremento de su costo por el riesgo de consolidación patrimonial<sup>3</sup> al que se verían avocados los acreedores de una persona jurídica, cuando adviertan que, en caso de insolvencia de una compañía del grupo, pueden ver reducidas sus expectativas de pago porque el patrimonio que respalda sus deudas queda afecto al pago de deudas de otras empresas del mismo conglomerado frente a otros acreedores.

El objeto de la medida solicitada es, precisamente, que se ordene a una persona jurídica que, no obstante no ser parte de un grupo empresarial y no estar en situación de insolvencia, congele un importante activo líquido para que, sin reparar en sus propios acreedores, quede afecto a las resultas de la insolvencia de uno de sus socios y a la vez acreedor. La apoderada de la sociedad en concurso puso de presente la existencia de más de veinte procesos laborales en curso en contra de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., cuyos demandantes quedarían en precaria situación si se accediera a lo pedido por Banco de Bogotá S.A.

9. En el caso particular, como se dijo, Holding Minero S.A.S. no es controlante de Consorcio Minero del Cesar, pero sí acreedor interno y acreedor vinculado en razón de los servicios prestados por Holding y debidos por Consorcio, como se refleja en la información contable aportada con la solicitud de reorganización. Esta situación es suficiente para que se requiera, como se hará, a Holding Minero S.A.S. para que explique las particularidades del crédito a su favor y a cargo de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., como capital, intereses, fechas de pago, etc., y a ésta para que informe sobre el pago a su favor de la condena contenida en el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el litigio entre dicha compañía y C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S., pagos hechos, pagos pendientes, destino de los recursos, toda vez que es información relevante para el concurso. Esta orden,

<sup>2</sup> “Es obvio que ese concurso del grupo tiene su primer y fundamental obstáculo en los límites derivados de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades que lo integran o en la correlativa ausencia de personalidad jurídica del grupo, a pesar del reconocimiento de su legitimidad. La tensión entre esa vinculación patrimonial y la autonomía formal será permanente en el concurso desde su iniciación, hasta su terminación. Frente a la pretensión de una responsabilidad común de las sociedades vinculadas se opondrá la limitación de responsabilidad por deudas derivadas de la personalidad jurídica. El resultado de esa oposición ha de ser, en circunstancias normales, la denegación de una “consolidación sustancial” que convierta al grupo en el sujeto concursado”, Cfr. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 15, disponible en el siguiente enlace [http://eprints.ucm.es/5599/1/Los\\_Grupos\\_y\\_la\\_LC.pdf](http://eprints.ucm.es/5599/1/Los_Grupos_y_la_LC.pdf)

<sup>3</sup> Prevista para liquidación judicial en el Decreto 1749 de 2011, artículo 25 y siguientes. En el derecho de insolvencia americano, se denomina *substantive consolidation* y se refiere a la agrupación de activos y pasivos de personas jurídicas técnicamente diferentes, Vid. ANDREW BRASHER, Substantive Consolidation: A Critical Examination, disponible en el siguiente enlace, [http://www.law.harvard.edu/programs/corp\\_gov/papers/Brudney2006\\_Brasher.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf)



con todo, no tiene naturaleza de medida cautelar, sino de requerimiento en virtud del principio de información frente a un deudor de un sujeto concursal.

10. Finalmente, en lo que se refiere, en general, a la procedencia de medidas cautelares innominadas en sede concursal, vale precisar que este operador ha perfilado una línea de decisión en virtud de la cual, armonizando las reglas previstas en el artículo 5.2 de la Ley 1116 de 2006 y en el artículo 590 C.G.P., cuando el juez del concurso decida ejercer sus amplísimas facultades de dirección del proceso, debe someter su raciocinio de motivación a los criterios previstos en la norma del estatuto procesal, a manera de autolimitación de su discrecionalidad, y en garantía de la razonabilidad de sus decisiones que, como se sabe, son de única instancia. Y así se ha hecho en distintas ocasiones.

No se trata de "*activismo judicial*" sino de administración ponderada de los poderes del juez de insolvencia. Es claro que las llamadas "*medidas innominadas*" del Código General del Proceso fueron prefiguradas, en materia concursal, por lo dispuesto en el artículo 5.2 citado, cuya amplia formulación permite, en la práctica, ordenar cualquier cosa que tenga relación teleológica con la protección, custodia y recuperación de bienes del deudor, con las limitaciones que indica la misma norma en su literales a y b. En suma, no hay tal retroceso como el denunciado en el recurso, sino ejercicio riguroso y medido de los poderes del juez de insolvencia.

De otro lado, no es cierto que sea obligación del juez decretar, si no concede lo pedido como cautela, una medida alternativa. Esta es, sencillamente, una potestad del operador judicial, como se desprende de la redacción contenida en el artículo 590 C.G.P., cuando se indica que si el juez "*lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada*". No hay, entonces, como se indicó en el recurso, violación de norma imperativa.

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

### RESUELVE

**Primero.** Confirmar el Auto 400-018540 de 13 de diciembre de 2016

**Segundo.** Requerir a Holding Minero S.A.S. para que informe a este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, los detalles de la deuda o deudas a su favor y a cargo de Consorcio Minero del Cesar S.A.S., tales como conceptos, montos por capital e intereses, existencia de garantías, fechas de vencimiento, abonos hechos y pendientes y, en general, todo otro dato relevante sobre dicho crédito.

**Tercero.** Requerir a Consorcio Minero del Cesar S.A.S. para que informe a este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, sobre el ingreso efectivo o previsto de los recursos provenientes de la ejecución de lo ordenado en el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el litigio entre dicha compañía y C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S., así como la eventual provisión para el pago de la deuda o deudas que tenga a su cargo y a favor de Holding Minero S.A.S.

**Cuarto.** Comunicar el contenido del auto a Consorcio Minero del César S.A.S., para lo cual se ordena al Grupo de Apoyo Judicial que lo a la Carrera 86 No. 76-239 of. 304 en la ciudad de Barranquilla o al correo electrónico [cmineradelcesarsas@gmail.com](mailto:cmineradelcesarsas@gmail.com), que figura en el registro mercantil como buzón de notificación judicial, vía certimail.

**Notifíquese y cúmplase,**



**NICOLÁS POLANÍA TELLO**

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

TRD: ACTUACIONES

RADS: 2016-01-615206, 2017-01-039934, 2016-04-013512, 2016-01-822571, 2016-01-620122, 2016-01-622156 y 2016-01-621304 / P4277