



Al contestar cite el No. 2017-01-319051

Tipo: Salida Fecha: 08/06/2017 09:52:58 AM
Trámite: 17004 - GESTION DEL LIQUIDADOR(NOMBRAMIENTO,
Sociedad: 900141973 - ALSACIA CONSTRUCTO Exp. 66233
Remitente: 400 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS DE INS
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 11 Anexos: NO
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 400-009849

AUTO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Sujeto del proceso

Alsacia Constructora de Obras S.A., en liquidación judicial

Asunto

Resuelve solicitud

Proceso

Liquidación judicial

Expediente

66233

I. ANTECEDENTES

1. A través de Auto 430-009214 de 27 de junio de 2014, esta Superintendencia decretó de oficio la apertura del proceso de reorganización de Alsacia Constructora de Obras S.A.
2. El 11 de diciembre de 2015, tuvo lugar la audiencia de calificación y graduación de créditos de concursada, como consta en Acta 400-002626 de 28 de diciembre de 2015.
3. En dicha audiencia fueron reconocidos María Amparo Montoya de Sánchez, Andrea Henao Martínez, Camilo Tobón Bustamante y Raquel Martínez Restrepo, Silvia Villegas Palacio y Luis Fernando Lopera Guevara, propietarios de inmuebles en el edificio Asensi, como titulares de créditos litigiosos de quinta clase, en cuantías indeterminadas, en virtud de la acción de protección al consumidor por efectividad de la garantía, que promovieron contra la concursada ante la Superintendencia de Industria y Comercio (Exp. 2014-116247).
4. En Sentencia de 22 de enero de 2016, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió:
 - i) En el ordinal primero, declaró que la sociedad Alsacia Constructora de Obras S.A. incumplió el régimen de protección al consumidor en cuanto a la garantía y a las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de los inmuebles del edificio Asensi adquiridos por María Amparo Montoya de Sánchez, Andrea Henao Martínez, Camilo Tobón Bustamante y Raquel Martínez Restrepo, Silvia Villegas Palacio y Luis Fernando Lopera Guevara.
 - ii) En los ordinales 2 al 6, ordenó a la sociedad concursada, a título de efectividad de la garantía, restituir el precio indexado de los inmuebles defectuosos a cada uno de los demandantes, dentro de los quince días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Además, ordenó a los consumidores que, recibido el dinero de la concursada, hicieran entrega material y jurídica del derecho de dominio sobre los inmuebles defectuosos, y que los gastos de escrituración y registro corran por cuenta de la concursada.



5. La sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio fue apelada, y el 7 de septiembre de 2016 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá no sólo confirmó la violación al régimen de protección al consumidor, sino que adicionó la sentencia en el sentido de ordenar a los auxiliares de la justicia de los procesos de insolvencia en que están incurso los demandados, es decir, promotores y liquidadores, el pago de las condenas como gastos de administración.
6. Entre los minutos 01:18:08 y 01:20:11 del audio de la audiencia de fallo, se desarrollan las consideraciones que dieron lugar a esa orden, en estos términos:

“(…) de la prelación con que las demandadas deben salir al pago de las obligaciones que surgen de los derechos de los consumidores. Reitera la sala que el Estatuto de Protección al Consumidor tiene como objetivo el proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos. Así mismo prevé dicho estatuto, en su artículo cuarto, que sus normas deberán interpretarse de la manera más favorable al consumidor y en caso de duda resolverse en su favor y que al adoptar la decisión definitiva el funcionario, juez o superintendente resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes, según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra o ultra petita y emitirá las órdenes a que haya lugar, con la indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir. Facultades estas consagradas en el artículo 58, numeral 9.

“Con todo, ese legajo de principios protectores de los consumidores se verían totalmente desconocidos de aceptar que las obligaciones que emanan del proceso de protección al consumidor se dejaran para ser cubiertas dentro del grupo de quinta clase postergados como créditos litigiosos en cuantía indeterminada, que es la decisión que hasta ahora han adoptado los liquidadores de las empresas demandada; decisiones que, si bien son legales, pues están conforme a la normas que sobre privilegios ha establecido el legislador, no se ajustan con los postulados constitucionales de donde emanan los reseñados principios.

“Entonces, con la finalidad de que la protección al consumidor sea realmente efectiva y que el fallo se ajuste a la protección constitucional, la Sala dispondrá que las condenas que acá se impongan a las sociedades demandadas se paguen a los demandantes en igualdad de condiciones con los gastos que genera el reforzamiento del edificio y que han sido incluidos dentro del grupo de gastos de administración. Orden que no afectará de manera sensible a lo resuelto en el proceso liquidatorio porque, si bien es cierto que de ese grupo tendrán que salir los dineros para satisfacer la condena, también lo es que a la masa liquidatoria ingresa el activo representado en los inmuebles que deberán devolver los demandantes”.

7. El Acta 400-002498 de 2016, que da cuenta de la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización de Alsacia Constructora de Obras S.A., contiene la solicitud de la concursada de decretar la apertura del proceso de liquidación judicial y la consecuente decisión de este Despacho de acceder a ella, terminar el proceso de reorganización, y abrir el proceso de liquidación judicial.
8. Los motivos invocados por la sociedad para solicitar la apertura de su liquidación consistieron en (i) la falta de conciliación con los propietarios de Continental Towers sobre los auxilios de habitabilidad, y (ii) la imposibilidad de pagar gastos de administración concernientes a auxilios de habitabilidad debidos a la fecha y los de la sentencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el proceso 2014-116247, confirmada por el Tribunal, con el agravante de haber dispuesto que estos créditos se paguen como gastos de administración.
9. Mediante memorial 2017-02-003284 de 10 de marzo de 2017, la auxiliar de la justicia radicó el proyecto de calificación y graduación de créditos y asignación de



derechos de voto; en este documento se calificó a los consumidores beneficiarios del fallo en el proceso de protección del consumidor, como acreedores de quinta clase.

10. El 4 de abril de 2017, a través del memorial 2017-02-004469, la liquidadora solicitó al Despacho correr traslado del proyecto de calificación y graduación de créditos que adjuntó de nuevo y que modifica el presentado, en razón a que el proyecto anterior no daba cuenta de la orden contenida en fallo de 7 de septiembre de 2016, de la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá. La liquidadora, en el nuevo proyecto, calificó y graduó las sumas a que fue condenada la concursada en el referido fallo como de primera clase, luego de los laborales y fiscales.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. En atención a que “cumplir con las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social de Derecho”¹ y a la solicitud expresa de la liquidadora, es deber de este operador disponer lo necesario para que sea eficaz la orden proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, como juez natural para determinar los asuntos relativos a la ordenación de deudas para su pago, en el marco de los procesos judiciales de insolvencia sometidos a su conocimiento, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1116 de 2006, y sin perjuicio de las consideraciones hechas en audiencia de 24 de febrero de 2017 en el proceso de Calamar Constructora de Obras S.A.S.
2. En el presente caso concurren circunstancias ciertamente especiales, que ameritan una aproximación particular. Los deudores y ahora responsables del daño están incurso en procesos de insolvencia; los acreedores y víctimas del daño son consumidores, y las cosas dañadas son unidades de vivienda familiar. Esta particular conjunción ubica a los acreedores - consumidores en situación de verdadera vulnerabilidad, pues las reglas del concurso comprometen la satisfacción de un crédito del que nunca quisieron ser acreedores.
3. Esta circunstancia la tuvo en consideración la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, sin embargo, como juez del consumo, su laborío se contrajo a la pugna binaria entre consumidores y productores, y en esa lógica no tenía por qué considerar intereses que, en cambio, al juez concursal no le es dable ignorar, pues también están concernidos los demás acreedores afectados por la insolvencia, además del propio interés concursal, que es una manifestación concreta del orden público económico que subyace a los procedimientos de insolvencia. En esta medida, en esta providencia se dotará de eficacia real el fallo del juez del consumo, armonizado con los demás intereses en juego en el contexto de la insolvencia del deudor.
4. Los consumidores de inmuebles destinados a vivienda familiar, sean víctimas de un daño causado por un producto defectuoso del concursado o titulares del derecho a restituir el bien defectuoso y recibir el precio que pagaron, que han sido reconocidos en el concurso como titulares de créditos litigiosos, una vez sus créditos cobren certeza, es decir, cuando quede en firme la providencia judicial que declara la responsabilidad e impone las condenas, deben gozar de privilegio en lo que respecta a las condenas directamente relacionadas con el daño declarado.
5. A efectos de desarrollar los argumentos que llevan a esta conclusión, es necesario recordar que el régimen de insolvencia empresarial colombiano, en sus distintos instrumentos legales y reglamentarios, reconoce los siguientes tipos de acreedores, agrupados en clases, así:

¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 367 de 2014; postura reiterada en las sentencias T- 1686 de 2000, T 216 de 2015, T- 554 de 1992 y C 1006 de 2008 y el Auto 222 de 2016.

- (i) Primera clase. 1. Los créditos a favor de menores de edad, por alimentos²; 2. Los créditos por salarios y todas las prestaciones derivadas del contrato de trabajo³, créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales⁴, créditos causados o exigibles por concepto cesantías y demás prestaciones⁵; 3. Los créditos por costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores⁶; 4. Los créditos del fisco por impuestos y parafiscales⁷; 5. Los créditos por aportes al Sistema de Seguridad Social⁸ y los exigibles por concepto de cotizaciones e intereses.
- (ii) Segunda clase. Los créditos de los acreedores garantizados⁹; los créditos de los acreedores prendarios hasta concurrencia del valor de venta del bien¹⁰; los créditos por cuotas que hayan pagado los promitentes compradores de bienes inmuebles destinados a vivienda¹¹ en los procesos concursales de constructores y comercializadores de vivienda, excepto en aquellos eventos en los que sea posible la aplicación del artículo 51 de la Ley 1116 de 2006; los créditos amparados por fiducias y encargos fiduciarios con fines de garantía, cuando los bienes fideicomitidos sean muebles¹².
- (iii) Tercera clase. Los créditos garantizados con hipoteca que integra las normas de la Ley 1676 de 2013; los créditos hipotecarios¹³; los créditos amparados por negocios fiduciarios con fines de garantía, cuando los bienes fideicomitidos sean inmuebles¹⁴.
- (iv) Cuarta clase. Los créditos del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales¹⁵; los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios¹⁶.
- (v) Quinta clase. Quirografarios o sin privilegio¹⁷.
6. Además de los tipos enmarcados en el sistema de prelación de créditos del Código Civil¹⁸, en el contexto concursal también se reconoce al acreedor de gastos de

² Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2002

³ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 157

⁴ Ley 50 de 1990, artículo 36

⁵ Código Civil, artículo 2495

⁶ Código Civil, artículo 2495

⁷ Código Civil, artículo 2495. Son parafiscales los aportes de carácter obligatorio que realizan los empleadores y cuyo recaudo está a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, destinados al subsidio familiar, SENA, ESAP, etc.

⁸ Ley 100 de 1993, artículo 270

⁹ Ley 1676 de 2013, artículos 50, 51 y 52. Si bien estas normas del estatuto de garantías no indican una graduación específica, esta Delegatura ha concluido que la citada ley no derogó ni alteró la prelación de créditos, de manera que los acreedores garantizados, que en el caso de la reorganización tienen la posibilidad de concurrir al acuerdo recuperatorio, deben ser graduados en segunda o en tercera clase, según la naturaleza del bien sobre el que recaiga la garantía, sin perjuicio de las especiales prerrogativas concursales que les fueron asignadas por la ley de garantías.

¹⁰ Código Civil, artículo 2497

¹¹ Ley 66 de 1968, artículo 21; Ley 388 de 1997, artículo 125, parágrafo 3. A pesar de la norma se refiere a “los casos de liquidación”, por vía jurisprudencial, a partir de una analogía rigurosa, se ha asimilado el tratamiento a estos acreedores cuando el proceso es recuperatorio, en atención a la idéntica naturaleza concursal de los procedimientos. Vid. Auto de 11 de diciembre de 2015, proferido en Audiencia recogida en Acta 400-002626, en el proceso de reorganización de Alsacia CDO S.A.

¹² Ley 1116 de 2006, artículo 59

¹³ Código Civil, artículo 2499

¹⁴ Ley 1116 de 2006, artículo 50.7, inciso 3.

¹⁵ Código Civil, artículo 2502

¹⁶ *Ibidem*, en los términos en que fue reformado por el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006

¹⁷ Código Civil, artículo 2509



administración o de créditos contra la masa, como una especie diferenciada y con un privilegio, consistente en su carácter predeductible¹⁹, en razón al hecho objetivo de la fecha en que se causó el crédito, siempre posterior a la apertura del proceso concursal.

7. La prelación de créditos, entendida como sistema de organización de deudas para su pago, supone de entrada una ruptura del principio de paridad entre acreedores. Se trata de la opción legislativa prevista en el Código Civil y desarrollada en los sucesivos estatutos de insolvencia que han regido en Colombia.

En palabras de Hinestrosa, *“En todas esas hipótesis [de ejecución universal], de no haber dinero suficiente para cubrir completos todos los créditos, vendrán la presión de los distintos acreedores y el conflicto entre ellos. Cada cual aspira a ser satisfecho totalmente y antes que los demás. Elemental es la regla de la proporcionalidad; sin embargo, de muy atrás fueron surgiendo razones y argumentos en favor de gradaciones, y como era de esperar, el empeño de tantos de colocarse en un escalón de ventaja: los privilegia exigendi. Se habla, entonces, de acreedores privilegiados que comparten a prorrata su posición y de otros que en el mismo grado van en orden sucesivo, y en fin, de acreedores rasos (nomina chirografaria) a quienes va el remanente que se distribuyen entre sí a escote. O sea que al rompe se presenta la contraposición entre la igualdad (proporcionalidad) o pars condicio, y la prelación, el privilegio y el apremio de justificar la ruptura de aquel principio, ora invocando la calidad personal del acreedor, ora, y esto es lo más frecuente, la naturaleza del crédito o, más bien, su origen (causa), que en los tiempos que corren encuentra respaldo en la exigencia de ‘igualdad sustancial’, por encima de la formal (art. 1 C.P.), que se traduce en puja por ingresar el respectivo crédito en la lista preferencial, manifiesta en las sucesivas leyes al respecto”*²⁰.

8. La Corte Constitucional, por su parte, lo ha reconocido en estos términos: *“El legislador prevé un sistema de preferencias, dependiendo de la calidad del crédito. La prelación de crédito es el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; solo existen aquellas expresamente contempladas en la ley”*²¹.
9. En suma, es un mecanismo de ordenación razonable y necesario ante la escasez de activos, no muy diferente de los que operan en otros ordenamientos²², en

¹⁸ En esta relación de los acreedores de deudores sometidos a insolvencia empresarial no se incluyeron otros tipos de acreedores previstos en el Código Civil, que son: (i) de primera clase por expensas funerarias necesarias del deudor; (ii) de primera clase por gastos de última enfermedad del deudor; (iii) de primera clase por artículos de subsistencia; (iv) de segunda clase del posadero; (v) de segunda clase del transportador; (vi) de cuarta clase de los hijos frente al padre administrador de sus bienes; (vii) de cuarta clase del sometido a tutela o curatela frente al tutor o curador. Sin embargo, es posible encontrar algunos de estos créditos en insolvencia empresarial, cuando el sujeto del proceso es la persona natural comerciante.

¹⁹ La predeductibilidad de los créditos contra la masa o gastos de administración significa que gozan de preferencia respecto de su pago por encima de los créditos del concurso. Se trata, entonces, de gastos necesarios para el desarrollo del proceso concursal y que surgen como consunción de su inicio. Cfr. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Los Acreedores Involuntarios en el Concurso*, en “Créditos, garantías y concurso”, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ruiz de Velasco. Thomson Reuters, España, 2010, pp 391- 434.

²⁰ FERNANDO HINESTROSA, Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 692 y 693

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002

²² En el sistema de insolvencia norteamericano, por ejemplo, se reconocen dos clases principales de acreedores: (i) los que tienen garantía (*secured creditors*), y (ii) los que no la tienen (*unsecured creditors*). A partir de esta categorización, que en el caso de los no garantizados, a su vez, se desdobra en subtipos de créditos, se aplica el principio de prioridad absoluta de pago (*absolute priority rule*), según la cual los primeros deben ser satisfechos antes que los segundos. En España, de otro lado, la ley concursal prevé tres



atención a las distintas situaciones jurídicas en que pueden estar los sujetos activos de relaciones de crédito, pues es claro que aunque empíricamente todos los acreedores son iguales, es decir, todos son titulares del derecho a exigir una conducta (pago) al deudor, hay elementos subjetivos y objetivos de distinción entre ellos, reconocidos por la ley, de manera que el principio de paridad cede en el plano general, para cobrar eficacia en el contexto más restringido de las distintas clases.

En otras palabras, a pesar de ser la regla general²³, no se les asigna el mismo trato al acreedor laboral y al acreedor quirografario, pero sí a dos o más acreedores laborales del mismo grado entre ellos o a dos o más quirografarios entre ellos. Con todo, como la prelación supone asignar tratos diferenciales, el legislador sustancial buscó que fuera una categorización *numerus clausus*, cerrada, y eso explica la perentoria expresión del artículo 2508 c.c., según la cual “*la ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en los artículos precedentes*”.

10. Ahora bien, es evidente que el desenvolvimiento de las relaciones de comercio y la mutación de los referentes normativos tradicionales, en particular los de orden superior, imponen ajustes hermenéuticos que parecieran desconocer centenarias normas sustanciales, pero que en realidad persiguen acompañarlas al contexto socio jurídico actual. Por ejemplo, la Ley 1676 de 2013 introdujo un privilegio concursal a partir de la existencia y oponibilidad de un contrato de garantía mobiliaria. En este caso, la ley “*creó una nueva especie de acreedor, le asignó un régimen diferenciado y mejoró su expectativa de satisfacción del crédito, a través del reconocimiento de una preferencia especial, es decir, relativa a un bien o derecho determinado o determinable, que es, precisamente, aquel sobre el cual recae la garantía*”²⁴. Es evidente que, aunque el acreedor garantizado de que trata esta ley no está previsto en ninguno de los artículos anteriores al 2508 c.c.²⁵, es un acreedor con preferencia especial y régimen diferenciado, cuyos derechos son perfectamente eficaces en sede de insolvencia.
11. Entonces, a partir de esta comprobación, predicable también del acreedor de gastos de administración, es claro que el régimen de insolvencia no puede ser un sistema inflexible y hermético, inmune a los continuos desarrollos sociales, económicos y normativos, y que es posible y deseable estructurar reglas específicas que respondan a los retos de justicia que plantea el vasto fenómeno de la crisis empresarial. Bien sea en el ejercicio legislativo o en el judicial, en desarrollo del artículo 2 de la Constitución Política, el Estado “*asume la función de garante de los derechos constitucionales de las personas, de manera que tiene la carga de establecer mecanismos dirigidos a asegurar que sus propios órganos respeten los derechos constitucionales (función liberal, si se quiere), lograr la protección frente a las actuaciones de los particulares y generar condiciones de promoción de los mismos*”²⁶.
12. No otra cosa hizo la Corte Constitucional en el fallo citado de 2002, cuando dispuso que, a pesar del carácter cerrado y taxativo de los créditos privilegiados, todos

clases de créditos, a saber, (i) privilegiados, que admiten las modalidades de privilegio general y especial, (ii) ordinarios y (iii) subordinados, por citar solo dos referentes legislativos comparados, sobre los que regresaremos.

²³ Como se deduce, en palabras de la Corte Constitucional, de lo que dispone en el artículo 2492 c.c., en el sentido de que los privilegios están previstos en nuestro ordenamiento “*como excepción a la satisfacción proporcional de los acreedores*”, luego la regla general es la paridad, salvo que haya “*causas especiales para preferir ciertos créditos*”, como indica la norma citada. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-664 de 2006.

²⁴ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto de 19 de febrero de 2016, proceso de Daniel Fernando Arenas.

²⁵ A raíz de la reciente entrada en vigor de la ley de garantías, es un hecho que coexisten acreedores prendarios con acreedores garantizados, y aunque tengan vocación de convergencia en una única categoría, lo cierto es que a la fecha son diferentes, pues tienen atributos concursales distintos, más favorables a los garantizados.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 222 de 2004,



ceden frente a créditos a favor de menores de edad: “A la luz de estas consideraciones, se hace necesario hacer efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, entendiéndose por éstos tanto a los infantes como a los adolescentes, esto es, a todo menor de 18 años, de modo que sus créditos por concepto de alimentos prevalezcan sobre los créditos de los demás acreedores incluidos en la primera clase”²⁷.

13. Ahora bien, estos acreedores, los recogidos en las cinco clases del Código Civil, lo son porque concurren libremente y, al menos en principio, en condiciones óptimas, a la satisfacción de sus intereses a través de relaciones de crédito con el deudor²⁸, sean de índole comercial, civil, administrativa o laboral, o porque el vínculo obligacional tiene fuente en la ley, como ocurre con las deudas fiscales o las originadas en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado por hechos previos al concurso. Pero esta situación difiere de la de aquellos que se convirtieron en acreedores en virtud de un daño causado por el deudor, incluso en el marco de una relación previa entre acreedor y deudor subyacente a la que genera el crédito, en este caso, la relación de consumo. Estos últimos devinieron acreedores en contra de su voluntad, por un hecho jurídico, el daño, que es fuente de la obligación de reparar (artículo 1494 c.c.).
14. En efecto, los acreedores típicos tienen, en principio, la oportunidad de anticipar y valorar los riesgos de sus créditos, “ajustarlos”, a partir del despliegue de mínimas conductas de diligencia que les permita conocer a su contraparte contractual, prever y localizar los riesgos y adoptar medidas para paliar las consecuencias de una eventual situación de insolvencia; tienen, en términos generales y no sin excepciones, un nivel de experticia que les permite hacerlo y capacidad económica para ello. Este espacio de valoración en que se concretan, en mayor o menor medida, las distintas proyecciones de la libertad contractual, no existe para los acreedores involuntarios, lo que amerita en consecuencia, y en aplicación de los más elementales criterios de equidad y justicia, tratamiento diferente en procura de alcanzar la igualdad material²⁹.

²⁷ Corte Constitucional, C-092 de 2002, OpCit.

²⁸ Las condiciones óptimas de contratación serán aquellas que contemplan la asignación de la totalidad de los riesgos asociados a su ejecución. En este orden de ideas, los contratantes (acreedor y deudor) deberán, antes de concluir el contrato, “ponerse de acuerdo sobre la imputación de la totalidad de los riesgos asociados a su ejecución, deberán asesorarse sobre cualquier eventualidad, para imputar el riesgo a una de ellas y determinar qué prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca aquel” (Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil, p. 261. Tecnos. Madrid 1991). Así mismo lo entiende la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia la cual, en sentencia de 21 de febrero de 2012, sostuvo que: “el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, ceñidas a los legales, la buena fe y la paridad prestacional, tienen libertad para acordar el contenido del negocio, disciplinar la relación, los derechos, prestaciones, la estructura económica y los riesgos. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (nemo auditor propiam turpitudinem allegans) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (venire contra factum proprium) o contrariar la confianza legítima (Vertrauensschutz, legítimate expectations, legittimo affidamento, estoppel) (rev.civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01). En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, diseño, conveniencia e interés y la justicia contractual.”

²⁹ Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C- 178 de 2014, puntualizó “que el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución

Esta conclusión deriva de la armonización e interpretación conjunta de una serie de normas, pero a partir de un razonamiento primario de ascendencia constitucional³⁰, en atención a dos situaciones jurídicas particulares y excepcionales, a saber, (i) el compromiso directo del derecho de los acreedores a la vivienda digna, y (ii) la especial naturaleza de los acreedores – consumidores³¹.

15. Si bien la categoría *acreedor involuntario* no obra en el derecho concursal legislado, no se trata de un exotismo. Abundantes doctrina y jurisprudencia, de distintos ordenamientos³², ilustran el contenido de este instituto concursal. Esta misma Corte de Insolvencia ha reconocido a acreedores involuntarios, víctimas de daños extracontractuales³³.

En el caso particular, se trata de valorar la situación de acreedores quirografarios, reconocidos en el concurso como titulares de derechos litigiosos en pleitos en que se pretendió la asignación de responsabilidad al productor de bienes consumidos por ellos. Es decir, se trata de un tipo especial de acreedor cuyo derecho de crédito deriva del daño causado por situaciones que no estaba obligado a prevenir: la violación del empresario del régimen de protección al consumidor y la insolvencia de éste como consecuencia de esa violación. Si bien al momento de la calificación y graduación de créditos no había sido declarada la responsabilidad del empresario deudor, la situación cambió al convertirse en crédito cierto por el fallo en firme, lo cual amerita un replanteamiento de las consideraciones de este Despacho.

16. Desde su consagración en la Constitución Política la protección de los derechos del consumidor es un principio que irradia todo el ordenamiento, incluso en aquellas disposiciones que no hacen mención expresa a ellos, por lo que debe buscarse una fórmula de armonizar las normas existentes de derecho concursal con los derechos constitucionales de los consumidores³⁴, sobre todo cuando hay conexidad con un derecho fundamental, como el derecho a la vivienda, en razón al bien consumido³⁵.

Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales”.

³⁰ La Corte Constitucional ya ha calificado esta tarea como “una labor hermenéutica en la que los elementos configuran un todo dotado de sentido y no simplemente una sumatoria de partes separables. Cuando una situación se aleja de lo corriente, el juez debe inspirarse en la idea de equidad. A la justicia entendida como conformidad con la ley, Aristóteles opone, cuando ello es necesario, una justicia superior fundada en la equidad”. Sentencia T- 234 de 1994.

³¹ Desde la óptica concursal, el consumidor ha recibido tratamiento especial como deudor, a través del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, previsto en el Código General del Proceso, a partir del artículo 531; pero como acreedor, no es sujeto de protección normativa expresa.

³² BEBCHUK y FRIED desarrollaron la categoría de los acreedores sin capacidad de ajustar su crédito (*non-adjusting creditors*), de la que se desprenden las especies (i) acreedores involuntarios o extracontractuales³² y (ii) acreedores voluntarios sin capacidad de ajustar su crédito. El hecho de que un acreedor contrate voluntariamente con una empresa que deviene insolvente, no lo convierte en un acreedor con la capacidad de ajustar su crédito en las mismas condiciones de los demás acreedores voluntarios, por no contar con el poder económico para ello. Muchos de los acreedores voluntarios son consumidores y empleados que tienen acreencias relativamente pequeñas, poco poder de negociación y, en casi todos los casos se adhieren a contratos pre establecidos por la empresa. El costo para cualquier acreedor de ajustar los términos de su vínculo con el deudor para que refleje de manera precisa su riesgo de pérdida o el daño que sufrirían, resulta sustancial pues comprendería el costo del acceso a la información necesaria para anticipar la posibilidad de sufrir un daño causado por el deudor y de la posterior insolvencia del mismo. Cfr. BEBCHUK y FRIED, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, Yale Law Journal, 1995/6, n.º. 105, pp. 857–934; BEBCHUK y FRIED, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and Reply to Critics*, Cornell Law Review, 1996/7, n.º. 82, pp. 1279–1348

³³ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto 400-001209 de 29 de enero de 2014, proceso de Continental de Transporte Ltda.

³⁴ *La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin*

- Así, este operador encuentra que el derecho a la reparación de los consumidores de vivienda familia, reconocidos como acreedores litigiosos de la concursada durante el trámite de sus acciones de protección el consumidor, debe prevalecer en el concurso y es necesario, en consecuencia, flexibilizar la prelación legal para asignarles tratamiento de primera clase, aunque después de los acreedores laborales y fiscales, pues es deber indisponible del juez del concurso armonizar el mandato superior de protección al consumidor con fallo en firme que así lo declare, con los intereses comprometidos en el concurso, pero con el criterio orientador de la eficacia real y realización efectiva de las medidas de reparación a favor del consumidor³⁶.
17. La función de los principios que irradian el derecho del consumo, en clave constitucional, es integrar el ordenamiento de manera que las relaciones de consumo se desarrollen en condiciones que favorezcan mayormente un contexto de equidad, morigerando en lo posible las evidentes desigualdades entre los extremos de la relación, y es así como el carácter tuitivo de los principios constitucionales de protección al consumidor integran las relaciones de los deudores insolventes responsables de daños con sus acreedores involuntarios.
 18. Ahora bien, el juez del consumo *ad quem*, el Tribunal Superior de Bogotá, buscó con su orden hacer valer las condenas como gastos de administración para dotar de eficacia real la reparación, pero dicha solución es incompatible con la configuración normativa del proceso de insolvencia, porque solo son gastos de administración los causados materialmente después del inicio del proceso concursal, de manera que es jurídicamente imposible considerar y tratar como gasto de administración un crédito previo al concurso. En este caso, los hechos que originaron el pronunciamiento judicial fueron anteriores a la insolvencia, así la declaración judicial sea posterior. Para ello, precisamente, existe la categoría del crédito litigioso, que es el que se les asignó a los consumidores en los procesos de reorganización y de liquidación en los que fueron reconocidos.
 19. En efecto, el proceso concursal se estructura a partir del concepto de *causación*, según el cual todos los hechos económicos que dan lugar al nacimiento de obligaciones a cargo del concursado, se clasifican según el momento en que sucedieron, y en virtud de ello se determina la forma en que el deudor debe solventar el pago. Quiere decir esto que el principio de universalidad del concurso, regulado en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, solo se aplica respecto de aquellas obligaciones causadas hasta el día anterior al inicio del proceso, pues el artículo 71 del estatuto de insolvencia indica que las causadas luego son gastos de administración y tienen preferencia sobre aquellas objeto de reorganización o de liquidación judicial.

embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado". Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2000, reiterada en la sentencia C-133 de 2014.

³⁵ Sobre la relación entre dignidad humana, vivienda digna y mínimo vital, Vid. Corte Constitucional, Sentencia T -662 de 2013.

³⁶ *"La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado", Ibídem.*



Entonces, no hay duda de que existe un pago preferente para el pasivo causado con posterioridad, mientras que el pasivo vinculado al proceso queda sometido a las reglas del concurso y sus titulares no pueden procurar su pago por fuera de este escenario pues, como ha dicho la doctrina especializada³⁷, *“por su importancia, el establecimiento del sistema de preferencias concursales ha sido justamente identificado como el eje principal de todo sistema concursal, en la medida en que condiciona el funcionamiento del sistema y se constituye en el principal elemento de ponderación de los intereses en conflicto y de generación de incentivos para el comportamiento de los acreedores ante la eventual insolvencia de su deudor común”*.

20. Los gastos de administración o créditos contra la masa, son una especie diferenciada y con privilegio, consistente en su carácter predeductible, en razón al hecho objetivo de la fecha en que se causó el crédito. Quiere decir que la naturaleza de un gasto de administración en el concurso proviene de la Ley y no puede un juez cambiar la fuente de este tipo de obligaciones.
21. Así, no obstante haber procurado el Tribunal encontrar una salida que no afectara sustancialmente al concurso, no es cierto que por el simple hecho de que salga dinero en efectivo y entren unos bienes inmuebles la masa no se verá afectada pues, el carácter predeductible de los gastos de administración afecta la liquidez de la misma a un punto en que podría llegar a afectar el correcto desarrollo de la liquidación en lo atinente a la administración y conservación ordinaria de los bienes, en perjuicio de los acreedores concursales³⁸.
22. En este orden de ideas, el alcance de la flexibilización de la prelación legal debe llegar hasta el privilegio general ya que no se trata de una relación que afecte solo a productor y deudor, sino que en este escenario el juez del concurso debe velar por la protección de los derechos de los demás a acreedores a la igualdad y la legalidad.

Parafraseando el análisis de necesidad de la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de 2007, el principio de necesidad persigue que la búsqueda de eficacia en la protección de los consumidores de vivienda familiar frente al concurso no conduzca a la adopción fácil –pero ilegítima– de los medios más costosos (la violación de la preferencia concursal de créditos causados con anterioridad a la apertura del concurso) para los acreedores o a costa de algunos principios del ordenamiento como el de legalidad.

Lo que se busca, es que se implementen medidas que, al tiempo que garantizan eficacia instrumental (idoneidad) para el logro de una finalidad deseable (restablecer las condiciones de igualdad material de los consumidores frente a los empresarios mediante la configuración de una regla jurisprudencial aplicada al proceso concursal, que permita asegurar el pago de la indemnización a la que tienen derecho frente incumplimiento de las condiciones de calidad y seguridad de los bienes inmuebles que adquirieron al grupo CDO), no sacrifiquen de una manera excesiva (es decir, innecesaria) otros derechos e intereses (debido proceso, legalidad, protección del crédito, incluso de créditos laborales).

23. En efecto en el caso de la insolvencia del grupo CDO -la flexibilización de la prelación legal mediante la asignación de un privilegio general en primera clase, mejora la situación de los consumidores sin que ello implique el pago preferente de sus indemnizaciones deformando el supuesto fáctico de la norma que dio lugar al

³⁷ OP. Cit. P.2

³⁸ En esto coincide SÁNCHEZ GRAELLS, Op. Cit p. 33, cuando indica que otorgar un superprivilegio a los acreedores involuntarios *“impediría el adecuado desarrollo del procedimiento concursal y frustraría cualquier intento de continuación de la actividad profesional o empresarial del quebrado e, incluso, la administración y conservación ordinaria de los bienes integrados en la masa activa, en perjuicio de los acreedores concursales”*.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

11/11
AUTO
2017-01-319051

ALSACIA CONSTRUCTORA DE OBRAS S.A. EN LIQUIDACION JUDICIAL

nacimiento de los gastos de administración, ni la esencia del sistema concursal. En este sentido, como indica SÁNCHEZ GRAELLS³⁹, “se reduciría el volumen de créditos prededucibles y se incrementaría la posibilidad de satisfacción de los acreedores concursales. Además, la comparación entre el trato dispensado a unos y otros acreedores en el concurso resultaría más sencilla, su régimen jurídico más homogéneo y, en general, el procedimiento concursal, más transparente”.

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

RESUELVE

Primero. Advertir a la liquidadora y a las partes sobre las pautas para el cumplimiento del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 7 de septiembre de 2016

Segundo. En firme esta providencia, remitir copia al expediente de la sociedad Calamar S.A., en reorganización, para las decisiones que correspondan frente al acuerdo de reorganización en ejecución.

Tercero. Remitir copia de esta providencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, delegaturas de Asuntos Jurisdiccionales y de Protección al Consumidor, y al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase,

NICOLÁS POLANÍA TELLO

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia
TRD: ACTUACIONES DE LA LIQUIDACION JUDICIAL

³⁹ Op. Cit. P. 34