AUTO

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Sujeto del proceso
ATP Ingeniería S.A.S

Asunto
Resuelve solicitudes

Proceso
Reorganización

Expediente
55716

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Auto 400-009140 de 10 de junio de 2016, fue admitida la sociedad ATP Ingeniería SAS al proceso de reorganización.

2. A través de auto contenido en el Acta 400-000400 de 23 de febrero de 2017, se calificaron y graduaron los créditos, y se asignaron derechos de voto.

3. En audiencia de 8 de agosto de 2017, se profirió auto, contenido en Acta 430-001586 de 10 de agosto de 2017, por medio del cual se confirmó el acuerdo de reorganización de la sociedad ATP Ingeniería SAS.

4. La sociedad concursada, celebró con Ecopetrol tres contratos (5222838, 5226196 y MA-0030649) antes de ser admitida al proceso de reorganización, y en ellos se pactó una retención en garantía que obliga al contratista a celebrar un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, vigente hasta la finalización del término de liquidación, para administrar los recursos definidos en la cláusula de forma de pago.

5. Mediante memoriales 2017-01-481445, 2017-01-481450 y 2017-01-481457, de 13 de septiembre de 2017, la sociedad deudora, invocando el principio de universalidad de que trata el artículo 4.1 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con el artículo 16 que prevé la ineficacia de estipulaciones contractuales, solicitó a Ecopetrol S.A., autorización para la devolución de las retenciones practicadas en ejecución de los contratos, cuyos recursos están a órdenes de los encargos fiduciarios 8313 de Bancolombia, en el caso del contrato 5222838, 32040 del BBVA, para el contrato 5226196, y 5749 de Bancolombia, en el contrato MA-0030649, en los que el ordenante es Ecopetrol S.A.

6. Las solicitudes se fundaron en que (i) en la audiencia de resolución de objeciones, no se presentaron objeciones de acreedores laborales y quirografarios vinculados a esos contratos celebrados entre la deudora y Ecopetrol; (ii) los pagos con ocasión de los contratos laborales por aportes a seguridad social, causados antes y después de la admisión al proceso de reorganización, están al día; (iii) las obligaciones laborales que tiene actualmente la concursada son directas con los acreedores que fueron vinculados para la ejecución de los contratos, y están reconocidas en el acuerdo; (iv) las obligaciones post acuerdo están al día; (v) los contratos indican, en la cláusula que se refiere a la forma de pago, y puntualmente en lo que respecta a la retención en garantía, que esos recursos deben ser entregados a la sociedad, pues de no hacerlo obstaculiza la continuación el proceso de reorganización en su etapa de ejecución del acuerdo, en el entendido que la retención del 10% sobre cada

factura lesiona el flujo de caja de la operación; (vi) la cláusula que posibilita dicha retención, se tornó ineficaz con ocasión del proceso en reorganización.

7. Ecopetrol se pronunció con memoriales 2017-01-490285 y 2017-01-508031, de 21 de septiembre y 2 de octubre de 2017, en relación con los contratos 5222838 y 5226196, indicando que los recursos retenidos en la fiducia serán devueltos de conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato, que indica que el último pago, correspondiente al valor que resulte de la liquidación final, incluida la devolución de las sumas retenidas en garantía con sus respectivos rendimientos financieros, si a ello hubiere lugar, más cualquier otro saldo a favor del contratista, se hará previo cumplimiento de los requisitos enunciados en la cláusula, entre ellos, la suscripción del acta de liquidación bilateral actualmente en trámite.

8. La administradora de los contratos en mención, a través de memoriales 2017-01-490298 de 21 de septiembre de 2017 y 2017-01-508036 de 2 de octubre de 2017, solicitó autorización para liberación y uso de los recursos de fiducia de los contratos ejecutados por ATP Ingeniería S.A.S., en los siguientes términos:

   Respecto del contrato 5226196 (**27 de noviembre de 2015)**. El 27 de septiembre de 2017 Ecopetrol declaró incumplimiento definitivo, de lo cual notificó a la concursada el 7 de septiembre de 2017, en cuya comunicación le informó sobre la aplicación de la cláusula penal pecuniaria dispuesta en la cláusula vigésima cuarta. Dijo que a la fecha de admisión de ATP Ingeniería SAS a reorganización, Ecopetrol había consignado recursos por valor de $21.790.788 correspondiente a la retención del 6% de las actas de recibo de cantidades 1, 2 y 3, y luego de la admisión, los recursos consignados ascienden a $153.346.375, por las actas allí relacionadas. En consecuencia, pidió liberar y disponer de los recursos de retención consignados en la cuenta de fiducia de este contrato en el período anterior y posterior a la admisión del contratista ATP Ingeniería SAS a reorganización, los cuales se dispondrán para el pago de la cláusula penal pecuniaria.

   Respecto del contrato 5222838 (de 22 de abril de 2015). A la fecha de admisión de la sociedad a reorganización, Ecopetrol había consignado recursos por valor de $32.235.753, correspondientes a la retención del 2% de las actas de recibo allí relacionadas y luego de la admisión, los recursos consignados en la fiducia ascienden a $64.201.222. Por lo anterior, pidió autorización para liberar y disponer de los recursos de retención consignados en la cuenta de fiducia del mencionado contrato, en el período anterior y posterior a la admisión del contratista ATP Ingeniería SAS a reorganización, de los cuales se dispondrá, si este Despacho lo considera, para realizar el último pago al contratista, pago que incluye la devolución de las sumas retenidas en garantía en cada pago parcial con sus respectivos rendimientos financieros con el cumplimiento de los requisitos indicados en la cláusula cuarta.

9. Con memorial de 8 de octubre de 2017, el representante legal de ATP Ingeniería S.A.S, respondió a Ecopetrol sobre su solicitud de la liberación y disposición de los recursos retenidos del **contrato 5226196**, para atender con ellos la cláusula penal, y solicitó la devolución de los valores a su favor por cuenta de la terminación de dicho contrato, bajo los argumentos señalados en el escrito, entre ellos, (i) que dicho contrato se rige por el derecho privado y Ecopetrol S.A., también está sometido a la disposición del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007; (ii) la declaración de su incumplimiento y la viabilidad de la aplicación de la cláusula penal debe ser definida por el juez de la República competente; (iii) la cláusula séptima del contrato prevé que Ecopetrol puede disponer de los recursos que se depositen en el patrimonio autónomo para realizar pagos o atender obligaciones a cargo del contratista, no versa sobre cláusulas penales; (iv) Las obligaciones vinculadas al contrato y a cargo de la concursada, fueron pagadas en su totalidad, y a la fecha no hay acreedores laborales ni proveedores con acreencias insolutas; (v) el juez del concurso no es competente para conocer de las controversias derivadas del **contrato 5226196**.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. Generales

1. El régimen de Insolvencia está orientado por algunos principios definidos en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, entre los cuales están los de universalidad e igualdad. Según el principio de universalidad, la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación, y por virtud del principio de igualdad, se debe dar trato equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.

2. Con el fin de garantizar, no solo los principios, sino también la finalidad del concurso, la ley de insolvencia, en su artículo 17, estableció los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización. Dicho artículo establece la prohibición para los administradores de realizar una serie de actos a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de insolvencia. Entre los actos prohibidos están los de 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; 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 faculten al fiduciario en tal sentido, todo lo anterior salvo que exista autorización previa y expresa del juez del concurso.

3. Así mismo, el parágrafo primero señala las sanciones por la contravención de la norma citada, haciendo extensivos a los acreedores y al deudor los efectos de dicho artículo, y en caso de que se trate del primero, podrá imponerse adicionalmente, la postergación del crédito. Por su parte, los parágrafos segundo y tercero de la norma, prevén la ineficacia de pleno derecho a las actuaciones surtidas en contravención con lo prescrito, indicando que dicho escenario procede desde la admisión de la deudora al proceso de insolvencia y que desde la presentación de la solicitud hasta su aceptación, el deudor solo podrá efectuar pagos de obligaciones propias del grito ordinario de los negocios.

4. De acuerdo con lo anterior, es claro que la norma señala un momento procesal exacto a partir del cual se restringe la capacidad tanto del deudor como de sus acreedores, para la ejecución de ciertos actos, como las compensaciones, al momento de la presentación de la solicitud de admisión al proceso.

5. Ahora bien, dentro de los efectos del citado artículo 17, que busca a la vez preservar el patrimonio del deudor, que es prenda general de los acreedores, y asegurar la igualdad entre todos ellos, no está la terminación ni la modificación de los contratos de tracto sucesivo. Por el contrario, el artículo 21 del estatuto de insolvencia establece otro efecto del inicio de la reorganización, y es la imposibilidad de decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los de fiducia mercantil, por el hecho del inicio del proceso de reorganización.

6. A su turno, el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006, prevé que son ineficaces sin necesidad de declaración judicial las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudora que sea admitido al proceso de reorganización.

B. Particulares

1. Respecto del contrato 5226196, es preciso indicar que no es competencia del juez del concurso interpretar lo que las partes pactaron, o pronunciarse sobre su terminación por parte de Ecopetrol, quien declaró el incumplimiento definitivo el 7 de septiembre de 2017, pues el contrato válidamente celebrado es ley particular y cualquier disputa que surja la dirime el juez del contrato. En ese orden de ideas, y como quiera que dicho contrato se rige por el derecho privado, la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria pactada depende de los términos previsto en el contrato, sobre solución de conflictos, o en su defecto, de lo que resuelva la justicia ordinaria según que se acredite o no el incumplimiento y la responsabilidad por él. En ese entendido, no es procedente que este Despacho imparta autorización para la liberación de recursos retenidos ni disponer de ellos para que el contratista atienda una obligación económica derivada de un supuesto incumplimiento y dar aplicación a la cláusula penal pecuniaria pactada.

2. Respecto de los contratos 5222838 y MA-0030649, es necesario anotar que este Despacho tiene dicho que sus competencias son limitadas, esto significa que solo en casos excepcionales puede controlar contratos de cualquier naturaleza, pues en el proceso de reorganización tiene eficacia reforzada el principio de conservación de los contratos, pues se parte del presupuesto básico de que la compañía continúa ejecutando todos sus contratos mercantiles, como seña de viabilidad económica.

3. En ese sentido este operador no podría pronunciarse sobre la producción o no de efectos de una cláusula, si se considera no escrita o si tiene problemas de validez o existencia. Lo cierto es, como se ha resuelto en otros casos, que la figura de la retención de dineros en garantía es incompatible con el concurso del deudor si con ella se busca atender deudas concursadas, razón por la cual los acreedores que hayan hecho uso de esos dispositivos contractuales para retener dineros y pagar deudas objeto de la reorganización, deben restituir los dineros a la compañía en reorganización para que los incorpore como capital de trabajo.

4. Así las cosas, revisados los antecedentes del caso, la sociedad A.T.P. Ingeniería S.A.S. suscribió los contratos con Ecopetrol antes de ser admitida a reorganización, y cabe resaltar que (i) en la audiencia de resolución de objeciones no se presentaron objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos por parte de los acreedores laborales y quirografarios vinculados a los contratos de prestación de servicios indicados en el numeral 9 de este auto, (ii) las obligaciones laborales que tiene actualmente la sociedad concursada son directas con los acreedores que fueron vinculados para la ejecución de dichos contratos y, además fueron debidamente reconocidas en el proyecto de calificación y graduación de créditos, el cual se encuentra en firme y por ende están sujetas a los términos del acuerdo, (iii) los pagos por concepto de aportes al sistema de seguridad social causados antes y después de la admisión de la concursad a reorganización, se encuentran al día. En consecuencia, se considera que la concursada tiene la razón al solicitar que los dineros retenidos en garantía respecto de los contratos en mención, deben ser restituidos a la compañía..

5. En consideración a lo anterior, no le asiste razón a Ecopetrol al señalar que la devolución de los recursos de retención consignados en las cuentas de fiducia de los contratos, en los períodos anterior y posterior a la admisión del contratista ATP Ingeniería S.A.S. a reorganización, se hará con el último pago a la liquidación final de los contratos, previo el cumplimiento de los requisitos enunciados en cada contrato, entre ellos, el acta de liquidación, toda vez que como se indicó, la figura de la retención de dineros en garantía es incompatible con el concurso del deudor, si se tiene en cuenta que la aplicación de esas retenciones impide que la sociedad en reorganización pueda acceder a dineros indispensables para su reactivación y para el desarrollo de su objeto social.

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

RESUELVE

Primero. Ordenar a Fiduciaria Bancolombia, encargo fiduciario No.8313, poner a disposición de la sociedad A.T.P. Ingeniería S.A.S., los recursos retenidos en virtud de las retenciones en garantía practicadas por cuenta del contrato No.5222838 celebrado con Ecopetrol, e informar al Despacho sobre el monto y fecha de entrega de los recursos.

Segundo. Ordenar a Fiduciaria Bancolombia, encargo fiduciario No.5749, poner a disposición de la sociedad A.T.P. Ingeniería S.A.S, los recursos retenidos en virtud de las retenciones en garantía practicadas por cuenta del contrato No.MA-0030649 celebrado con Ecopetrol, e informar al Despacho sobre el monto y fecha de entrega de los recursos.

Tercero. Ordenar a Ecopetrol abstenerse de efectuar retenciones en garantía con ocasión de los contratos 5222838 y MA-0030649.

Cuarto. Advertir a Ecopetrol la improcedencia de impartir autorización para liberar los recursos de retención consignados en las cuentas de fiducia de los aludidos contratos con el fin de disponer de ellos para que el contratista dé aplicación a la cláusula penal pecuniaria dispuesta en la cláusula vigésima cuarta del contrato 5226196.

Notifíquese,

NICOLÁS POLANÍA TELLO
Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia
TRD: ACTUACIONES
Radicaciones 2017-01-481445 de 13/09/2017, 2017-01-508036 de 2/10/17, 2017-01-508031 de 2/10/2017, 2017-01-481450 de 13/09/2017, 2017-01-490285 DE 21/09/2017, 201701-490298 DE 21/09/2017, 2017-01-519543 de 6/10/2017, 2017-01-481457 de 13/09/2017