

Jurisprudencia Concursal

2015



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Jurisprudencia Concursal

2015



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Francisco Reyes Villamizar

Superintendente de Sociedades

Nicolás Polanía Tello

Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia

Coordinadora editorial

Caterine Gómez Cardona

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Diciembre de 2015

Prefacio

Desde hace más de cuatro décadas la Superintendencia de Sociedades cumple múltiples funciones jurisdiccionales en materia de procesos de insolvencia. El régimen jurídico que corresponde a estas facultades ha sido constantemente modificado a partir de la expedición del Código de Comercio de 1971. En sucesivas leyes y decretos se ha procurado la modernización de la normativa que les sirve de base a estos trámites concursales. Merced a las propuestas de la Superintendencia, el régimen jurídico de los concursos ha podido escapar de la obsolescencia y avanzar hacia postulaciones modernas y acordes con las necesidades de los empresarios. Entre las innumerables iniciativas de la entidad se encuentra, incluso, la que dio lugar al artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, la ley puede atribuirles funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

La actividad de la Superintendencia en estas materias ha sido eficiente y fructífera. Es por ello por lo que en la clasificación relativa al clima de negocios del Banco Mundial (Doing Business 2016), se ubica a Colombia en el puesto 30 entre 189 países, en lo que atañe a resolución de los procesos de insolvencia. El organismo considera que el sistema es adecuado, tanto en los plazos requeridos para resolver la crisis empresarial, como en los relativos a la recuperación de activos por parte de los acreedores. Así mismo, nuestro país avanza de manera muy positiva en el indicador global denominado “distancia hasta la frontera” que mide, entre otros aspectos, las mejores prácticas en el ámbito de los procesos concursales. En la más reciente medición, el sistema colombiano obtiene una calificación de 72,6 puntos sobre 100.

Pero no es solo la celeridad lo que caracteriza a estos trámites. Es el tejido conceptual y el enfoque que subyace a los fallos lo que distingue a esta juris-

dicción. Se trata, en efecto, de decisiones en las que se incorporan las tendencias más modernas del Derecho de la Insolvencia, de modo que el régimen legal se beneficia de interpretaciones que incorporan los últimos avances en este campo. De ahí que se haya formado un extenso acervo de precedentes, que ha permitido el avance constante y progresivo de esta disciplina.

Y, a diferencia de lo que suele creerse, lo que se espera de este eficiente sistema es que pueda alentarse un vigoroso litigio en materia de insolvencia empresarial, que permita disponer de un régimen jurídico operante en el que los derechos de todos encuentren las debidas salvaguardias. Se procura, por lo tanto, que las situaciones que se plantean en el juicio hallen una resolución oportuna y justa. Solo así puede promoverse la confianza por parte de los inversionistas, cuyo fundamento, más allá de la retórica, se encuentra en buena medida, en la certidumbre de que las reglas jurídicas serán efectiva y rápidamente aplicadas.

Por lo demás, es evidente que uno de los factores relevantes para la eficacia de cualquier régimen legal tiene que ver con la capacidad de las partes para predecir con relativa certeza el resultado de los litigios. En efecto, las partes en un proceso deben estar en condiciones de asumir que el juez fallará a favor de quien hubiere actuado conforme a la ley. Y para conocer cuál es el alcance que ha de dárseles a las normas vigentes es fundamental, también, tener acceso a los más recientes desarrollos jurisprudenciales. De allí la importancia de darles amplia publicidad a los fallos proferidos por el juez de insolvencia. Es evidente que mientras mayor sea la difusión de los precedentes judiciales sobre la materia, mayor será también la capacidad de predecir las resultas de los procesos que se tramiten en el futuro. Ello les permite a los deudores, así como a las entidades financieras y a otros acreedores, evaluar de mejor forma el riesgo inherente a las operaciones de crédito.

Esta obra recopila más de 30 providencias proferidas durante el último año. Se recogen aquí pronunciamientos relacionados con la normativa que ha estado vigente en Colombia a lo largo de dos décadas. Se trata de autos y sentencias proferidos con base en las leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 1116 de 2006. Dentro de las providencias contenidas en este libro se incluyen asuntos complejos tales como los atinentes a las acciones de reconstrucción del patrimonio del deudor, vale decir, a las de revocatoria y de simulación. Así mismo, se incorporan asuntos novedosos y de gran trascendencia, como los re-

lacionados con la responsabilidad de los administradores de la insolvencia, la ineficacia concursal, la aplicación de la ley en el tiempo y otros relevantes asuntos con incidencia en el ámbito concursal.

Desde luego que subsisten importantes retos para el futuro. A pesar de la destacada posición de Colombia en la región –con un término promedio de duración de 1,7 años, en comparación con los 2,9 de los países de Latinoamérica–, se considera que es viable reducir este plazo aún más. Ello permitiría que nuestro país lograra ubicarse en una duración incluso inferior a la de las naciones que forman parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Para este efecto, se han puesto en marcha diversas estrategias que van desde la simplificación de los trámites hasta la automatización de los diversos procesos que se cumplen ante la entidad. En este propósito también es fundamental la actuación correcta de las sociedades sujetas a los trámites de insolvencia, así como de los acreedores y de los asesores jurídicos, contables y financieros que acompañan a las partes. Así mismo, es fundamental el buen desempeño de los auxiliares de la justicia, cuya eficiencia e idoneidad son requisitos sine qua non para el buen logro de los objetivos de cualquier trámite concursal.

Aparte de lo anterior, es evidente que la divulgación de los precedentes jurisdiccionales que se relacionan con la materia, debe contribuir a una mejor orientación de todos los que tienen interés en este asunto. En particular, los abogados litigantes encontrarán en esta compilación jurisprudencial un rico conjunto de antecedentes que pueden guiarlos en el futuro acerca de los procedimientos de reestructuración, reorganización empresarial y liquidación judicial.

Por último, debe reconocerse el trabajo diligente y denodado de la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, sin cuyo decidido concurso no podrían obtenerse los resultados halagüeños que caracterizan a nuestro notable tribunal de insolvencia.

Francisco Reyes Villamizar
Superintendente de Sociedades

Tabla de contenido

1. Auto 400-006301 de 28 de abril de 2015.....13
Demandante: Carlos Arturo Consuegra Barros
Demandado: Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial y otros.
Asunto: Caducidad. Naturaleza jurídica y características. En las acciones revocatorias y de simulación concursales. Contabilización del término en las sociedades en liquidación judicial que previamente han pasado por un procedimiento de reorganización.
2. Auto 400-007257 de 19 de mayo de 2015..... 19
Demandante: Carlos Arturo Consuegra Barros
Demandado: Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial y otros
Asunto: Caducidad. Carácter de orden público.
Improcedencia de la suspensión prevista en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.
Conciliación. Improcedencia en las acciones revocatorias y de simulación concursales.
3. Sentencia 400-000055 de 20 de mayo de 2015..... 23
Demandante: Nubis Sofía Olivo y otros.
Demandado: Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial.
Asunto: Legitimación en la Causa. Carga de la prueba de la anterioridad del crédito del acreedor demandante.
Daño. Sólo se origina si el acto causó o agravó la insolvencia del deudor. Daño - Inexistencia cuando con posterioridad al acto demandado no había una situación de insolvencia.
4. Sentencia 400-000059 de 26 de mayo de 2015..... 29
Demandante: Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. en liquidación judicial y otro.
Demandado: H & H Arquitectura S. A.
Asunto: Contrato Oneroso. Carga de la prueba de la onerosidad del acto demandado.
Buena Fe – Prueba cuando las partes del acto demandado son consorciados.
5. Auto 400-007750 de 28 de mayo de 2015..... 37
Sujeto del Proceso: Carlos A. Castañeda & Cía. S.C.A
Asunto: Juez del Concurso – Dirección del proceso de insolvencia. Celeridad en los procesos judiciales. Suspensión del proceso-razonabilidad y alcance.
6. Auto 400-007829 de 01 de junio de 2015.....41
Sujeto del Proceso: ABS Red Assist Compañía de Asistencia Mundial S.A

- Asunto: Amenaza de actos en contra del patrimonio del deudor que limitan su capacidad de negociación.
Amenaza. Definición. Situación jurídica de agente económico candidato a reorganización.
7. Sentencia 480-000064 de 4 de junio de 2015..... 43
Demandante: Jaime Visbal Illera
Demandado: Industrias Bitor Ltda. en liquidación judicial y otro.
Asunto: Daño. Prueba en las operaciones de transferencia de propiedad intelectual.
8. Sentencia 480-000066 de 10 de junio de 2015..... 53
Demandante: Contraloría General de la República.
Demandado: MNV S. A. en liquidación judicial y otros.
Asunto: Legitimación en la Causa – Los acreedores legitimados deben ser anteriores al acto demandado.
Legitimación en la Causa – Los acreedores legitimados no pueden ser contingentes.
9. Sentencia 480-000069 de 17 de junio de 2015.....67
Demandante: Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. en liquidación judicial.
Demandado: Vergel & Castellanos S. A. y otros.
Asunto: Daño. Por pagos que se hicieron sin atender al orden de prelación de créditos.
Buena Fe. Prueba cuando las partes del acto demandado han tenido negocios en común. Prueba cuando el estado de insolvencia del deudor es de conocimiento público.
Acción Revocatoria. Efectos frente a las partes y frente a terceros.
10. Auto 400-008579 de 19 de junio de 2015.....103
Demandante: Carlos Arturo Consuegra Barros.
Demandado: Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial y otros.
Asunto: Caducidad. Naturaleza jurídica y sus características. En las acciones revocatorias y de simulación concursales. Contabilización del término en las sociedades en liquidación judicial que previamente han pasado por un procedimiento de reorganización.
11. Sentencia 400-000075 de 24 de junio de 2015..... 105
Demandante: Aurora Díaz de Álvarez.
Demandado: Laboratorios California S. A. en reorganización y otros.
Asunto: Legitimación en la Causa. La acción revocatoria sólo puede ser iniciada por un acreedor preexistente al acto demandado.

12. Sentencia 480-00079 de 30 de junio de 2015.....111
 Demandante: Álvaro Ochoa Amaya.
 Demandado: Campollo S. A. En Reorganización y Fiduciaria Colpatria S. A.
 Asunto: Acciones Revocatorias y de Simulación – Improcedencia para modificar la calificación y graduación de créditos del concurso. Alternativas cuando los actos se encuentran por fuera del período de sospecha.
 Simulación. Clases de simulación.
 Período de Sospecha. Imperatividad de las normas que lo establecen.
 Acción de Simulación. Simulación del contrato y simulación de los pagos hechos en ejecución de un contrato.
 Acción de Simulación por Cambio en la Naturaleza del Contrato. Improcedencia para controvertir pagos, cuando se reconoce que ellos se limitaron a ejecutar un contrato celebrado por fuera del período de sospecha.
13. Auto 400-009452 de 10 de julio de 2015.....125
 Demandante: Rentafolio Bursátil y Financiero S. A.S y otros
 Demandado: Alejandro Revollo Rueda
 Asunto: Liquidación en intervención. Decreto 4334 de 2008. Liquidación judicial por insolvencia. Ley 1116 de 2006. Diferencias.
14. Sentencia 480-00089 de 16 de julio de 2015.....131
 Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
 Demandado: Distrimedia S. A.S. y otros.
 Asunto: Daño – Sus elementos en los actos de constitución de garantías.
 Acciones Revocatorias y de Simulación – Improcedencia para controvertir excesos en las garantías. Improcedencia para modificar la calificación y graduación de créditos del concurso.
15. Sentencia 480-000093 de 28 de julio de 2015.....143
 Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
 Demandado: Infante & Otero y Cía. S.C.A. y otro.
 Asunto: Daño – Acreditación en los contratos onerosos conmutativos.
 Acciones Revocatorias y de Simulación – Diferencias con la acción rescisoria por lesión enorme. Naturaleza personal. No son acciones reales, ni tienen por objeto la persecución ni la reivindicación de la cosa transferida.
16. Sentencia 480-000094 de 28 de julio de 2015.....167
 Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
 Demandado: Miguel Ángel Pardo Pinzón.
 Asunto: Daño – Inexistencia cuando el acto revocable no se refirió a activos de la concursada.

- Acciones Revocatorias – Imprudencia para solicitar el enriquecimiento sin causa en una operación de leasing.
17. Sentencia 480-000095 de 28 de julio de 2015.....173
 Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
 Demandado: R. Jaramillo C. Cía. S.C.A. y otro.
 Asunto: Daño – Falta de prueba del pago de precio en la compraventa. Precio del contrato de compraventa y remuneración de administradores.
 Buena fe – En el contrato consigo mismo.
 Acciones Revocatorias – Naturaleza personal. No son acciones reales, ni tienen por objeto la persecución ni la reivindicación de la cosa transferida.
18. Sentencia 480-000096 de 28 de julio de 2015.....195
 Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
 Demandado: Rodrigo Jaramillo Correa.
 Asunto: Superintendencia de Sociedades – Competencia para conocer la revocatoria de prestaciones derivadas de la relación laboral.
 Acto Gratuito – Prueba del carácter gratuito de las bonificaciones.
 Período de Sospecha – Forma de contabilizarlo.
 Corrección Monetaria – Procedencia.
19. Auto 400-010246 de 3 de agosto de 2015.....211
 Sujeto del Proceso: Pollos P.L.G. S. A.S.
 Asunto: Ineficacia - Definición.
 Clases de acuerdos ineficaces.
20. Auto 400-010343 de 5 de agosto de 2015.....217
 Sujeto del Proceso: Camilo Ernesto Martínez Pinilla.
 Asunto: Amparo de pobreza.
 Fijación de honorarios auxiliares de la justicia. Decreto 962 de 2009.
21. Auto 400-010391 de 6 de agosto de 2015.....221
 Sujeto del Proceso: Germán Martínez Pinilla.
 Asunto: Amparo de pobreza.
 Fijación de honorarios auxiliares de la justicia-Decreto 962 de 2009.
22. Auto 400-010397 de 6 de agosto de 2015..... 225
 Sujeto del Proceso: Calamar Constructora de Obras S. A.S.
 Asunto: Régimen de insolvencia - objetivos básicos.
 Grupo empresarial-consecuencias de su existencia.
23. Auto 400-010679 de 13 de agosto de 2015.....229
 Sujeto del Proceso: Sismografía y Petróleos de Colombia S. A.S.
 Asunto: Principio de Universalidad - Proyección objetiva y subjetiva.

Anticipo - Concepto.	
Anticipo y Pago Anticipado – Diferencia.	
24. Auto 400-011115 de 24 de agosto de 2015.....	235
Sujeto del Proceso: Hernando Horta Díaz.	
Asunto: Liquidador - Funciones (gestión eficiente y efectiva), honorarios, remuneración.	
25. Auto 400-011398 de 28 de agosto de 2015.....	247
Sujeto del Proceso: C.I. South Commerce Group S. A.S y otros.	
Asunto: Exclusión de sujetos en intervención.	
Supuestos a los que no se extiende la intervención.	
26. Auto 400-011479 de 31 de agosto de 2015.....	251
Sujeto del Proceso: Edospina S. A.S.	
Asunto: Representante legal asume funciones.	
27. Auto 400-011860 de 8 de septiembre de 2015.....	255
Sujeto del Proceso: Qualiteam Catering S. A.	
Asunto: El auto de admisión a reorganización produce efectos una vez haya sido notificado en debida forma.	
28. Auto 430-012214 de 17 de septiembre de 2015.....	257
Sujeto del Proceso: Banacol S. A.	
Asunto: Artículo 17, Ley 1116 de 2006. Sanciones a los administradores. Efectos de la admisión al proceso de reorganización. Ineficacia de pleno derecho. Apertura del proceso de reorganización.	
29. Auto 400-012509 de 24 de septiembre de 2015.....	269
Sujeto del Proceso: Campollo.	
Asunto: Notificación del auto de apertura del proceso de reorganización.	
30. Auto 400-012962 de 30 de septiembre de 2015.....	275
Sujeto del Proceso: Geofísica Sistemas y Soluciones S. A. GSS.	
Asunto: Nulidad por falta de motivación de la providencia.	
Admisibilidad de la causal.	
31. Auto 400-013184 de 3 de octubre de 2015.....	281
Sujeto del Proceso: Key Market S. A.S.	
Asunto: Cesión de crédito. Efecto concursal de la cesión. Incorporación al expediente.	
32. Auto 400-014040 de 21 de octubre de 2015.....	287
Sujeto del Proceso: Petroleum Exploration International S. A. - Sucursal Colombia	
Asunto: Nulidad procesal. Compensación legal.	

33. Auto 400-0140070 de 21 de octubre de 2015.....	301
Sujeto del Proceso: Fondo Nacional del Ganado en coordinación con Friogán S. A.	
Asunto: Sujeto concursal. Grupo de empresas.	
Conflictos de interés de los administradores por intereses paralelos a los de la sociedad.	

Auto 400-006301 de 28 de abril de 2015

Demandante	Carlos Arturo Consuegra Barros
Demandado	Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial y otros
Asunto	Caducidad – Naturaleza jurídica y características. En las acciones revocatorias y de simulación concursales. Contabilización del término en las sociedades en liquidación judicial que previamente han pasado por un procedimiento de reorganización

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Antes de analizar los argumentos expuestos, tanto por el recurrente como por la demandante en el trámite del presente recurso, es pertinente realizar algunas consideraciones acerca de la naturaleza de la caducidad prevista en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 para las acciones revocatorias y de simulación concursales.

A. Naturaleza jurídica y características de la caducidad.

Ahora, sobre la naturaleza jurídica y las características de la caducidad se ha pronunciado en pluralidad de ocasiones la jurisprudencia nacional. La caducidad es el plazo máximo en el que el titular de un derecho puede acudir a la jurisdicción para ejercerlo, es “término dentro del cual el actor debe hacer valer los derechos que el acto positivo ocasionó”¹. Entre las características más importantes de la figura de la caducidad, y que la distinguen de figuras que se le asemejan, como la prescripción, la Corte Suprema de Justicia ha enunciado las siguientes:

a) En primer lugar, la caducidad opera por ministerio de la ley, y basta para que ella opere “un hecho objetivo de la ley”², esto es, que haya transcurrido el plazo dispuesto en ella. La prescripción, por el contrario, es una sanción que castiga “el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en otras palabras, el ánimo real o presunto de no ejercerlos”³. Esta diferencia

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 21 de marzo de 1956, M. P. Camilo Rincón Lara, G.J., Tomo LXXXII, pp. 433-434.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 1º de octubre 1946, M. P. Ramón Miranda, G.J., Tomo LXI, pp. 590-591.

3 *Ibidem*.

de fondo, de naturaleza conceptual, define todas las demás características que se exponen a continuación, según se verá en seguida.

b) Como consecuencia de lo anterior, la caducidad puede y debe ser declarada de oficio: “los plazos prefijados surten sus efectos y actúan de pleno derecho, sin que haya necesidad de que el demandado los oponga en sus alegaciones, porque el juez puede declararlos oficiosamente cuando quiera que aparezca que el término perentorio se ha vencido sin haberse iniciado la acción dentro de ese lapso, pues entonces se considera que la vía judicial o de derecho que la ley concede quedó clausurada, es decir, caducada la acción, sin que sea dable al juzgador entrar a deducir las consecuencias del litigio, por mandato de la misma ley”⁴. Por ello puede ser materia de pronunciamiento por parte del juez incluso antes de que se trabé la litis, al momento de calificar la demanda, así como en cualquier etapa posterior del proceso (artículos 85, 97 inciso final del Código de Procedimiento Civil). La prescripción, en cambio, debe siempre ser alegada por la parte interesada, “no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal, o sea, una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguir la por tal vía (...) no tiene cabida sino *ope exceptionis*”⁵ (artículo 306 del Código de Procedimiento Civil).

c) En tercer lugar, y teniendo en cuenta los intereses protegidos con la caducidad, ella no es renunciable; el juez debe declararla cuando la encuentre probada, sin que importe el parecer expreso ni el silencio de las partes en el proceso. “La caducidad no lo es nunca [renunciable en modo expreso o tácito], lo que explica por naturaleza de orden público que en esta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico”⁶. La prescripción, en cambio, sí es renunciable, en los términos previstos en el artículo 2514 del Código Civil.

d) En cuarto lugar, y nuevamente en virtud del interés general interesado en la caducidad, esta no admite interrupción ni suspensión. “Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto –la presentación de la demanda dentro del término preestablecido– es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento

4 Sentencia de 21 de marzo de 1956, cit.

5 Sentencia de 1° de octubre de 1946, cit.

6 *Ibidem*.

al precepto que instituye el plazo”⁷. La prescripción, por el contrario, puede interrumpirse de manera natural o civil, por la ocurrencia de algún hecho que impide que se cumpla con los supuestos de hecho requeridos para su consolidación, o para proteger los intereses particulares específicos de ciertas personas, según disponen los artículos 2523 y 2530 del Código Civil, así como el artículo 94 del Código General del Proceso, vigente desde el 1º de octubre de 2012.

Sobre este punto, el Despacho advierte que, si bien el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 previó, con bastante impropiedad, una “suspensión de la prescripción o de la caducidad”, esta figura es excepcionalísima y solo ocurre cuando los asuntos son susceptibles de conciliación (y requieren de este requisito para su procedencia). Sostener lo contrario sería supeditar los asuntos no conciliables a una demora que solo se justifica cuando se puede llegar válidamente a un acuerdo de este tipo.

e) Finalmente, la caducidad no depende de la existencia o la exigibilidad de una obligación particular, sino el supuesto previsto por el legislador, “de suerte que el plazo prefijado solo indica límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto”⁸. La prescripción, por su parte, siempre supone una obligación, a partir de cuya exigibilidad se empieza a contar (artículo 2535 del Código Civil).

B. La caducidad de las acciones revocatorias y de simulación concursales

El artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 expresa: “Las acciones revocatorias y de simulación podrán interponerse por cualquiera de los acreedores, el promotor o el liquidador hasta dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que quede en firme la calificación y graduación de créditos y derechos de voto”. En ella se dispone un término perentorio para acudir a la administración de justicia a plantear las pretensiones de revocatoria o simulación allí reguladas; se trata, según ha reiterado este Despacho en un gran número de pronunciamientos, de un término de caducidad, que establece la ley para preservar el interés general involucrado en el concurso y dotar de certeza jurídica las operaciones que haya realizado la concursada con anterioridad

7 Ibidem.

8 Ibidem.

al inicio del proceso de insolvencia, que de otra manera correrían el riesgo de ser controvertidos indefinidamente.

Las características de la caducidad que se mencionaron más arriba se hacen todavía más fuertes en el caso de las acciones revocatorias y de simulación concursales, donde es evidente el interés general involucrado en la insolvencia, como son las finalidades enunciadas en el artículo 1º de la Ley 1116 de 2006. En este tipo de acciones no solo se encuentran involucrados los intereses de las partes en el proceso, sino también “los intereses privados en pugna en el concurso, y en segundo lugar, el interés general que supone la reincorporación al circuito económico de una empresa saneada”⁹. En esta medida, se reiteran los argumentos planteados en el auto recurrido, acerca de los principios involucrados en el concurso, que se proyectan a las acciones revocatorias y de simulación concursales.

Por consiguiente, el término de 6 meses allí dispuesto es de orden público, puede y debe ser declarado de oficio por el juez del concurso, no es renunciable, no admite interrupción ni suspensión, y se empieza a contar desde la ejecutoria de la providencia de calificación y graduación de créditos. Sobre este último punto se profundizará a continuación.

C. La caducidad de las acciones revocatorias y de simulación concursales en los procesos liquidatorios

La contabilización del término de caducidad de las acciones revocatorias y de simulación concursales plantea un problema específico cuando estas se ejercen estando en curso un proceso de liquidación judicial, cuando la concursada había pasado previamente por un procedimiento de reorganización, reestructuración o concordato que por fracaso o incumplimiento no pudo llegar a feliz término, en los términos del artículo 47 numeral 1 de la Ley 1116 de 2006.

En estos casos, muy posiblemente el panorama ofrece dos providencias de calificación y graduación de créditos; una, proferida en el proceso recuperatorio respectivo; otra, en el proceso liquidatorio. El artículo 75, al establecer el término de caducidad, no se refirió a partir de cuál de las dos providencias se debía contar el mencionado plazo. ¿Podría deducirse de allí que existen dos oportunidades para iniciar la acción revocatoria o de simulación concur-

9 Garaguso, Horacio Pablo. Ineficacia Concursal. Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 134.

sal? O, en otras palabras, ¿puede sostenerse que el mencionado término de caducidad pueda revivir en virtud de la apertura de un proceso liquidatorio? Nada más alejado de la naturaleza de la caducidad.

En efecto, tal como se expuso más arriba, los términos de caducidad son de orden público, y de allí que su declaratoria opera por ministerio de la ley. Faltaría a la lógica más básica decir que puede revivirse dicho término cuando este no puede interrumpirse, suspenderse o renunciarse. Si el acto demandado es anterior a la reorganización del concursado, su revocatoria debe plantearse, a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos que profiera el juez de la recuperación. Vencido este plazo, no pueden admitirse nuevas demandas sobre este objeto, por haberse extinguido, ope legis, el derecho a pedir la revocatoria o simulación como una cuestión accesoria al concurso.

D. Análisis del caso concreto y de los argumentos del recurso

Descendiendo al caso en concreto, se encuentra que la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos en la reorganización de Plásticos Vandux de Colombia S. A. se dio el 15 de mayo de 2013, mediante auto 430-008879 de esa fecha, notificado en estrados. El término de caducidad venció seis meses después de ello, el 17 de noviembre de 2013, según lo previsto en el artículo 62 de la Ley 4a de 1913. Ese día venció la posibilidad de acceder a la jurisdicción para demandar los actos controvertidos por el demandante en este proceso.

Sin embargo, se encuentra que la demanda fue presentada el 28 de enero de 2014, más de dos meses después de haber fenecido la caducidad de la acción. Término este que, según se expresó, operó por ministerio de la ley, y no puede ser revivido por las partes, por tratarse de una norma de orden público, no susceptible de ser derogada, modificada ni suspendida por los funcionarios ni por los particulares (artículo 6° del Código de Procedimiento Civil).

Poco importa además si el recurso, como alega la demandante, fue presentado extemporáneamente por el demandado Banco de Bogotá S. A., pues según se dijo, la caducidad puede y debe ser declarada de oficio por el funcionario jurisdiccional. Así las cosas, este Despacho revocará la providencia recurrida y en su lugar rechazará la demanda por caducidad.

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

RESUELVE

Primero. Revocar en su totalidad el auto 802-003903 de 14 de marzo de 2014.

Segundo. Rechazar la demanda presentada.

Tercero. Ordenar la devolución de la demanda y sus anexos, sin necesidad de desglose.

Auto 400-007257 de 19 de mayo de 2015

Demandante	Carlos Arturo Consuegra Barros
Demandado	Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial y otros
Asunto	Caducidad. Carácter de orden público Improcedencia de la suspensión prevista en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 Conciliación – Improcedencia en las acciones revocatorias y de simulación concursales

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Antes de analizar los argumentos del recurso, el Despacho se remite al estudio que se hizo en la providencia recurrida sobre la naturaleza jurídica de la caducidad y la forma de contabilizar dicho término en las acciones revocatorias y frente a los procesos de liquidación judicial, y que no es del caso transcribir nuevamente.
2. Reitera el Despacho que la ejecutoria del auto de calificación y graduación de créditos en la reorganización de Plásticos Vandux de Colombia S. A. se dio el 15 de mayo de 2013, mediante Auto 430-008879 de esa fecha, notificado en estrados.
3. La presente demanda fue instaurada el día 28 de enero de 2014. El término de caducidad venció seis meses después del auto de calificación y graduación de créditos en la reorganización, es decir, el 17 de noviembre de 2013, en aplicación de la regla prevista en el artículo 62 de la Ley 4a de 1913. Ese día venció la posibilidad de acceder a la jurisdicción para demandar los actos controvertidos por el demandante en este proceso.
4. Como la demanda fue presentada el 14 de febrero de 2014, casi tres meses después de haber fenecido la oportunidad procesal en virtud de la operancia del fenómeno de la caducidad, término este que, según se expresó, operó por ministerio de la ley, y no puede ser revivido por las partes, por tratarse de una norma de orden público, no susceptible de ser derogada, modificada ni suspendida por los funcionarios ni por los particulares (artículo 6 C. P. C.).

5. Ahora, el demandante controvierte en su recurso el carácter de orden público del término de caducidad previsto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006, con fundamento en tres argumentos, a saber, (i) la entrada en vigencia del Código General del Proceso, (ii) el carácter conciliable de las pretensiones revocatorias y de simulación, y (iii) la existencia de un trámite de conciliación en la audiencia del proceso verbal.

6. El primero de los argumentos debe descartarse de tajo pues, por un lado, la entrada en vigencia del Código General del Proceso no depende de la Superintendencia de Sociedades, sino del Consejo Superior de la Judicatura (artículo 627.6 C. G. P.); y por otro lado, no incide en el contenido ni en la contabilización de los términos de caducidad como el dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006.

7. El segundo de los argumentos tampoco es admisible. El demandante pretende sostener que las cuestiones sujetas a acciones revocatorias son conciliables, y que en esta medida se aplica en estas materias la suspensión de que trata el artículo 21 de la Ley 640 de 2001. Sin embargo, un breve análisis del tema lleva a la conclusión contraria.

8. En efecto, anota el Despacho que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, *“Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”*. A Contrario sensu, no son conciliables los asuntos que no pueden ser transigidos ni desistidos por las partes.

9. Sobre este último punto, el artículo 2470 C. C. dispone que *“No puede transigir [y por tanto tampoco puede conciliar] sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”*. Ello descarta de entrada cualquier conciliación que tenga como parte a un deudor en concurso, pues una de las consecuencias sustanciales de la solicitud o del inicio de los procedimientos de insolvencia es, precisamente, la disminución o la eliminación de la capacidad del deudor para disponer de sus derechos.

10. Ratifica lo anterior lo dispuesto expresamente en el Estatuto de Insolvencia, en los siguientes términos: *“A partir de la fecha de la presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores (...) 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; (...) salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso” (artículo 17, Ley 1116 de 2006). En un sentido similar, la providencia de inicio de la reorganización debe “6. Prevenir al deudor que, sin autorización del juez del concurso, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni adoptar reformas estatutarias tratándose de personas jurídicas” (artículo 19 ejúsdem).

11. Y así también, de la apertura del proceso de liquidación judicial se sigue *“2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos”, so pena de ineficacia (artículo 48 ejúsdem); y así debe indicarse en la providencia de apertura, en la que se prohíbe a los “administradores, asociados y controlantes (...) disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor” (artículo 50.11 ejúsdem), incluidos los que puedan ser reintegrados a él vía acciones revocatorias o de simulación.*

12. El último de los argumentos tiene carácter estrictamente procesal, y nada dice de la naturaleza de los derechos sustanciales en juego. En la mayor parte de los procesos declarativos, si no en todos ellos, existe una etapa de conciliación (por ejemplo, en los artículos 101, 432 y 439 C. P. C.), pero ello no quiere decir que todos los asuntos sujetos a los procesos civiles sean susceptibles de conciliación, como el estado civil, los derechos ajenos o inexistentes, los títulos nulos, los asuntos sujetos a cosa juzgada (artículos 2473 a 2478 C. C.), por poner tan solo algunos ejemplos.

Así las cosas, se impone la confirmación de la providencia recurrida, que rechazó la demanda por caducidad.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar en todas sus partes el Auto n.º 400-006301 de 28 de abril de 2014.

Segundo. Conceder el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Carlos Arturo Consuegra Barros contra el Auto 400-006301 de 28 de abril de 2014, en el efecto suspensivo, según lo previsto en los artículos 85 y 354 C. P. C.

Tercero. Ordenar al demandante el suministro de las expensas necesarias para la expedición de copias de la totalidad del cuaderno principal del expediente, para lo cual se concede un término de cinco (5) días siguientes a la notificación por estado de la presente providencia.

Sentencia 400-000055 de 20 de mayo de 2015

Demandante	Nubis Sofía Olivo y otros
Demandado	Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial
Asunto	Legitimación en la causa – Carga de la prueba de la anterioridad del crédito del acreedor demandante Daño – Solo se origina si el acto causó o agravó la insolvencia del deudor Daño – Inexistencia cuando con posterioridad al acto demandado no había una situación de insolvencia

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La demanda solicita que se revoque el negocio de compraventa celebrado entre Plásticos Vandux de Colombia S. A. y el Banco de Occidente S. A., que consta en la Escritura Pública n.º 1259 de 11 de mayo de 2011 de la Notaría 7 del Círculo de Barranquilla, e inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria 040-95184. Como consecuencia de ello, solicita que se reintegre el mencionado bien al patrimonio de la concursada y que se reconozca a los demandantes la recompensa del 40% sobre su valor.
2. Las demandadas, Inversiones Alcira & Cía. Ltda. e Inmobiliaria Posada Ramírez & Cía. S. en C. S. E. A., se opusieron a las pretensiones a través de las excepciones que denominaron “inexistencia o ausencia de mala fe, ausencia de acto o contrato simulado”, “ejercicio válido y real del principio de autonomía de la voluntad privada”, “del principio de buena fe y su presunción”, y una última, que denominó “del caso en concreto”, en la que alegó que el precio fue pagado con una serie de operaciones y cheques que allí enlistó.
3. Plásticos Vandux S. A. en liquidación judicial propuso como excepciones la “inexistencia de presupuestos procesales” por falta de acreditación del *consilium fraudis*, “ausencia de perjuicio para los acreedores”, y “buena fe exenta de culpa”.
4. Finalmente, Banco de Occidente S. A. al contestar la demanda, propuso como excepción la buena fe del banco, en la que alegó que el acto demandado fue un negocio real, cuyo precio fue pagado de manera íntegra por el banco,

que por lo demás desconocía la situación de insolvencia del vendedor, que dicha operación no causó daño, pues reemplazó un activo fijo (el inmueble) por uno corriente (el precio), y que con posterioridad a ello el banco siguió otorgando créditos a Plásticos Vandux S. A.

5. La demandante pretende reintegrar el patrimonio de la sociedad Plásticos Vandux S. A. en liquidación judicial con un inmueble que fue objeto de compraventa por Banco de Occidente S. A., quien lo adquirió para darlo en leasing financiero a Inversiones Alcira & Cía. Ltda. e Inmobiliaria Posada Ramírez & Cía. S. en C. S. E. A.

6. Según esto, se impone verificar en este foro los elementos de la acción revocatoria concursal, como sigue a continuación.

7. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrar los activos del mismo con bienes que le fueron extraídos en perjuicio de los acreedores. El efecto perseguido es incrementar la prenda general de los acreedores, y mitigar con ello una insuficiencia patrimonial que se ha hecho patente en el concurso.

8. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad de seis (6) meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante el llamado período de sospecha, que oscila entre los seis (6) a veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que adquirió los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

9. El Despacho encuentra que la demanda fue interpuesta oportunamente y ataca una operación realizada dentro del período de sospecha de dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización de Plásticos Vandux S. A. (hoy en liquidación judicial); sin embargo, para efectos de re-

solver sobre los demás elementos, es preciso realizar algunas consideraciones específicas sobre los demás requisitos de la revocatoria.

10. La acción revocatoria, según se dijo, es una medida reconstitutiva del patrimonio del deudor, que el ordenamiento establece en beneficio de los acreedores, con el ánimo de restablecer los activos del deudor y evitarles los perjuicios que les hubiera podido irrogar un acto de disposición de sus bienes. Pero dicha acción no está establecida en favor de cualquier acreedor, sino únicamente en favor de aquellos cuyos créditos fueren anteriores al acto demandado. La jurisprudencia nacional ha expresado, sobre la legitimación en la causa en la acción pauliana, y en general frente a todas las especies de acción revocatoria, lo siguiente:

“Referente a la acción revocatoria por fraude al derecho de crédito, de antaño el criterio jurisprudencial tradicional restringe la legitimación en la causa para promoverla a «los acreedores», pero «no cualquier clase de acreedor, sino el que tenga un crédito preexistente... Por consiguiente, la relación jurídica entre acreedor y deudor debe existir cuando tiene nacimiento el acto cuya revocatoria se pretende» (Cas. Civ. Sentencia de 14 de marzo de 1984, G. J. CLXXVI, p. 85 y ss.), o sea, solo «puede ser ejercida por los ‘acreedores anteriores al acto nocivo’ que produjo o que agravó la insolvencia del deudor, y respecto de los actos ‘reales y perfectos en sí mismos’.» (LXXXII, 226), por responder a una finalidad protectora del derecho de crédito dirigida a preservar la integridad de la garantía genérica otorgada al acreedor «sobre los bienes presentes y futuros del deudor, pero no sobre los bienes pasados, que ya habían salido del patrimonio del deudor antes de contraer la obligación u obligaciones así garantizadas» (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones, 2ª ed. Editorial Temis, Bogotá, 1978, p. 189), en cuyo caso, en esta opinión, la garantía patrimonial no se disminuye, deteriora o afecta al integrarse con los bienes presentes, actuales o futuros, y no con los anteriores”¹.

11. En el presente caso, la acción fue iniciada por un grupo de personas que alegan tener créditos laborales a cargo de la sociedad Plásticos Vandux S. A. en liquidación judicial; sin embargo, no obra en el expediente la prueba de que sus créditos hubieren sido anteriores al 11 de mayo de 2011, día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa demandada.

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de octubre de 2010, Exp. 11001-3101-003-2001-00855-01.

12. Resalta el Despacho que la carga de la prueba de la legitimación en la causa corresponde a los demandantes, de acuerdo con el principio general previsto en el artículo 177 C. P. C., pero en esta causa, ninguno de los demandantes aportó prueba de su crédito ni de la fecha de su existencia o exigibilidad. Tampoco solicitaron que en el curso del proceso se practicaran las pruebas que pudieran llevar al Despacho a deducir dicha legitimación.

13. Con todo, y en aplicación de los principios de unidad y comunidad de la prueba, el Despacho ha encontrado distintos documentos en el expediente que dan cuenta de que a 31 de mayo de 2012 todos los demandantes tenían créditos de primera clase por concepto de cesantías, primas de servicios, primas de navidad y vacaciones (fls. 524 y siguientes del Cuaderno Principal número 3). Se trata, por supuesto, de datos posteriores en más de un año al contrato de compraventa demandado, que no arrojan un resultado concluyente sobre la fecha en la que existieron dichos créditos, y que no permiten avalar judicialmente la legitimación en la causa de los demandantes.

14. Sin perjuicio de las consideraciones hechas sobre la falta de prueba de la legitimación en la causa, es pertinente además analizar si el acto demandado causó un daño a los acreedores, es decir, si dicha operación causó o agravó el estado de insolvencia de la sociedad concursada.

15. En el presente caso, sin embargo, el Despacho encuentra que el acto demandado no generó un desbalance patrimonial en la compañía. En la información que obra en el expediente y en aquella que consta en los archivos y las bases de datos de que tratan los artículos 9° y 15 del Decreto Ley 019 de 2012, se observó que, muy por el contrario, incluso un año después de la operación demandada, al momento de solicitar la admisión a concurso, la sociedad Plásticos Vandux S. A. tenía bienes suficientes para hacer frente a la totalidad del pasivo.

16. En efecto, en la solicitud de reorganización presentada por el representante legal de Plásticos Vandux S. A. el 29 de junio de 2012 con radicación n.° 2012-04-009200, y especialmente en la respuesta al requerimiento formulado por la Superintendencia de Sociedades, con radicación n.° 2012-01-200165 de 31 de julio de 2012², a 31 de mayo de 2012 la compañía reportaba activos por \$29.100.397.253 y pasivos por \$13.944.148.232. Sobre esta base, mal puede

2 Copia parcial de este documento obra a fls. 341 y siguientes del Cuaderno Principal número 2.

argumentarse que un acto de disposición de activos causó o incrementó una insuficiencia patrimonial de una compañía, cuando más de un año después de dicho acto la sociedad todavía contaba con activos más que suficientes para cubrir el monto de la totalidad de sus deudas.

17. Así las cosas, está acreditado en el expediente que la operación demandada no causó ni incrementó una insuficiencia patrimonial de la compañía, con lo que se encuentra probada la excepción de mérito formulada por la concursada y se hace evidente la improcedencia de la acción revocatoria.

18. Teniendo en cuenta que la acción revocatoria no está llamada a prosperar, por ausencia de daño y falta de prueba de la legitimación en la causa, el Despacho queda relevado de la indagación sobre la concurrencia o no de los demás elementos de la acción revocatoria, así como sobre la buena fe de las partes que intervinieron en el negocio demandado. Tampoco se estima necesario realizar un pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito planteadas por las demandadas, al haber prosperado una que tiene efectos deletéreos respecto de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar probada la excepción de mérito denominada “ausencia de perjuicio para los acreedores” propuesta por la demandada Plásticos Vandux S. A. en liquidación judicial.

Segundo. Desestimar las pretensiones de la demanda presentada por Nubis Sofía Olivo Donado y otros, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Ordenar el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda decretada mediante Auto 802-000735 de 21 de enero de 2014 sobre el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria número 040-95184, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla. Para el cumplimiento de este apartado resolutivo, se ordena remitir copia de la presente

providencia a la referida oficina, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Cuarto. Ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla que cancele la inscripción de la demanda sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 040-95184, que consta en la anotación número 13 del referido folio de matrícula inmobiliaria. Para el efecto, bastará copia simple de la presente providencia, que hará los efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Quinto. No condenar en costas a la parte demandante, por ser beneficiarios del amparo de pobreza.

Sentencia 400-000059 de 26 de mayo de 2015

Demandante Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. en liquidación judicial y otros

Demandado H & H Arquitectura S. A.

Asunto Contrato Oneroso – Carga de la prueba de la onerosidad del acto demandado

Buena Fe – Prueba cuando las partes del acto demandado son consorciados

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Las demandantes pretenden reintegrar el patrimonio de las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., ambas en liquidación judicial, con los derechos fiduciarios sobre el contrato de fiducia 3-4-1507, que fueron cedidos a la demandada H&H Arquitectura S. A. (hoy En Reorganización), según se relacionó en el capítulo de antecedentes de esta providencia.

2. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrar los activos del mismo con bienes que le fueron extraídos en perjuicio de los acreedores. El efecto perseguido es incrementar la prenda general de los acreedores, y mitigar con ello una insuficiencia patrimonial que se ha hecho patente en el concurso.

3. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

A. Análisis de los elementos de la acción revocatoria

4. En el caso que ocupa la atención del Despacho, se encuentran acreditados los distintos elementos que dan lugar a la revocatoria, a saber:

i) Legitimación en la causa. La acción fue iniciada por el liquidador de las sociedades concursadas, quien se encuentra legitimado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006. En esta medida no se halla razón a la excepción propuesta por la demandada en su contestación a este respecto.

ii) Oportunidad de la acción. La demanda que dio inicio al presente proceso fue interpuesta en el 1 de agosto de 2011, con anterioridad a la expedición del auto de calificación y graduación de créditos dentro del proceso de liquidación judicial de la concursada. En consecuencia, no había operado el término de caducidad previsto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 y la demanda se considera iniciada en tiempo.

iii) Daño a los acreedores. Sobre este punto, el Despacho se pronunciará de manera más extensa en el capítulo siguiente. Sin perjuicio de lo anterior, desde ya se advierte que este elemento también se encuentra acreditado, tal como se desarrollará in extenso más adelante.

iv) Período de sospecha. El negocio demandado data de 31 de marzo de 2010, fecha en que se celebró la aclaración cesión de derechos fiduciarios entre las compañías mencionadas; por su parte, la liquidación judicial se inició el 7 de septiembre de 2010 para MNV S. A. y el 13 del mismo mes y año para Gas Kpital GR S. A. En consecuencia, y en vista de que el acto ocurrió dentro del mismo año en que inició la liquidación judicial, el acto se ubica dentro del período de sospecha, independientemente de la naturaleza gratuita u onerosa del acto.

v) Sobre la buena fe del tercero. Sobre este último requisito de procedencia de la acción revocatoria también se tratará más adelante, por existir algunas consideraciones de naturaleza probatoria que ameritan un análisis más detenido.

B. Análisis del daño a los acreedores del concurso

5. En lo que tiene que ver con el daño a los acreedores, este Despacho debe analizar varios aspectos del negocio demandado.

En primer término, debe verificarse la suficiencia o insuficiencia de los activos de la concursada para respaldar las obligaciones a su cargo. No puede haber daño a los acreedores del concurso si los activos involucrados en el proceso concursal son suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a cargo de la deudora; en esto consiste, precisamente, la insolvencia que es el contexto para el cual fueron diseñadas las acciones revocatorias concursales.

En segundo lugar, el acto demandado debe haber tenido un impacto en el patrimonio de la deudora, pues debe haber ocasionado la situación de insolvencia, o debe al menos haberla agravado. Ello puede ocurrir de varias maneras, ambas comprendidas en el primer inciso del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006. Una de ellas se da cuando el acto revocable redujo el total de los activos disponibles, e incrementó la insuficiencia patrimonial; por ejemplo, cuando el deudor transfiere bienes a título gratuito y disminuye con ello la prenda general de sus acreedores. La otra forma ocurre cuando a través del acto revocable se trastoca, en la práctica, el orden legal de prelación de créditos; por ejemplo, cuando se pagan anticipadamente obligaciones de cuarta clase, sin que queden activos suficientes para pagar a los acreedores de mejor derecho (como los acreedores de primera a tercera clase) o para atender en condiciones de igualdad a los demás acreedores de su misma clase.

6. En el presente caso, observa el Despacho que ambas concursadas, MNV S. A. en liquidación judicial y Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial, se encuentran en un evidente estado de insolvencia, y los balances de las dos compañías dan muestras de un protuberante desequilibrio entre las obligaciones a su cargo y los bienes que las respaldan es mucho más que evidente. En los balances presentados por la demandante para ambas compañías se observa que los pasivos superan por mucho el total de los activos de cada una de las sociedades: así, a abril de 2011, los pasivos de MNV S. A. ascendían a \$593.692'288.790,00 mientras que sus activos llegaban apenas a los \$52.124'680.582,00; y una situación similar se presentaba en la sociedad GasKpital GR S. A., donde la relación era de pasivos por \$313.738'605.240,00, con activos por \$22.657'367.397,00 (folios 112 y 141 del cuaderno principal número 1). Situación esta que es confirmada en el auto de decisión de objeciones, calificación y graduación de créditos y aprobación de inventarios valorados de la liquidación judicial de cada una de las compañías (folios 353 y siguientes y 392 y siguientes del cuaderno principal número 2); así

como en los estados financieros aportados por la demandante a instancia del Despacho (folios 450 del cuaderno principal número 2, a 617 del cuaderno principal número 3).

7. Mas no basta con que se evidencie la insuficiencia patrimonial para que el acto sea, per se, revocable. Es necesario verificar además si el acto impactó negativamente el patrimonio de la deudora, es decir, si causó o contribuyó a esa situación de desequilibrio patrimonial. Ello ocurre, entre otros supuestos, cuando el acto revocable fue un negocio a título gratuito, del cual solo reportó utilidad el tercero; o si se trató de un acto a título oneroso que no cumplió con un mínimo de conmutatividad o trastocó el orden legal de prelación de créditos.

8. En el asunto que ocupa la atención del Despacho, los negocios de cesión de derechos fiduciarios sobre los cuales versa el presente proceso, no dan cuenta de una contraprestación aparente. A este punto, debe recordar el Despacho que cualquier eventual contraprestación que hubieren pactado las partes del negocio deben ser probados de acuerdo con las reglas generales de acreditación de los actos o negocios jurídicos, entre ellas, los principios de carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil) y la limitación de la eficacia del testimonio para la prueba de los contratos (artículo 232 ibídem).

9. Ahora, en el negocio demandado, de 31 de marzo de 2010, no se pactó una contraprestación que la demandada H&H Arquitectura debiera dar como contrapartida a sus consorciadas MNV S. A., Gas Kpital GR S. A. y Cogefar de Guatemala S. A. En este contexto, a falta de dicha estipulación, los demandados partían de *“un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto”*, a voces del artículo 232 del estatuto procesal civil, que requiere ser desvirtuado con un fuerte soporte probatorio.

10. Pero el resto de los elementos probatorios no logran demostrar dicho elemento. Si bien la demandada en su contestación sostuvo que el negocio no fue a título gratuito, porque dicha cesión consistió en la retribución del trabajo y las cargas efectivamente asumidos por H&H Arquitectura S. A. en la ejecución de los contratos 97 y 99 con la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, más allá del contenido o de la veracidad de estas afirmaciones, el Despacho no encuentra acreditado que esa fuera la causa próxima de la cesión. Muy por el contrario, dicho argumento quedó desvirtuado por el mis-

mo contrato, en el cual se previó que, incluso con posterioridad a la cesión, *“en forma alguna se extinguen, modifican o limitan las obligaciones del consorcio estipuladas en los contratos 97 y 99 de 2005”* (cláusula cuarta del contrato a folios 64 del cuaderno principal número 1 y 290 del cuaderno principal número 2).

11. Si se quisiera encontrar una operación a título oneroso en el acto demandado, debe atenderse a la dinámica en la que se desarrollaron los distintos actos relacionados con el Consorcio Regional de Saneamiento Básico, del cual hacían parte las sociedades concursadas y la demandada. En efecto, la demandada H&H Arquitectura S. A. alega que la cesión se dio como contrapartida de las cargas de los contratos 97 y 99, que ella había asumido como consecuencia de las dificultades patrimoniales por las que pasaban sus consorciadas.

12. Pero incluso en este caso, el daño a los acreedores del concurso también estaría acreditado. De hecho, H&H Arquitectura era codeudora solidaria de MNV S. A. y de GasKpital GR S. A. en el cumplimiento de las obligaciones de los contratos 97 y 99 con la Corporación Autónoma Regional del Atlántico (artículo 7 de la Ley 80 de 1993). Ahora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1579 del Código Civil, si una de las codeudoras solidarias responde in solidum por el todo, o en una proporción mayor a la que le correspondería, se subroga en la proporción del crédito que le corresponda, para cobrarles a sus codeudores solidarios.

En otras palabras, el que la demandada H&H Arquitectura S. A. haya de alguna manera asumido la carga de ejecutar los contratos 97 y 99 la convirtió, a lo sumo, en acreedora de las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital S. A.. En consecuencia, la cesión de los derechos que estas sociedades tenían en el fideicomiso 3-4-1507 equivale a un pago a un acreedor quirografario, operación que, valga la aclaración, fue realizada antes de haber solventado los acreedores de mejor derecho, y afectando con ello el orden de prelación de créditos.

13. Como consecuencia de todo lo anterior, y contrario a lo propuesto por la demandada como excepción de mérito, cabe concluir que en el presente caso se encuentra probado el daño a los acreedores, que conduce a la revocatoria del acto demandado.

C. Análisis de la buena fe en las actuaciones de la demandada

14. Ahora, para el momento en que se realizó la cesión, este Despacho encuentra acreditado que la sociedad demandada sabía de las circunstancias que rodeaban a las compañías insolventes, esto es, MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A. Está probado, por un lado, que entre las concursadas y H&H Arquitectura se había conformado un consorcio con la finalidad de participar en la licitación que llevó a celebrar los contratos 97 y 99 de 2005 con la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, así como la ejecución de estos.

15. El hecho de existir un consorcio entre tales sociedades con la demandada representa, en sí mismo, un indicio de que esta conocía el mal estado de los negocios de aquellas. Pero además, este indicio es corroborado por las demás pruebas que obran en el expediente, que dan fe de que la sociedad H&H Arquitectura S. A. estaba efectivamente al tanto de las graves dificultades por las que pasaban MNV S. A. y GasKapital GR S. A. y que dicho conocimiento fue el móvil principal del contrato de cesión que aquí se debate.

16. Dan fe de lo anterior el documento firmado por los representantes legales de las cuatro consorciadas, denominado "Acta de acuerdo" (folio 279 a 284 del cuaderno principal número 2), así como el interrogatorio de parte de Javier Haddad Cure, representante legal de la demandada, cuyo registro obra folios 428 a 430 del cuaderno principal número 2. Así, en el minuto 34:50 de la grabación, este expresa que *"se busca precisamente hacer una cesión porque ante la imposibilidad de poder seguir con la continuidad de la obra, porque no tenía ella recursos (...) la obra tenía una pérdida de aproximadamente unos 400 o 500 millones y, que proyectada, podía fácilmente llegar a 1.000 millones de pesos. Es por esa razón que nosotros aceptamos una cesión de los derechos económicos –hablo en nombre de H&H Arquitectura– ante la imposibilidad de ninguno de los tres consorciados de hacer aportes, de poder pagar los pasivos, de poder atender la deuda y de poder inclusive administrar y ejecutar la obra"*.

17. De esta manera, se encuentra desvirtuado que la demandada, cesionaria de los derechos fiduciarios, haya obrado de buena fe, tal como lo exige el artículo 74 numeral 1 de la Ley 1116 de 2006.

D. Efectos de la revocatoria

18. En virtud de lo expuesto, habrán de prosperar las pretensiones principales formulada en la demanda, consistentes en la revocatoria del negocio jurídico descrito en el documento privado de 31 de marzo de 2010.

19. Así las cosas, se ordenará la reintegración a la masa de la liquidación de MNV S. A. en liquidación judicial del 25% de los derechos económicos derivados del contrato de fiducia 3-4-1507, celebrado entre las sociedades que conforman el Consorcio Regional de Saneamiento Básico y Fiduciaria de Occidente S. A., y a la masa de la sociedad Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial del 5% de los derechos económicos derivados del mismo contrato.

20. En consecuencia, se ordenará a la fiduciaria el reconocimiento de MNV S. A. y Gas Kapital GR S. A. como beneficiarias del fideicomiso en la proporción mencionada; y a H&H Arquitectura S. A. En Reorganización el pago de los dineros recibidos por tales porcentajes del patrimonio autónomo desde el momento de la cesión de los derechos fiduciarios.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. No estimar las excepciones de mérito propuestas por la demandada.

Segundo. Revocar el contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado el 31 de marzo de 2010 entre las sociedades MNV S. A. en liquidación judicial y Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial a favor de H & H Arquitectura S. A., conforme lo expuesto.

Tercero. Ordenar que se reintegren al patrimonio de las sociedades MNV S.A en liquidación judicial y Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial, respectivamente, el 25% y el 5% de los derechos económicos derivados del contrato de fiducia mercantil de administración, fuente de pagos y pago 3-4-1507, desde el 31 de marzo de 2010.

Cuarto. Ordenar a la Fiduciaria de Occidente S. A. Occidente S. A. que se tenga a MNV S. A. en liquidación judicial y Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial como titulares de los derechos fiduciarios derivados del Contrato de Fiducia n.º 3-4-1507, y a cancelar a favor de la liquidación de ambas sociedades los dineros que existan en favor de ellos una vez efectuadas las liquidaciones respectivas de los contratos números 097 y 099 de 2005, en los términos previstos en la Ley 80 de 1993, y demás normas aplicables.

Quinto. Condenar en costas a la demandada. Liquidense por secretaría una vez en firme la presente sentencia.

Sexto. Levantar las medidas cautelares decretadas mediante auto 480-012007 de 10 de agosto de 2011, aclarado en auto 480-013096 de 17 de septiembre de 2012, de embargo de los derechos y recursos a favor de la sociedad H&H Arquitectura S. A., como beneficiaria del contrato de fiducia mercantil de administración, fuente de pagos y pago 3-4-1507. Para el efecto, remítase copia de la presente sentencia, que prestará los efectos de comunicación sin necesidad de oficio.

Séptimo. Remítase copia de la presente providencia al Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades para los fines pertinentes.

Auto 400-007750 de 28 de mayo de 2015

Sujeto del proceso	Carlos A. Castañeda & Cía. S.C.A.
Asunto	Juez del Concurso - Dirección del proceso de insolvencia. Celeridad en los procesos judiciales Suspensión del proceso-razonabilidad y alcance

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El marco normativo, tanto procesal como sustancial, de los procesos de insolvencia, es el previsto, en principio, en la Ley 1116 y sus decretos reglamentarios o leyes que la modifiquen o adicionen, y de manera supletoria, las normas a las que dicha ley remita.
2. El artículo 5.11 de la Ley 1116 de 2006 asigna al Juez del Concurso el poder de dirección del proceso de insolvencia, con miras a la materialización de las finalidades propias del régimen.
3. Por otro lado, el artículo 37 C. P. C. dispone, como deber del juez, “Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal (...)”.
4. La Corte Constitucional tiene dicho que “la celeridad que deben revestir los procesos judiciales no es un fin en sí mismo, sino un mecanismo para garantizar dos derechos fundamentales de suma importancia en el Estado Social de Derecho: el debido proceso y el acceso a la justicia”¹.
5. En sentido análogo, ha dicho la misma Corporación que “la relación entre el principio constitucional de celeridad y el derecho al debido proceso se hace patente porque, al tenor del artículo 29 de la Constitución, uno de los contenidos de este derecho fundamental es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: ‘el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en nuestro Estatuto Fundamental en su artículo 29, se encuentra en armonía con el derecho a que se administre pronta y cumplida justicia, es decir, en la

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 2011.

vigencia y realización del principio de celeridad procesal que debe regir las actuaciones de todos los funcionarios de la Rama Judicial”².

6. El proceso de reorganización no es un proceso adversarial tradicional, en el que los intereses contrapuestos están claramente alinderados y se disciernen en una dinámica dialéctica, sino que se trata de un proceso especialísimo, en el que convergen, no solo los intereses de los sujetos procesales, sino que está involucrado el interés público económico que se materializa en los mandatos legales, con proyección teleológica, de protección del crédito, por un lado, y recuperación y conservación de la empresa, por el otro.

7. Así las cosas, las decisiones que tome el Juez del Concurso deben estar orientadas a la eficacia de los fines que informan todo el régimen, de donde se colige que el operador judicial no es un mero notario de las decisiones de los sujetos que impacten el curso del proceso, sino que debe decidir en pos de la realización de los fines del mismo, pero además dentro de los límites objetivos que vienen dados por el derecho fundamental al debido proceso.

8. En relación con la suspensión del proceso, el numeral 3 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: “Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda”.

9. Como se ve, la ley les otorga a las partes la posibilidad de solicitar la suspensión del proceso por un tiempo determinado, y el juez debe, en principio, acatar dicha solicitud en los términos en que fue planteada, pero esta norma debe ser interpretada en la lógica contextual del proceso de insolvencia, que debe ser célere en aras de la consecución de sus fines específicos, que difieren de los de los procesos ordinarios codificados en la medida en que, en el caso concreto del proceso de reorganización, su trámite propiamente judicial es solo una parte de la definición de fondo, que se concreta con el cumplimiento, al cabo del plazo fijado, del acuerdo logrado por el deudor y sus acreedores.

10. En suma, en atención a la naturaleza del proceso, de los intereses jurídico procesales concernidos, de los fines propios del esquema recuperatorio, el Juez del Concurso mal puede deferir a la voluntad de los sujetos la continuidad del proceso, sin que ello suponga el menoscabo de la oportunidad procesal de que las partes se acerquen en un espacio no judicial, por lo que la solución que se

2 Corte Constitucional, Sentencia T-558 de 2003.

impone para el Juez es determinar la razonabilidad del periodo de suspensión solicitado por los sujetos procesales. El Juez del Concurso, como director del proceso, está investido de facultades amplias que no se limitan a aceptar o negar la solicitud de suspensión, sino que se extienden a la posibilidad de modular el alcance de la suspensión, en el sentido de acortar o extender el término, según se deduzca de las condiciones particulares que sustenten la solicitud.

11. En el caso concreto, saltan a la vista del Despacho los siguientes elementos de juicio: (i) la solicitud de suspensión fue presentada por la sociedad concursada y por una parte de los acreedores, no todos; (ii) la finalidad de la suspensión es “acabar de depurar y subsanar la cartera con la EPS salud Total y los fondos de pensiones (...) al igual de que (sic) se emita de manera afirmativa por parte de la DIAN la Resolución (sic) de solicitud de devolución de renta año 2012 (...)”, es decir, se pide la suspensión para hacer trámites ante entidades, públicas y privadas, cuyos resultados son inciertos y, más grave, indeterminados.

12. En este entendido, el Despacho considera que el término de suspensión hasta el 6 de agosto de 2015 es razonable a la luz de la finalidad que indican perseguir los solicitantes, toda vez que una vez reactivado el proceso se sabrá a buen seguro el estado de ejecución de las gestiones que motivaron la suspensión, sin perjuicio de la eventual procedencia de una nueva suspensión, medida que, se reitera, debe ser de carácter excepcional.

13. Finalmente, en lo que respecta a la apelación subsidiaria propuesta por el recurrente, baste recordar que de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 1116 de 2006, los procesos de insolvencia que se adelantan ante esta Delegatura son de única instancia, por lo que no procede el recurso de apelación.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar en todas sus partes el Auto 400-006657 de 6 de mayo de 2015.

Segundo. Rechazar, por improcedente, el recurso de apelación propuesto en subsidio.

Auto 400-007829 de 1° de junio de 2015

Sujeto del Proceso	ABS Red Assist Compañía de Asistencia Mundial S. A.
Asunto	Amenaza de actos en contra del patrimonio del deudor que limitan su capacidad de negociación Amenaza. Definición. Situación jurídica de agente económico candidato a reorganización

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El parágrafo del artículo 21 del Decreto 1730 de 2009 permite, de manera extraordinaria, recurrir al Juez del Concurso para solicitar la apertura del proceso de validación de acuerdo extrajudicial de reorganización cuando este aún está en ciernes, siempre que se acredite la concurrencia de lo que la ley concursal denomina “amenaza de actos en contra del patrimonio del deudor”, que limiten de forma determinante la capacidad de negociación del deudor con sus acreedores, como son la práctica o ejecución de medidas cautelares o de garantías fiduciarias.
2. Evaluados los soportes aportados por la sociedad ABS Red Assist Compañía de Asistencia Mundial S. A., encuentra el Despacho que existe amenaza de actos en contra del patrimonio del deudor que limitan su capacidad de negociación.
3. En efecto, si bien la norma en cita no agota el listado de actos constitutivos de amenaza, entre los actos referidos a manera de enunciación consta “la práctica o ejecución de medidas cautelares”, en esa misma lógica se inscribe, como en este caso, el mandamiento ejecutivo librado en contra del deudor.
4. Este Despacho entiende por “amenaza”, para efectos de la interpretación del parágrafo del artículo 21 del Decreto 1730 de 2009, la situación jurídica en que se encuentra un agente económico candidato a reorganización, cuando, atendidas las coordenadas fácticas del caso, si no se interrumpe el curso causal en curso, el patrimonio del deudor se verá menguado de forma fatal. Así las cosas, lo que diferencia a la amenaza del mero riesgo, es la inevitabilidad de aquella frente a la contingencia este, lo que habilita la actuación del Juez del Concurso en el primer caso.

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

RESUELVE

Ordenar la apertura del proceso de validación judicial de un acuerdo extrajudicial de reorganización de la sociedad ABS Red Assist Compañía de Asistencia Mundial S. A., identificada con Nit. 830.057.903 y domicilio en la ciudad de Bogotá, en la carrera 7 n.º 156-78, Piso 21, Torre 2, Edificio North Point, en los términos y con las formalidades de la Ley 1116 de 2006 y las normas que la desarrollan y reforman.

Sentencia 480-000064 de 4 de junio de 2015

Demandante Jaime Visbal Illera

Demandado Industrias Bitor Ltda. en liquidación judicial y otro

Asunto Daño. Prueba en las operaciones de transferencia de propiedad intelectual

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La demandante pretende reintegrar el patrimonio de la sociedad Industrias Bitor Ltda. (hoy en liquidación judicial), con una serie de derechos de propiedad intelectual Inversionistas Asociados El Barco SAS mediante un negocio que no determina en su fecha, naturaleza, tipo ni contenido.

2. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrar los activos del mismo con bienes que le fueron extraídos en perjuicio de los acreedores. El efecto perseguido es incrementar la prenda general de los acreedores, y mitigar con ello una insuficiencia patrimonial que se ha hecho patente en el concurso.

3. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

4. Antes de entrar a analizar cada uno de los elementos, el Despacho considera necesario realizar algunas consideraciones sobre varios aspectos fundamentales del proceso.

a. Condición en la que actúa la parte demandante

5. La parte demandante alega su calidad de acreedora en el proceso. Si bien no aportó prueba de su crédito, teniendo la carga de hacerlo (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), este aparece enlistado en la relación de acreencias aportada por la concursada en el proceso de reorganización, según consta en el memorial con radicación 2012-04-012991 de 31 de octubre de 2012, que lo relaciona como acreedor interno. Este documento, se aclara, fue consultado por este Despacho en los archivos y las bases de datos de que tratan los artículos 9 y 15 del Decreto Ley 019 de 2012.

6. La misma calidad queda demostrada con la consulta del certificado de existencia y representación de la sociedad Industrias Bitor Ltda. (hoy en liquidación judicial) a folios 7 y siguientes del cuaderno principal, donde aparece relacionado el actor como titular de una participación en la sociedad, que de manera exótica se fija en una cifra de 2,897.29 cuotas de \$1.000 cada una.

b. Naturaleza del daño ocasionado por el acto revocable a los acreedores internos

7. La demanda no expresa la fecha en la que ocurrió el “acto, contrato o negocio jurídico demandado”; sin embargo, es posible tener un panorama acerca del patrimonio de la sociedad Industrias Bitor Ltda. con posterioridad a su celebración, a partir de la información reportada por dicha compañía al momento de solicitar la reorganización. Dicha información, que el Despacho ha consultado en los archivos y las bases de datos de la Entidad, según disponen los citados artículos 9 y 15 del Decreto Ley 019 de 2012, arroja que para entonces los activos de la compañía eran suficientes para hacer frente a la totalidad del pasivo.

8. En la solicitud de reorganización presentada por el representante legal de Industrias Bitor Ltda. el día 31 de octubre de 2012 con radicación 2012-04-012991, y en las posteriores radicaciones números 2012-04-015555, 2012-04-016107, 2012-04-016115 y 2012-04-016178 de los días 7, 19, 20 y 21 de diciembre de 2012, a septiembre de 2012 se reportaban activos por \$2.979'053.383,57 y pasivos por \$1.524'651.168,63.

9. Sin embargo, encuentra el Despacho que, a diferencia de los acreedores externos, el daño ocasionado por el acto revocable a los acreedores internos no

tiene una relación directa con la insuficiencia patrimonial de la compañía. En efecto, los acreedores internos tienen una expectativa sobre los remanentes de la compañía, es decir, sobre los activos que queden una vez se pague todo el pasivo externo (artículos 249 y siguientes del Código de Comercio). En esta medida, la disminución del valor real de los derechos de participación de los socios de la compañía implica un perjuicio para sus titulares por lucro cesante, es decir, por “la ganancia o provecho que deja de reportarse” como consecuencia del acto demandado (artículo 1614 del Código Civil).

10. Así las cosas, está probado que el demandante ostenta la calidad de acreedor interno, y en estas condiciones, recibe un daño con la disminución del volumen del patrimonio de la empresa, así dicha disminución no implique, per se, una insuficiencia patrimonial.

c. Carga de la prueba en las acciones revocatorias. Prueba del acto demandado

11. Nuestro ordenamiento jurídico se basa en el principio de la “carga de la prueba”. El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil lo establece al afirmar que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”; en igual sentido, el artículo 1604 del Código Civil expresa que “[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

12. El principio de la carga de la prueba “le señala al funcionario fallador la orientación de su decisión, en aquellas eventualidades de ausencia de demostración del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se impetra”¹. En otras palabras, el mencionado principio permite que el juez obtenga conclusiones y sea capaz de fallar incluso en aquellos casos en los que no fue posible probar alguno de los hechos debatidos en el proceso.

13. La parte interesada en probar un hecho podrá hacer uso de todos los medios previstos por la legislación procesal civil. Ello puede hacerlo a través del recurso a todos los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil: declaración de parte, juramento, testimonio de terceros, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, documentos, indicios, presuncio-

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de julio de 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 0142.

nes, informes, entre otros. Las pruebas pueden ser allegadas al expediente, si el interesado las tiene en su poder, pueden ser solicitadas para que se practiquen en el curso del proceso, e incluso en algunos casos puede indicarse al juez, quien puede aportarlas, para que así se lo ordene, a través de figuras como los oficios o la exhibición de documentos.

14. Así las cosas, si quien alega el hecho tiene la carga de probarlo, debe acudir a alguno de estos medios para acreditarlo efectivamente en el proceso; si no lo hace, o a pesar de haberlo hecho, no logra demostrarlo suficientemente, el juez no podrá declarar las consecuencias jurídicas pretendidas.

15. En el ámbito de las acciones revocatorias concursales, quien busca que se revoque un acto, contrato o negocio jurídico, debe acreditar al despacho judicial, como mínimo, la totalidad de los requisitos que se encuentran en los artículos 74 y 75 de la Ley 1116. La ausencia de prueba de alguno de tales elementos o la falta de eficacia demostrativa de las pruebas allegadas, solicitadas o practicadas en el proceso conduce, según se ha expuesto, al fracaso de la pretensión revocatoria.

d. Prueba del acto demandado en las operaciones de transferencia de elementos de propiedad industrial.

16. El demandante controvierte, a través de esta acción revocatoria, un *“acto, contrato o negocio jurídico celebrado entre la sociedad Industria (sic) Bitor Ltda. (...), con la sociedad Inversionistas Asociados El Barco SAS, sobre el derecho de dominio que tenía y ejercía sobre los derechos marcarios y patentes”*. De la vaguedad con la que el demandante busca identificar el acto demandado, es posible deducir que se trata de un título de transferencia de derechos de propiedad industrial (marcas y patentes) que pertenecían a Industrias Bitor Ltda. y en algún punto pasaron a ser parte de los activos de Inversionistas Asociados El Barco SAS.

17. Cuando en una acción revocatoria se pretenda, como en el presente caso, que se reviertan los efectos de una transferencia de derechos de propiedad intelectual, el demandante debe acreditar cuál es el *“acto, contrato o negocio jurídico”* concreto que sirvió de título dentro de dicha operación. Para el efecto, el Despacho considera pertinente hacer algunas consideraciones acerca de la forma en que debe realizarse dicha demostración.

18. Las operaciones de transferencia de marcas y de patentes, como cualquier transferencia del derecho de dominio en nuestro ordenamiento, están sujetas a un régimen dual de título y modo. El título es la fuente de la obligación de transferir el derecho de dominio sobre la marca o la patente, y puede concretarse en una gran variedad de hechos jurídicos: contratos, negocios jurídicos unilaterales, órdenes judiciales, hechos legalmente regulados, entre otros. El modo es, al mismo tiempo, el cumplimiento de la obligación debida y el acto de consolidación del derecho real de dominio sobre el bien (en este caso el bien incorporal, intangible o derecho subjetivo) que corresponde a la marca o a la patente.

19. La Decisión 486 de 2000, que establece el régimen común sobre propiedad industrial en la Comunidad Andina de Naciones, dispone que la transferencia de los derechos sobre marcas y patentes se perfecciona a través de un modo específico, que es el registro ante la oficina nacional competente; en nuestro caso, la Superintendencia de Industria y Comercio. Los artículos 56 y 161 disponen la forma en que dicho registro debe operar, respectivamente, para la transferencia de derechos sobre patentes y sobre marcas. En ambas normas se dispone que *“A efectos del registro, la transferencia deberá constar por escrito”*.

20. Sin embargo, ello no quiere decir que el contrato que sirve de título para la transferencia del derecho marcario sea un acto solemne; tan solo se exige que al registro se acompañe un documento escrito que dé cuenta de la transferencia. Dicho documento puede ser, por supuesto, el acto, contrato o negocio jurídico del que se derive el título, pero también puede consistir en un documento distinto. Así lo ha dispuesto el Título X de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual se establece:

“1.2.1.6.1 Cambio de titular (...)

Salvo que se presente el Formulario firmado por las partes, en los casos de cambio de titular, la afectación deberá ser demostrada con el original o la copia de alguno de los siguientes documentos, según sea el caso:

i) El contrato en el que conste la cesión firmada por las partes.

ii) El extracto del contrato en el que figure el cambio de titularidad. El extracto del contrato debe contener las páginas del contrato donde conste la cesión del derecho y en las que se evidencie las partes del contrato.

iii) *La sentencia judicial que ordene el cambio de titularidad.*

iv) *El Documento que acredite la fusión”.*

21. Por tanto, la prueba del “acto, contrato o negocio jurídico” de cesión o transferencia de las marcas o patentes debe regirse por las reglas generales de acreditación de los contratos. Así, en la prueba de dichos actos el funcionario judicial debe aplicar las reglas de la sana crítica, en armonía con algunas normas presunciones legales, como la prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, según la cual *“la falta de documento o de principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.*

e. Alcance de las pruebas solicitadas y decretadas en el presente proceso. Insuficiencia de las pruebas para acreditar los elementos de la acción revocatoria

22. En el presente proceso, la parte demandante aportó como pruebas los certificados de existencia y representación de Industrias Bitor Ltda. y de Inversionistas Asociados El Barco SAS. Solicitó además la práctica de dos inspecciones judiciales, a las oficinas de ambas compañías, encaminadas a *“establecer el valor de las transferencias y el valor real de las marcas y patentes”*, y *“el valor de los ingresos recibidos como consecuencia de las marcas y patentes transferidas y su valor real”*, respectivamente; y la práctica de un dictamen pericial *“que permita establecer el valor real de las marcas y patentes”*. Asimismo, solicitó que se oficiara a la Superintendencia de Industria y Comercio, *“a fin de que remitan los actos, contratos o negocios jurídicos allegados a ese despacho, que sirvieron de soporte para la transferencia de las marcas y patentes”*.

23. Las mencionadas pruebas fueron decretadas por el Despacho en audiencia llevada a cabo el 20 de mayo de 2014, según consta en la grabación a folio 32 del cuaderno principal número 1. También se decretó *motu proprio*, oficiar a la Cámara de Comercio de Barranquilla para obtener una serie de certificados de las sociedades mencionadas, que dieran cuenta de los administradores y accionistas de ambas y si tienen vinculación a un grupo empresarial, y a los grupos de Reorganización y Liquidación Judicial de la Superintendencia

de Sociedades, con el fin de obtener información acerca de la calificación y graduación de créditos en el concurso y copia de la misma.

24. De las pruebas decretadas, a la fecha solo se ha recibido un oficio de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el que se acompaña copia del expediente de transferencia de las marcas de Industrias Bitor Ltda. y de Inversionistas Asociados El Barco SAS, que se adelantó ante la División de Signos Distintivos de dicha entidad (folios 37 a 96 del cuaderno principal número 1).

25. Dentro de las copias mencionadas, solo consta como soporte de la operación un documento firmado por los representantes legales de ambas sociedades, que denominaron *“traspaso de marcas”*, en el que de manera escueta se informa que Industrias Bitor Ltda. *“mediante el presente transfiere y cede completamente dichos registros de marca a Inversionistas Asociados El Barco SAS (...), considerándose dicho cesionario de ahora en adelante como el dueño y propietario único y legal de las marcas cubiertas por los registros mencionados”* (folio 61 ibídem).

26. Ni en el mencionado documento, ni en ninguno de los demás que obran en el expediente, se acredita la naturaleza del acto demandado; su carácter gratuito u oneroso; ni la fecha de su celebración. En las actuales condiciones, de las pruebas no es posible deducir si el acto demandado fue un contrato de compraventa, una permuta, una donación, una dación en pago, la ejecución de una orden judicial o administrativa, de una garantía, o cualquier otra figura que pudiera involucrar el traslado de dichos activos al patrimonio de Inversionistas Asociados El Barco SAS. Pero más grave aún: ni siquiera si se llegase a practicar la totalidad de las pruebas decretadas, se lograría acreditar la naturaleza del acto. Tanto las inspecciones judiciales como el dictamen pericial fueron solicitados y decretados con un propósito único: este es el señalado en la demanda, de determinar los valores por los que fueron cedidos los derechos marcarios y los valores que éstos tenían en la realidad.

27. Así las cosas, incluso en el evento en que se practicaran las pruebas pendientes, se tendría apenas un indicio más acerca de la existencia de un título que antecedió al registro marcario, mas no habría ni prueba del *“acto, contrato o negocio jurídico”* cuya revocatoria se pretende, ni certeza alguna acerca del contenido del mencionado acto.

28. Resalta el Despacho que el demandante tenía a su disposición una vasta gama de herramientas probatorias a través de las cuales podía acreditar la existencia, la naturaleza, el carácter gratuito u oneroso y la fecha del acto demandado. Sin embargo, las pruebas que seleccionó carecen de conducencia y de pertinencia para ello. Al no tenerse además certeza sobre la fecha del título, mal puede el Despacho concluir que él hubiera sido celebrado durante el período de sospecha. Ni puede determinarse si el período de sospecha abarcó los 6, 18 o 24 meses anteriores al inicio de la reorganización, pues se desconoce la naturaleza del acto, de la cual depende el conteo de dicho término.

29. Otro tanto puede decirse de la demostración acerca de la ausencia de buena fe del tercero adquirente, esto es, Inversionistas Asociados El Barco SAS, de cuya situación nada puede recabarse de las pruebas decretadas ni de las pruebas pendientes por ser practicadas.

30. Como consecuencia de ello, el Despacho puede anticipar sin lugar a dudas que no están acreditados los elementos exigidos por los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 para el buen suceso de la acción revocatoria concursal, pues no solo no está acreditada la existencia, naturaleza, fecha, contenido ni el carácter gratuito u oneroso del acto demandado, ni está demostrado que el acto hubiera sido celebrado durante el período de sospecha, sino que además tampoco existe prueba idónea alguna para desvirtuar la buena fe del tercero adquirente de las marcas.

31. Al estar acreditada la falta de legitimación en la causa, no es del caso seguir adelante con el proceso, y así lo declarará este Despacho a través de sentencia anticipada.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda, por estar demostrada la falta de legitimación en la causa de la demandante.

Segundo. Ordenar el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda decretada mediante auto 802-007365 de 21 de mayo de 2014, y que aún no se había practicado.

Tercero. Ordenar a la Delegatura de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio que cancele las inscripciones de demanda que hubiere hecho sobre los registros marcarios indicados en el auto 802-007365 de 21 de mayo de 2014, que se expresan a continuación (...).

Para el efecto, bastará copia simple de la presente providencia, que hará los efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Cuarto. No condenar en costas a la demandante, por no haberse causado.

Quinto. Por Secretaría, remitir copia de la presente providencia al Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades, una vez se encuentre en firme, sin necesidad de oficio.

Sentencia 480-000066 de 10 de junio de 2015

Demandante Contraloría General de la República

Demandado MNV S. A. en liquidación judicial y otros

Asunto Legitimación en la causa – Los acreedores legitimados deben ser anteriores al acto demandado

Legitimación en la causa – Los acreedores legitimados no pueden ser contingentes

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demandante pretende reintegrar el patrimonio de las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., ambas en liquidación judicial, con los derechos que estas dispusieron en los negocios jurídicos de 8 de agosto de 2008 y 14 de mayo de 2009, celebrados entre quienes fueron vinculadas en el presente proceso como demandadas, según se relacionó en el capítulo de antecedentes de esta providencia.

La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrar los activos del mismo con bienes que le fueron extraídos en perjuicio de los acreedores. El efecto perseguido es incrementar la prenda general de los acreedores, y mitigar con ello una insuficiencia patrimonial que se ha hecho patente en el concurso.

Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

A continuación se analizará in extenso el alcance de estos elementos en el presente caso.

A. Sobre la legitimación en la causa. Las acciones revocatorias están establecidas para proteger a los acreedores anteriores al acto demandado.

16. La acción revocatoria es una medida reconstitutiva del patrimonio del deudor, que el ordenamiento establece en beneficio de los acreedores, con el ánimo de restablecer los activos del deudor y evitarles los perjuicios que les hubiera podido irrogar un acto de disposición de sus bienes. Pero dicha acción no está establecida en favor de cualquier acreedor, sino únicamente en favor de aquellos cuyos créditos fueren anteriores al acto demandado. La jurisprudencia nacional ha expresado, sobre la legitimación en la causa en la acción pauliana y, en general, frente a todas las especies de acción revocatoria, lo siguiente:

“Referente a la acción revocatoria por fraude al derecho de crédito, de antaño el criterio jurisprudencial tradicional restringe la legitimación en la causa para promoverla a «los acreedores», pero «no cualquier clase de acreedor, sino el que tenga un crédito preexistente... Por consiguiente, la relación jurídica entre acreedor y deudor debe existir cuando tiene nacimiento el acto cuya revocatoria se pretende» (Cas. Cív. Sentencia de 14 marzo de 1984, G. J. CLXXVI, p. 85 y ss.), o sea, solo «puede ser ejercida por los ‘acreedores anteriores al acto nocivo’ que produjo o que agravó la insolvencia del deudor, y respecto de los actos ‘reales y perfectos en sí mismos’.» (LXXXII, 226), por responder a una finalidad protectora del derecho de crédito dirigida a preservar la integridad de la garantía genérica otorgada al acreedor «sobre los bienes presentes y futuros del deudor, pero no sobre los bienes pasados, que ya habían salido del patrimonio del deudor antes de contraer la obligación u obligaciones así garantizadas» (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones, 2ª ed. Editorial Temis, Bogotá, 1978, p. 189), en cuyo caso, en esta opinión, la garantía patrimonial no se disminuye, deteriora o afecta al integrarse con los bienes presentes, actuales o futuros, y no con los anteriores”¹.

17. Así las cosas, es evidente que el acreedor que pretenda hacer uso de las acciones revocatorias debe ser titular, como mínimo, la titularidad de un de-

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de octubre de 2010, M. P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3101-003-2001-00855-01.

recho de crédito **anterior** al acto demandado. De lo contrario, carecerá de legitimación en la causa por activa, y sus pretensiones deberán ser desechadas por el juez que conozca del caso.

B. Sobre la legitimación en la causa. Las acciones revocatorias no están establecidas para proteger a los acreedores contingentes

18. Además de la preexistencia en el tiempo del crédito del demandante, la jurisprudencia nacional ha considerado que su derecho también debe ser cierto. En efecto, ha entendido que la finalidad de las acciones revocatorias, *“además de moralizadora y represiva del fraude al crédito, es la restauración del patrimonio deudor, con la persecución y recuperación de un bien que ya salió del mismo en orden a preservar la garantía general de sus acreedores (artículo 2488 del Código Civil) para devolverlo a las condiciones preexistentes a la celebración del acto fraudulento, como si nunca se hubiera celebrado, y mientras un derecho esté sujeto a cualquier contingencia, futura e incierta, ningún perjuicio podría experimentarse. Asimismo, como la acción procura la inoponibilidad del acto fraudulento y perjudicial hasta concurrencia del detrimento al acreedor conservando efectos en el exceso, es personal, subordinada y procede cuando se frustra la principal, solo el acreedor está legitimado para instaurarla, y por tanto, es quien tiene un título crediticio claro, cierto o consolidado.*

La doctrina mayoritaria afirma que la acción por fraude al crédito no es medida conservativa, tampoco ejecutiva y solo el perjuicio a un derecho crediticio indiscutible legitima su ejercicio, pues el ordenamiento la reserva al acreedor, es decir, presupone la calidad y titularidad cierta del crédito, no la simple expectativa, aún de derecho”² (subrayado fuera del texto).

19. En esta medida, para que el juez pueda acceder a la solicitud de revocatoria promovida por un acreedor del concursado, el derecho del demandante debe ser cierto, y no puede estar sujeto a eventualidades, contingencias, incertidumbres o litigios.

C. Los créditos de la Contraloría General de la República son posteriores al acto demandado

20. Descendiendo al caso concreto, encuentra el Despacho que en el presente caso la Contraloría General de la República carece de legitimación en la cau-

2 Ibidem.

sa por activa debido a que los derechos de crédito en los que fundamenta su solicitud son posteriores a los actos demandados. En efecto, para la época del “Acuerdo de Accionistas” de 8 de agosto de 2008 e incluso para el momento del negocio de 14 de mayo de 2009, los procesos de responsabilidad fiscal de los que podrían derivarse los créditos a favor de la Contraloría General de la República ni siquiera se habían iniciado.

21. En efecto, en informe aportado en radicación 2014-01-445968, a folios 999 y siguientes del cuaderno principal número 5, la Contraloría General de la Nación certificó que sus créditos contra las concursadas provienen de los siguientes procesos de responsabilidad fiscal:

“1. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD 000245 abierto mediante Auto 722 el 20 de octubre de 2010 por los incumplimientos en los siguientes contratos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: (i) contrato de obra n.º 025 -002-2006, (ii) Contrato de consultoría en interventoría n.º 026-037 de 2006 y (iii) Convenio interadministrativo n.º 026127 de 2004, por un valor inicial del daño de \$7.531.022.656.

2. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD 000246 abierto mediante Auto n.º 723 el 20 de octubre de 2010 por incumplimientos y anticipo dejado de amortizar en el Contrato del Instituto Nacional de Vías (Invías) n.º 102 de 2008, por un valor inicial del daño de \$940.357.677.

3. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD-000249 abierto mediante Auto n.º 726 el 21 de octubre de 2010 por incumplimientos y anticipo dejados de amortizar en el Contrato del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) n.º 051 de 2008, por un valor inicial del daño de \$3.764.213.920.

4. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD-000250 abierto mediante Auto n.º 729 el 22 de octubre de 2010 por incumplimientos y anticipo dejado de amortizar en el Contrato del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) n.º 047 de 2008, por un valor inicial del daño de \$2.354.992.560.

5. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD-000251 abierto mediante Auto n.º 730 el 22 de octubre de 2010 por incumplimientos y anticipo dejado de amortizar en el Contrato del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) n.º 1856 de 2008, por un valor inicial del daño de \$64.451.955.

6. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD-000252 abierto mediante Auto n.º 731 el 22 de octubre de 2010 por el valor del anticipo dejado de amortizar en el Contrato del

Instituto Nacional de Concesiones (INCO) n.º 2563 de 2005, por un valor inicial del daño de \$407.017.

7. Proceso de Responsabilidad Fiscal CD-000268 abierto mediante Auto n.º 840 el 23 de noviembre de 2010 por el valor de \$7.347.000.000 debido a los impactos en el cronograma de obra por retrasos el Contrato de Concesión n.º GG-040-2004 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Sociedad Autopista Bogotá-Girardot S. A.

8. Proceso de Responsabilidad Fiscal 6-010-09 fallado con responsabilidad fiscal por valor de \$8.924.803.482,05 debido al pago efectuado a obras ejecutadas sin tener en cuenta el PC para los años de los hechos investigados dentro del Contrato de Concesión n.º GG-040-2004, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Sociedad Autopista Bogotá-Girardot S. A.

Así mismo, mediante los siguientes autos se dio apertura a las investigaciones preliminares que a continuación se señalan, en aras de cuantificar los daños y determinar los responsables:

1. Indagación Preliminar CD 000254 abierta mediante Auto n.º 742 del 26 de octubre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) identificado con el n.º 980 de 2007, por un presunto daño patrimonial por valor de \$12.960.285.600.

2. Indagación Preliminar CD 000255 abierta mediante Auto n.º 743 de 26 de octubre de 2010 con ocasión del contrato del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) identificado con el n.º 207368 de 2007, por un presunto daño patrimonial por valor de \$3.603.268.010.

3. Indagación Preliminar CD 000266 abierta mediante Auto n.º 777 del 3 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Ministerio de Transporte identificado con el n.º 082 de 2007, por un daño patrimonial por estimar.

4. Indagación Preliminar CD 000258 abierta mediante Auto n.º 769 del 2 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) identificado con el n.º 043 de 2008, por un daño patrimonial por estimar.

5. Indagación Preliminar CD 000259 abierta mediante Auto n.º 770 del 2 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) identificado con el n.º 046 de 2008, por un daño patrimonial por estimar.

6. Indagación Preliminar CD 000263 abierta mediante Auto n.º 774 del 2 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) identificado con el n.º GG-040-2004, por un daño patrimonial por estimar.

7. *Indagación Preliminar CD 000260 abierta mediante Auto n.º 771 del 2 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Nacional de Vías (Invías) identificado con el n.º 082 de 2007, por un daño patrimonial por estimar,*

8. *Indagación Preliminar CD 000261 abierta mediante Auto n.º 772 del 2 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Nacional de Vías (Invías) identificado con el n.º 0679 de 2009, por un daño patrimonial por estimar.*

9. *Indagación Preliminar CD 000270 abierta mediante Auto n.º 850 del 26 de noviembre de 2010 con ocasión del contrato del Instituto Nacional de Vías (Invías) identificado con el n.º 1954 de 2005, por un daño patrimonial por estimar”.*

22. No es necesario mayor análisis para encontrar que todos y cada uno de los procesos mencionados principiaron entre octubre y noviembre de 2010, es decir, más de dos años después del negocio de 8 de agosto de 2008 y más de un año después del acuerdo de 14 de mayo de 2009. Y con la salvedad de uno de ellos, que para la fecha del mencionado informe ya había sido fallado, todos los demás seguían en curso. Así las cosas, no hay lugar a acceder a la revocatoria en virtud de esta circunstancia.

D. Los créditos de la Contraloría General de la República son contingentes

23. Sin perjuicio de los argumentos expuestos más arriba, que ya son suficientes para negar las pretensiones, el Despacho considera pertinente aclarar que tampoco hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda por cuanto la demandante no ostentaba la titularidad de créditos ciertos.

24. Examinado el expediente, se encuentra que en la etapa inicial del proceso la parte demandante recurrió el auto que inadmitió la demanda, y con radicación 2012-01-267337 de 24 de septiembre de 2012, acompañó diversas providencias en las que se le había reconocido como acreedor de varias sociedades del Grupo Nule. Entre las providencias citadas se cuentan los autos de calificación y graduación de créditos proferidos en los procesos de liquidación de las demandadas MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A. En síntesis, dicha información se puede presentar en el siguiente cuadro (...).

25. Sin extenderse en mayores consideraciones, es claro para el Despacho que los mencionados documentos no acreditan suficientemente que la de-

mandante fuese titular de créditos ciertos contra las concursadas MNV S. A. y GasKpital GR S. A., hoy ambas en liquidación judicial. De todas las providencias mencionadas se observa que los créditos de la Contraloría General de la República contra las distintas sociedades del Grupo Nule son litigiosos o contingentes, y dependen del hecho futuro e incierto de que los procesos de responsabilidad fiscal que se adelantan contra las distintas sociedades analizadas sean fallados. En el entretanto, no existe responsabilidad, ni obligación alguna en firme a cargo de las mencionadas compañías, especialmente si se tiene en cuenta que, según el artículo 29 de la Carta Política, no puede asumirse que exista responsabilidad mientras no exista una declaración en firme que así lo disponga.

26. Atendiendo lo anterior, y según lo explicado más arriba en esta misma sentencia, la demandante carece de legitimación para obrar en el presente proceso, pues no es titular de un crédito cierto a cargo de las concursadas.

E. Sobre la función de la Contraloría General de la República en defensa del patrimonio público

27. En sus alegatos de conclusión la demandante alegó que la actuación de la Contraloría General de la República se enmarcaba dentro de la misión de dicha entidad, de actuar en defensa del patrimonio público, en los siguientes términos: *“Con la interposición de esta acción nosotros como Contraloría General de la República encontramos que no solo estamos buscando proteger el patrimonio de los acreedores diferentes que depositaron su confianza en estas sociedades, sino adicionalmente la protección del patrimonio público que es la misión constitucional fundamental de mi representada Contraloría General de la República”* (audiencia de 17 de diciembre de 2014, a folio 1054 del cuaderno principal número 5, minuto 8:27).

28. Si bien el Despacho comparte la preocupación de la demandante por defender los recursos públicos, también observa que ello se debe hacer dentro de los estrictos y precisos límites de las competencias que el Constituyente y el legislador han atribuido a cada una de las entidades y servidores del Estado (artículo 6° de la Constitución Política de 1991).

29. Ahora, la defensa del patrimonio público es una misión que irradia toda la actividad del Estado, sin importar que esta sea administrativa, legislativa, jurisdiccional o de control. En el caso de la Contraloría General de la Repúbli-

ca, esta se expresa de distintas formas, entre otras, en el establecimiento de la responsabilidad fiscal, la imposición de sanciones y la promoción de acciones penales y disciplinarias, en los términos del artículo 268 de la Carta Política.

30. Sin embargo, las funciones constitucionales y legales de la Contraloría General de la República no pueden extenderse a cualquier actuación judicial. Las acciones revocatorias, tal como se dijo con anterioridad, no son acciones de defensa del patrimonio público, sino de protección a los acreedores del concurso. En otras palabras, **se trata de acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor, y de defensa de los derechos de los acreedores del concurso; no son acciones de protección del patrimonio público.**

31. La misión de las acciones revocatorias no es defender los bienes del Estado que hayan sufrido un menoscabo o un detrimento, sino el restablecimiento del patrimonio del deudor en concurso, que servirá de “prenda general” a los acreedores. Y si bien de la sentencia que ordene la revocatoria pueden beneficiarse diversas entidades públicas, ello solo ocurre cuando ellas hayan tenido la calidad de acreedoras anteriores y ciertas de la concursada.

32. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006, en efecto, establecen un régimen restrictivo, que limita la promoción de las acciones a los acreedores, al promotor o al liquidador de la concursada o al juez del concurso. Quienes no tengan las mencionadas calidades, carecen también de la legitimación en la causa para intentar las acciones revocatorias. No es relevante, para determinar la legitimación en la causa del demandante, si su misión constitucional o legal comprende, específicamente, la defensa del fisco.

33. No sobra advertir que las referidas normas del régimen de insolvencia empresarial son de orden público, de obligatorio cumplimiento, y no pueden ser derogadas, modificadas ni sustituidas por los funcionarios ni por los particulares, según lo dispuesto en el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil. Mal podría por tanto esta Superintendencia dar legitimación en este caso a quien de acuerdo con la ley carece de ella.

F. Imperatividad de las normas que establecen el período de sospecha

34. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 no estableció la acción revocatoria como una acción omnímoda, a través de la cual se pueda atacar cualquier

acto, independientemente de la época en que ocurra. Sus efectos son limitados en el tiempo, y se restringen a un período previo, que la ley considera directamente relacionado con la ocurrencia o con el agravamiento de la crisis. Así, las acciones revocatorias solo abarcan las operaciones realizadas dentro de los 6, 18 o 24 meses anteriores al inicio del proceso concursal, según se trate de reformas estatutarias, actos a título oneroso o actos a título gratuito, respectivamente.

35. En la medida en que dichos términos fueron dispuestos en una norma de orden público, representan un límite inquebrantable para el alcance de estas acciones. Los actos que se ubiquen por fuera de este plazo no pueden ser reversados por vía de la acción revocatoria; estos actos escapan a las posibilidades de cualquier juez del concurso que conozca de este tipo de actuaciones. Sostener lo contrario sería tanto como decir que un juez pueda derogar, modificar o sustituir una disposición imperativa, en contravía de lo dispuesto en el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil.

G. Alternativas a las acciones revocatorias concursales para los actos que no se encuentran en el período de sospecha

36. Por supuesto, existen actos y negocios del deudor que, si bien se pueden encontrar por fuera del período de sospecha, pudieron haber ocasionado o agravado la crisis del deudor. Para estos casos, el legislador no ha previsto las acciones revocatorias concursales, sino otra especie de vías judiciales, en las que puede formular, dependiendo del caso, pretensiones reintegradoras o reparadoras.

37. Así, por ejemplo, cualquier acreedor perjudicado puede demandar dichas operaciones a través de la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil, siempre y cuando aún no haya vencido el término previsto en el inciso final de dicha disposición. También puede acudir a la acción ordinaria de simulación ante los jueces ordinarios, cuando con la operación dañina se haya ocultado la verdadera situación patrimonial del deudor, o a la acción oblicua, en los casos en que el daño sea producido por la indebida o deficiente ejecución de un derecho por parte del concursado; una y otra acciones se sujetan al mismo término de prescripción de diez años prevista para la acción ordinaria (artículo 2536 del Código Civil).

38. Del mismo modo, a solicitud de interesado, hay otros procesos paralelos a la insolvencia que pueden ser conocidos por el juez del concurso, así se fundamenten en actuaciones que excedan el período de sospecha. Por ejemplo, a solicitud de cualquier interesado en el concurso, se puede solicitar la declaratoria de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante, cuando por causa o con ocasión de sus actuaciones se produjo la insolvencia del deudor (artículo 61 de la Ley 1116 de 2006); o la declaratoria de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales o empleados de la compañía que dolosa o culposamente hayan celebrado actos nocivos para el concursado y con ellos hayan generado o incrementado su insolvencia (artículo 82 ibídem). Para la primera de estas acciones se cuenta con un término de caducidad de 4 años; para la segunda, opera el término de prescripción de que trata el citado artículo 2536 del Código Civil.

H. Análisis del caso concreto. El acto demandado se celebró por fuera del período de sospecha

39. Sin perjuicio de las consideraciones hechas con anterioridad sobre la falta de legitimación en la causa de la demandante, este Despacho considera útil analizar si el acto demandado se enmarca dentro del período de sospecha previsto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

40. En el presente caso, los autos 400-016091 y 400-016093 de 7 de septiembre de 2010, decretaron la apertura de la liquidación judicial de Gas Kpital GR S. A. y MNV S. A. El período de sospecha de ambas sociedades para los actos a título oneroso estaba comprendido dentro de los 18 meses anteriores a la notificación de dichas providencias, abarcando los meses de marzo de 2009 a septiembre de 2010.

41. Ahora, para determinar si el acto demandado se enmarcó en la pretensión primera de la demanda, solicita la revocatoria del “acto de 8 de agosto de 2008, modificado el 14 de mayo de 2009”, donde se realizaron las operaciones descritas en el respectivo capítulo de hechos (folio 94 del cuaderno principal número 1). La mención de las dos fechas merece algunas consideraciones adicionales.

42. Al momento de fijar los hechos y las pretensiones de la demanda, en la audiencia de que trata el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, el

apoderado de la demandante expresó al respecto: *“nosotros pedimos la revocatoria del acto suscrito el 8 de agosto de 2008. ¿Qué pasa? El 14 de mayo de 2009 se suscribió un nuevo acuerdo que modificaba sustancialmente en el sentido de revocar el acuerdo del 2008. El acuerdo del 2009 claramente hace parte, es accesorio del acuerdo del 8 de agosto de 2008, si no estuviera presente el acuerdo de 8 de agosto de 2008 no tendría sentido suscribir una modificación el 14 de mayo del 2009. En este orden de ideas y como quiera que este acuerdo tuvo un tratamiento –no fue de ejecución instantánea y única–, sino que también tuvo unas modificaciones muy importantes en el 2009, así se estructurarían los 18 meses del período de sospecha del que habla la Ley 1116 del 2000 (sic) habida cuenta que la liquidación tanto de MNV como de Aguas Kapital (sic) fue decretada el 7 de septiembre de 2010”* (folio 990 del cuaderno principal número 5, minuto 13:40). Más adelante en la misma audiencia expresó la parte demandante *“no estamos hablando de dos acuerdos diferentes. En dos declaraciones de voluntad se hizo un negocio jurídico, tuvo unas modificaciones y terminó con mutuo disenso de 2009, no quiero decir ‘revóqueme este acto’, que si bien inició el 8 de agosto de 2008 terminó el 14 de mayo de 2009 con el mutuo disenso. No son dos cosas diferentes, es un solo negocio jurídico, no podemos separarlo, si yo me pongo a controvertir un negocio sin el otro, quedaría como muy sabiamente lo dice el doctor Torrado, quedaría vigente la otra parte del acuerdo, no podemos tomarlo como un todo separado”* (ibídem, minuto 17:57).

43. En suma, la demandante considera que entre los meses de agosto de 2008 y mayo de 2009 se realizó una única operación, de manera continuada; como consecuencia de dicho entendimiento, estima que la etapa final de dicha operación se enmarcó dentro de los 18 meses anteriores al inicio de la liquidación judicial de las compañías concursadas, y por tanto, es susceptible de ser revocado.

44. La demandante parte del supuesto según el cual el acuerdo abarca un período de tiempo que va desde su constitución hasta su terminación por mutuo disenso. En ello, sin embargo, incurre en una gran impropiedad, pues confunde los contratos con las obligaciones que de ellos se derivan o que con ellos se extinguen. Una cosa son los acuerdos celebrados entre las partes el 8 de agosto de 2008 y el 14 de mayo de 2009; otra cosa bien distinta son las obligaciones que nacieron para ellas del primero de los acuerdos, y que se extinguieron con el segundo.

45. Es cierto que el 8 de agosto de 2008 las partes acordaron realizar aportes a una sociedad comercial, con el fin de realizar una serie de operaciones co-

merciales derivadas de ello, y acordaron respaldar dichas operaciones con algunos bienes de propiedad de MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A. Si bien dichas obligaciones subsistieron en el tiempo hasta el 14 de mayo de 2009, día en que se extinguieron por mutuo disenso expreso, ello no quiere decir que el contrato del cual se derivaron se haya realizado en esta última fecha. Ello es tanto como confundir la obligación con el contrato, o sea, confundir el efecto con su fuente.

46. Ahora, el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 no considera revocables las obligaciones que hubieren estado vigentes durante el período de sospecha; lo que son revocables son los negocios que les dieron origen, que las modificaron, o que las cancelaron: a eso se refieren las formas de *“extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato”*; los *“actos a título gratuito”*; o las reformas estatutarias que *“disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores, o modifiquen el régimen de responsabilidad de los asociados”*.

47. En esta medida, y para efectos de determinar si el acto demandado ocurrió durante el período de sospecha, la fecha del acto no puede abarcar todo el período durante el cual subsistieron las obligaciones que de él se derivaron, como lo hace el demandante; por el contrario, debe tomarse en cuenta exclusivamente la fecha de la celebración del negocio jurídico del cual surgieron dichas obligaciones.

48. Así las cosas, el demandante solo podría pretender válidamente la revocatoria del acuerdo celebrado el 8 de agosto de 2008, si el período de sospecha hubiese abarcado ese día, sin importar hasta cuándo hubiesen subsistido las obligaciones derivadas de dicho negocio. Pero está probado que el período de sospecha solo cobijó las operaciones realizadas entre marzo de 2009 y septiembre de 2010. En consecuencia, es forzoso concluir que el acto demandado está por fuera de dicho período, no puede ser controvertible en esta instancia, y no es posible que la demanda prospere en este sentido.

I. Sobre el acuerdo de 14 de mayo de 2009.

49. Finalmente, y frente al negocio de 14 de mayo de 2009, que sí ocurrió en el período de sospecha, deben hacerse tres consideraciones adicionales por el Despacho.

50. En primer lugar, el mencionado acto fue demandado como modificación del acuerdo de 8 de agosto de 2008, y con la finalidad de extender los efectos de este hasta un momento que estuviese cobijado por el período de sospecha. Sin embargo, el objeto de dicha convención no era modificar la que le antecedió, sino extinguirla.

51. En segundo lugar, la revocatoria del negocio de 14 de mayo de 2009 sería poco más que un sinsentido. A lo largo de la demanda, sus correcciones, alegatos e intervenciones varias de la demandante se observa una crítica constante a los efectos que el convenio de 2008. Si se revocase el acuerdo de 2009 que lo extinguió, el efecto de dicha revocatoria sería revivir el acto de 2008 que, según se expresó, no podría deshacerse por estar por fuera del período de sospecha. Sería absurdo que el despacho interpretase la demanda en este sentido, y llevase a revivir el negocio al que se oponía la demandante en primer término.

52. Finalmente, no obra en el expediente argumento ni prueba alguna que permita inferir que del mutuo disenso se hayan derivado daños a las concursadas ni a sus acreedores. Se recuerda al respecto que la carga de la prueba de estas circunstancias corresponde a quien las alega (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil); en este caso, al demandante, quien no la ejerció.

53. Así las cosas, tampoco pueden prosperar las pretensiones de la demanda en este aspecto.

J. Sobre los demás elementos de la acción revocatoria

54. En la medida en que la demandante carece de legitimación en la causa por activa y el acto demandado fue realizado por fuera del período de sospecha, no considera necesario este Despacho analizar si se causó daño a los acreedores y si las sociedades demandadas Vergel & Castellanos S. A., Oilequip S. A. y Arqcviles S. A. actuaron de buena fe.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar probadas las excepciones de mérito de “no cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción revocatoria”, propuesta por las

demandadas MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., ambas en liquidación judicial, y de *“inexistencia de alguna de las causales contenidas en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 para la procedencia de la acción revocatoria”, “ausencia del cumplimiento de la totalidad de los requisitos para la procedencia de la acción”*, propuestas por las demandadas Vergel y Castellanos S. A., Oilequip SAS y Arqviles SAS.

Segundo. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Condenar en costas a la demandante. Líquidense por Secretaría una vez en firme la presente sentencia.

Cuarto. Remítase copia de la presente providencia al Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades para los fines pertinentes.

Sentencia 480-000069 de 17 de junio de 2015

Demandante	Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. en liquidación judicial
Demandado	Vergel & Castellanos S. A. y otros
Asunto	Daño. Por pagos que se hicieron sin atender al orden de prelación de créditos Buena Fe. Prueba cuando las partes del acto demandado han tenido negocios en común. Prueba cuando el estado de insolvencia del deudor es de conocimiento público Acción revocatoria. Efectos frente a las partes y frente a terceros

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Las demandantes pretenden reintegrar el patrimonio de las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., ambas en liquidación judicial, con los derechos de participación que ambas compañías tenían en Kapital Energy S. A., y que fueron transferidos a las sociedades Vergel & Castellanos S. A., Arqviles S. A. y Oilequip SAS en virtud de una opción de compra pactada el 23 de diciembre de 2009 y ejercida el 7 de febrero de 2010.
2. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrar los activos del mismo con bienes que le fueron extraídos en perjuicio de los acreedores. El efecto perseguido es incrementar la prenda general de los acreedores, y mitigar con ello una insuficiencia patrimonial que se ha hecho patente en el concurso.
3. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo;

y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

A. Análisis de los elementos de la acción revocatoria

4. En el caso que ocupa la atención del Despacho, se encuentran acreditados los distintos elementos que dan lugar a la revocatoria, a saber:

i) *Legitimación en la causa.* La acción fue iniciada por el liquidador de las sociedades concursadas, quien se encuentra legitimado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006.

ii) *Oportunidad de la acción.* La demanda que dio inicio al presente proceso fue interpuesta en el 4 de mayo de 2011, con anterioridad a la expedición del auto de calificación y graduación de créditos dentro del proceso de liquidación judicial de la concursada. En consecuencia, no había operado el término de caducidad previsto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 y la demanda se considera iniciada en tiempo.

iii) *Daño a los acreedores.* Sobre este punto, el Despacho se pronunciará de manera más extensa en el capítulo siguiente.

iv) *Período de sospecha.* Los negocios demandados datan de 23 de diciembre de 2009 y de 7 de febrero de 2010, fechas en las que, respectivamente, se pactó y se ejerció la opción de compra sobre las acciones de Kapital Energy que eran de propiedad de las concursadas; por su parte, la liquidación judicial se inició el 7 de septiembre de 2010 para MNV S. A. y el 13 del mismo mes y año para Gas Kpital GR S. A. En consecuencia, el acto se ubica dentro del período de sospecha, independientemente de la naturaleza gratuita u onerosa del acto.

v) *Sobre la buena fe del tercero.* Sobre este último requisito de procedencia de la acción revocatoria también se tratará más adelante, por existir algunas consideraciones de naturaleza probatoria que ameritan un análisis más detenido.

5. Para efectos de decidir sobre el fondo del presente proceso, el Despacho se detendrá para analizar, con mayor detalle, si las operaciones demandadas causaron un daño a los acreedores de las concursadas y si las demandadas actuaron de buena fe.

B. Análisis del daño a los acreedores del concurso

6. En lo que tiene que ver con el daño a los acreedores, este Despacho debe analizar varios aspectos del negocio demandado.

En primer término, debe verificarse la suficiencia o insuficiencia de los activos de la concursada para respaldar las obligaciones a su cargo. No puede haber daño a los acreedores del concurso si los activos involucrados en el proceso concursal son suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a cargo de la deudora; en esto consiste, precisamente, la insolvencia que es el contexto para el cual fueron diseñadas las acciones revocatorias concursales.

En segundo lugar, el acto demandado debe haber tenido un impacto en el patrimonio de la deudora, pues debe haber ocasionado la situación de insolvencia, o debe al menos haberla agravado. Ello puede ocurrir de varias maneras, ambas comprendidas en el primer inciso del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006. Una de ellas se da cuando el acto revocable redujo el total de los activos disponibles, e incrementó la insuficiencia patrimonial; por ejemplo, cuando el deudor transfiere bienes a título gratuito y disminuye con ello la prenda general de sus acreedores. La otra forma ocurre cuando a través del acto revocable se trastoca, en la práctica, el orden legal de prelación de créditos; por ejemplo, cuando se pagan anticipadamente obligaciones de cuarta clase, sin que queden activos suficientes para pagar a los acreedores de mejor derecho (como los acreedores de primera a tercera clase) o para atender en condiciones de igualdad a los demás acreedores de su misma clase.

7. En el presente caso, observa el Despacho que ambas concursadas, MNV S. A. en liquidación judicial y Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial, se encuentran en un evidente estado de insolvencia, y los balances de las dos compañías dan muestras de un protuberante desequilibrio entre las obligaciones a su cargo y los bienes que las respaldan es mucho más que evidente.

En los balances de las concursadas presentados por el liquidador de las compañías con corte a diciembre 31 de 2010, y allegados con la demanda, se revela una notable insuficiencia de los activos de ambas compañías para satisfacer los pasivos de las mismas. Para entonces, los pasivos de MNV S. A. en liquidación judicial ascendían a la suma de \$593.517'900.513,00 mientras que los activos tan solo alcanzaban los \$52.232'004.916,00 (folio 99 del

cuaderno principal número 1). Con el mismo corte, Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial registraba deudas por \$313.730'844.857,00 y bienes por \$22.787'437.461,00 (folio 224 ibídem).

8. Mas no basta con que se evidencie la insuficiencia patrimonial para que el acto sea, per se, revocable. Es necesario verificar además si el acto impactó negativamente el patrimonio de la deudora, es decir, si causó o contribuyó a esa situación de desequilibrio patrimonial. Ello ocurre, entre otros supuestos, cuando el acto revocable fue un negocio a título gratuito, del cual solo reportó utilidad el tercero; o si se trató de un acto a título oneroso que no cumplió con un mínimo de conmutatividad o que trastocó el orden legal de prelación de créditos, según lo expresa el mismo artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

9. En el asunto que ocupa la atención del Despacho, el daño a los acreedores del concurso está acreditado. La operación demandada tuvo como efecto trastocar el orden de prelación legal de créditos y pagar de manera anticipada obligaciones a favor de Vergel & Castellanos S. A., Arqviles S. A. y Oilequip SAS, existiendo obligaciones pendientes a favor de acreedores de primera clase.

10. En el testimonio del ex representante legal de MNV S. A. Luis Rafael Monterrosa Ricardo, se dijo de las acciones de Kapital Energy S. A. que eran *“uno de los activos más importantes que tenía la empresa, y con el tema pues de la liquidación es lo único que tenía un valor o que tenía más valor para poder pagar las acreencias”*¹.

11. Dicho valor era evidente para la compañía, y se refleja en el precio mismo de la compra que se fijó en el convenio de accionistas de 23 de diciembre de 2009, que llegaba a los ciento treinta mil millones de pesos (\$130.000'000.000,00)².

12. Pero más allá de la simple transferencia de un activo valioso, el daño a los acreedores está representado en que con dicha operación se trastocó la prelación de créditos, y se solventaron obligaciones sin haber previamente satisfecho obligaciones privilegiadas que se encontraban pendientes de pago.

1 Folio 1408 del cuaderno principal número 6, archivo “Acta MNV y otra-V&C-otros-Testim-19-10-011.mp3”, marca 0:25:15.

2 Folio 14 retro del cuaderno principal número 1.

13. En efecto, en lo relacionado con la forma de pago del precio de las acciones por parte del grupo Vergel & Castellanos, tal como quedó pactado en el convenio de accionistas de 23 de diciembre de 2009, se observan las siguientes condiciones:

“Segunda. Objeto del convenio:

Por medio del presente convenio, las partes acuerdan y se comprometen a:

2.1. *Que el Grupo V&C efectuará un préstamo de dinero al Grupo Nule, por una suma de diecisiete mil seiscientos ochenta y cinco millones ochocientos cinco mil pesos (\$ 17.685.805.000,00), moneda legal colombiana, para lo cual se suscribirá el correspondiente contrato de mutuo con interés, en la forma, términos y condiciones que aparecen, de manera totalmente autónoma e independiente, en el documento que será suscrito entre las partes, sin perjuicio de que ellas acuerden una cuantía superior.*

2.2. *Así mismo, el Grupo V&C cederá a favor del Grupo Nule, un crédito, por valor de siete mil trescientos catorce millones ciento noventa y cinco mil cien pesos (\$ 7.314.195.100,00), moneda legal colombiana, a cargo de Túneles de Colombia, S. A., representado en un título consistente en la Factura de Venta n.º 0343, expedida por el Consorcio Vergel & Castellanos, para lo cual también se suscribirá el correspondiente contrato, en la forma, términos y condiciones que aparecen, de manera totalmente autónoma e independiente, en el documento que será suscrito entre las partes. En todo caso, este valor tendrá la calidad de préstamo del Grupo V&C al Grupo Nule, si, y solo si, cuando (sic) la sociedad Túneles de Colombia, S. A. desembolse la totalidad de la suma antes mencionada al Grupo Nule, como pago de la citada factura. En caso contrario, es decir, si la sociedad Túneles de Colombia, S. A., no paga el valor de la factura al Grupo Nule, el Grupo Nule no deberá al Grupo V&C esta suma. (...)*

Parágrafo 1: El precio total de la compra se pagará con el dinero recibida del crédito, previa deducción de los valores que el Grupo Nule esté debiendo al Grupo V&C, por los conceptos a que se refieren los numerales 2.1 y 2.2 (...).

Parágrafo 7. Si el Grupo V&C optare por ejercer la opción prevista en el literal b), es decir, la de comprar al Grupo Nule el cien por ciento (100%) de su participación accionaria en la sociedad Kapital Energy, S. A., por el precio, y demás condiciones a que se refiere este convenio, las partes aceptan que el comprador pueda acudir a la siguiente modalidad de pago: a) Que se tomen los veinticinco mil millones de pesos

(\$25.000.000.000,00), otorgados al Grupo Nule, como mutuo y como cesión de créditos, como abono al precio de compra; b) Que el Grupo V&C pueda subrogarse en las siguientes obligaciones, actualmente a cargo del Grupo Nule: (i) con Proyectar Valores, S. A., la suma de quince mil millones de pesos (\$15.000.000.000,00), obligación que se identifica con el Pagaré n.º 001, descontado del fondo de capital privado 'Equity 2', a través de Proyectar Factoring; (ii) Con Serfinanzas, S. A., la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000,00), con número de crédito 48567/0; (iii) con Enertolima, S. A., ESP, la suma de novecientos millones de pesos (\$900.000.000,00); y, (iv) Con el Banco de Bogotá, por la suma de diez mil ciento sesenta y ocho millones de pesos (\$10.168.000.000,00), obligación identificada con el n.º 76901238086, los cuales solo podrán ser descontados del precio en el evento en que el Grupo V&C se haya subrogado real y legalmente en esas obligaciones. Así mismo, las partes aceptan que el comprador pueda pagar parte del precio de compra de la totalidad de las acciones de Kapital Energy, S. A., mediante la cesión de la participación accionaria que el Grupo V&C tiene en la sociedad mercantil denominada Aguas Kpital Cúcuta, S. A., E. S. P., para lo cual estiman dichas acciones en un valor de treinta mil millones pesos (\$30.000.000.000,00). El saldo del precio de compra sería pagado por el Grupo V&C inmediatamente, con el crédito otorgado, conforme a lo establecido en el Parágrafo 1 de este numeral, si, después de imputar el valor del crédito otorgado, quedare algún remanente del precio por pagar³.

14. De la lectura de la mencionada cláusula es claro que la transferencia de las acciones de Kapital Energy S. A. llevaría a prepagar una serie de obligaciones, a favor de distintas personas jurídicas, tal como se indica, de manera esquemática, a continuación (...).

15. Lo anterior se evidencia también del documento de 7 de febrero de 2010 en el que consta el ejercicio de la opción de compra de las acciones de Kapital Energy S. A., donde los representantes legales de las sociedades del Grupo V&C transcribieron los mismos contenidos⁴.

16. De lo anterior resulta que, de acuerdo con los términos del contrato, por lo menos \$ 54.068.000.100,00 del valor de las acciones fue utilizado para satisfacer obligaciones de las sociedades del grupo Nule. Operación que, no sobre la advertencia, se hizo afectando el orden de prelación legal de créditos, en contravía de lo prescrito en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

3 Folios 14-15 del cuaderno principal número 1.

4 Folio 540 del cuaderno principal número 3.

17. Además de los pagos mencionados expresamente en el convenio de accionistas de 23 de diciembre de 2009 y en el ejercicio de la opción de compra de acciones de 7 de febrero de 2010, las sociedades demandadas pagaron otra parte del precio a través de la subrogación en otras obligaciones a cargo de las compañías del Grupo Nule, como las que constan, entre otros, en los siguientes documentos: (i) el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago y contratos accesorios celebrado entre Vergel & Castellanos S. A. y Fiduciaria Colpatria S. A. el 30 de junio de 2010⁵, al que luego se añadieron otras obligaciones en el otrosí número 2 a dicho contrato⁶; (ii) la subrogación en los créditos del Consorcio Redes Cúcuta que consta en documento suscrito con Aguas Kpital Cúcuta S. A. el 30 de junio de 2010⁷; (iii) la subrogación en los créditos del Consorcio Redes Cúcuta que consta en documento suscrito con Credifactor S. A. el 16 de agosto de 2010⁸; (iv) la subrogación en los créditos del Consorcio Redes Cúcuta que consta en documento suscrito por el representante legal de Agua de los Patios S. A. ESP el 14 de octubre de 2010; (v) el contrato de compraventa de cartera celebrado con Heritage Investments Global Ltd. el 1 de septiembre de 2010; (vi) el contrato de crédito celebrado con Rosebud International Holdings Ltd. el 1° de septiembre de 2010.

18. No sobra reiterar que la mencionada situación es admitida por las mismas demandadas en su escrito de contestación de la demanda, donde al contestar el hecho undécimo (*“Las demandadas no pagaron la totalidad del precio”*), contestaron que *“el pago se hizo, de un lado, mediante la transferencia de una cantidad específica de dinero; y de otro, mediante subrogación”*. Si bien estas declaraciones no tienen carácter de confesión, pues el apoderado de las demandadas carece de este tipo de facultad expresa⁹, ella es consistente con la totalidad del acervo probatorio y, especialmente, con los documentos aportados por las mismas demandadas con su contestación de demanda.

19. Por su parte, las únicas sumas que del acervo probatorio aparecen como giradas directamente a alguna de las compañías del grupo Nule, fueron los

5 Folio 584 del cuaderno principal número 3.

6 Folio 602 del cuaderno principal número 3.

7 Folio 724 del cuaderno principal número 3.

8 Folio 726 del cuaderno principal número 3.

Folio 729 del cuaderno principal número 3.

9 Ver poderes a folios 426, 427 y 428 del cuaderno principal número 3.

dieciocho mil millones de pesos desembolsados a finales de diciembre de 2009, a los que se refiere tanto Alfonso Vergel en su declaración de parte¹⁰ como Elba Stella Barrera en su testimonio¹¹. Sin embargo, advierte el Despacho que dicha suma no fue pagada a título de precio, sino que correspondió al desembolso de los valores otorgados en virtud del mutuo pactado entre demandantes y demandadas en el convenio de accionistas de 23 de diciembre de 2009.

20. La mencionada situación es reprochable en la medida en que, de acuerdo con diversas decisiones de la Superintendencia de Sociedades han determinado la precaria situación financiera de las compañías concursadas. De la prueba documental proveniente de la liquidación judicial de las compañías MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A. se encuentra que la primera tenía a su cargo pasivos por \$252.000'255.158,00 y activos por \$2.980'926.479,57; mientras que la segunda tenía deudas por \$202.978'958.638,00 y bienes por \$1.859'607.669,00. Entre las obligaciones reportadas aparece un número considerable de obligaciones de primera clase, como laborales, de seguridad social y fiscales, que eran anteriores a las operaciones demandadas y que fueron postergadas por efecto de la subrogación hecha a cambio de la transferencia de las acciones de ambas compañías en Kapital Energy S. A.

21. De lo anterior, es evidente para el Despacho la presencia de un daño a los acreedores del concurso, que se refleja en él una inobservancia de la prelación legal de créditos, y en el pago anticipado de obligaciones no privilegiadas en desmedro de otras que constitucional y legalmente debían ser atendidas con anterioridad.

C. Análisis de la buena fe en las actuaciones de la demandada

i) Contenido, alcances y funciones de la buena fe

22. La buena fe es uno de los principios generales del derecho privado, que irradia todos los aspectos relacionados con el ejercicio de los derechos subjetivos, el cumplimiento de las obligaciones y la conducta de los particulares en el tráfico social. Se trata de un pilar de nuestro sistema, en el que se basa la

10 Folio 817 del cuaderno principal número 4, marca 1:38:33.

11 Folio 1408 del cuaderno principal número 6, archivo "Acta MNV y otra-V&C-otros-Testim-19-10-011.mp3", marca 1:42:00.

protección que nuestro ordenamiento jurídico da a todos los actos y negocios jurídicos; como tal, cumple distintas funciones en todas las etapas y proyecciones de los negocios privados.

23. Durante la vida de los actos y negocios jurídicos, la buena fe cumple con tres roles fundamentales: una función *integradora* de las obligaciones derivadas de los contratos; una función *limitadora* de las conductas de las partes, y de exclusión de las conductas de mala fe; y una función de *lealtad y corrección*, que da sentido a la actuación de las partes, no solo en interés propio, sino también de las finalidades del contrato y de su contraparte. En otros términos, pueden resumirse las tres funciones mencionadas expresando que la buena fe obliga, prohíbe y orienta a las partes de los negocios.

24. La buena fe, en su función integradora, impone obligaciones a las partes de un negocio. Ello implica que, según disponen los artículos 1603 del Código Civil, 663 y 871 del Código de Comercio, las partes de los contratos no solo están obligadas a lo que expresamente se comprometieron, sino a todo lo que se deriva de la ley y de la naturaleza del negocio. Así, por ejemplo, en desarrollo de la buena fe, las partes del contrato deben cumplir con todas las obligaciones que les impone la ley, como elementos naturales del negocio, o en virtud de consideraciones relacionadas con la naturaleza de las partes, como su carácter profesional (como ocurre con las entidades del sector financiero)¹², o el vínculo de parentesco, control, grupo empresarial, o colaboración contractual entre las partes del negocio.

25. La buena fe, en su función limitadora, establece prohibiciones a las partes de un negocio; entre otras, la de obtener beneficios de los errores propios, o contradecir sus propias conductas anteriores. Estas prohibiciones han sido plasmadas en principios generales del derecho que hoy en día tienen un carácter indiscutible, como el que prohíbe a la parte alegar su propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)¹³, o la llamada “*doctrina de los ac-*

12 Al respecto, este Despacho se remite a la sentencia 480-000056 de 20 de mayo de 2015, proferida en la acción revocatoria promovida por el liquidador de MNV S. A. En liquidación judicial contra Miguel Nule Velilla y Banco de Occidente S. A.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de junio de 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, G. J. LXXXVIII, p. 232.

tos propios”, que prohíbe contrariar en el proceso una conducta anterior jurídicamente relevante (*venire contra factum proprium non valet*)¹⁴.

26. Finalmente, la buena fe tiene una función de lealtad y corrección. El negocio se concibe como un acto de colaboración entre las partes, que no puede interpretarse exclusivamente en función de los intereses de una de ellas, sino de ambas. Así, las partes del negocio no deben limitarse a cumplir formalmente con lo dispuesto en el contrato, sino que al hacerlo deben velar porque efectivamente se realice la finalidad que todos los contratantes buscaban con él.

ii) Proyecciones de la buena fe en las acciones revocatorias concursales

27. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone la revocatoria de los actos de disposición de activos a título oneroso que hubiere celebrado el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la entrada en concurso “*cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe*”. La buena fe que se predica del tercero debe tomarse, no como un principio vacío y carente de significado concreto, sino necesariamente en función del significado, alcances y funciones de la buena fe de los que se acaba de tratar. En efecto, en el ámbito de las acciones revocatorias, las distintas funciones de la buena fe adquieren proyecciones especiales, que deben ser analizadas por el juez del concurso para valorar, con base en ellas, la actividad del tercero involucrado en el acto oneroso que se demanda.

28. De acuerdo con la primera de las funciones de la buena fe, la *integradora*, para que el tercero adquirente pueda alegar válidamente su buena fe, debe haber cumplido con los deberes que esta le impone¹⁵. Solo puede protegerse la buena fe del tercero si este cumplió con sus deberes de buena fe y de dichos deberes no era posible conocer el mal estado de los negocios de su contraparte. Entre los mencionados deberes se encuentran algunos muy importantes, relacionados con la *información* que deben suministrar las partes

14 Díez-Picazo, Luis. La doctrina de los propios actos, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, pág. 193. De La Puente y Lavalle, Manuel. “La doctrina de los actos propios”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; y Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. “La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos”, en *Estudios de derecho privado*, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 276 y ss.

15 Ver por ejemplo Carlos Eduardo Manrique Nieto, “La moderna concepción de la buena fe objetiva como interpretación universal para los contratos”. En *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, junio de 2007, Bogotá, Universidad de los Andes, págs. 37 y ss.; Arturo Solarte Rodríguez, la buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En *Universitas*, n.º 108, diciembre 2004. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 281 y ss.

antes de la celebración del contrato y durante su ejecución; con la *investigación* que deben efectuar sobre algunas condiciones del negocio de quienes lo ejecutan¹⁶; con la *claridad* con la que plantean sus propuestas y plasman el contenido del negocio; de *exactitud* en la negociación y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato; de reserva o secreto en la información sujeta a cierto grado de confidencialidad; de *seguridad* o custodia sobre los bienes y derechos materia de negociación, entrega o gestión como consecuencia del negocio; de *consejo*, para advertir las posibles circunstancias que puedan interesar al negocio o a su contraparte; y de *fidelidad o lealtad* con los intereses propios, con los del representado o con los de la contraparte, para la consecución de sus fines propios y del interés del negocio celebrado. En el ámbito de las acciones revocatorias, se considera que no actúa de buena fe el tercero que adquiere bienes a título oneroso en infracción de alguno de sus deberes de conducta.

29. De acuerdo con la segunda de las funciones, la *limitadora*, para que el tercero adquirente pueda alegar válidamente su buena fe, no debe haber violado ninguna de las prohibiciones que le impone el ordenamiento. En especial, no puede contradecir su propia conducta anterior, ni puede alegar su propia torpeza a su favor.

30. En cuanto a la tercera de las funciones, la de *lealtad y corrección*, los actos del tercero adquirente deben tener en cuenta los intereses de su contraparte, que en la cercanía del concurso se confunden también con los intereses de sus acreedores. Una persona que tiene conocimiento de la existencia de dificultades en el pago de las obligaciones de su contraparte, y a pesar de ello contrata, podría no cumplir con la lealtad y corrección que supone la buena fe.

iii) La buena fe exigida del tercero en las acciones revocatorias es la buena fe objetiva, buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos

31. Es un tópico, al hablar de la buena fe, referirse a sus dos perfiles: subjetivo (buena fe simple) y objetivo (buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos).

16 Sobre la proyección de este deber de buena fe, nos remitimos a la reciente sentencia 480-000056, proferida por esta entidad el 20 de mayo de 2015, en el proceso de Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. En liquidación judicial contra Miguel Eduardo Nule Velilla y Banco de Occidente S. A. (radicación 2012-802-009).

Por un lado, la buena fe es entendida en sentido subjetivo, como conciencia de haber actuado conforme a derecho; en esta medida, se protege a quien confía en la regularidad de sus propios actos, sin exigir mayores pruebas. Por el otro, es tomada en sentido objetivo, como actuación de quien ejecutó diligentemente sus deberes, independientemente de su convicción interna; en esta medida, protege los derechos de quien se aseguró de no interferir con derechos ajenos, y actuó con lealtad y corrección con su contraparte y con terceros. Para efectos del caso concreto, este Despacho considera pertinente remitirse a lo expresado por la jurisprudencia nacional:

“La buena fe simple es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fe simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como ‘la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio’.

Los efectos de esta buena fe consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fe obtiene un derecho, no protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fe ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho.

(...)

La buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fe simple acabada de examinar.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe”¹⁷.

32. Ahora, cuando el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 establece una excepción a la revocatoria de los actos a título oneroso “cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe”, dispone una forma de proteger a un tercero y de consolidar a su favor un derecho de

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de junio de 1958, M. P. Arturo Valencia Zea, G. J. LXXXVIII, pp. 234.

propiedad. En estos casos, el tercero que alega su buena fe, busca que con fundamento en ella se proteja o se consoliden una serie de derechos a favor suyo. En otras palabras: el tercero adquirente que se opone a la revocatoria de un acto debe alegar una buena fe que tenga la aptitud de crear o consolidar derechos, y dicha fe va mucho más allá de la simple:

“La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: ‘Error communis facit jus’.

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa”¹⁸.

iv) Las acciones revocatorias no exigen la demostración de un fraude a los acreedores

33. Debe, asimismo, hacerse una precisión respecto del alcance de las acciones revocatorias concursales y los elementos que las diferencian de otras acciones judiciales similares, como la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil.

34. En efecto, esta última acción exige como uno de los elementos esenciales, el que ha sido denominado por la doctrina como el “fraude pauliano”, o *consilium fraudis*. La acción pauliana se caracteriza por ser “*eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores (...). En ese cometido, imprescindible deviene tener claro que el fraude pauliano no se identifica con el dolo instituido como vicio del consentimiento de los actos o contratos, ni con el dolo de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Por esto, el legislador patrio, siguiendo la tradición romanista, en este específico caso tiene configurado el fraude cuando el deudor ‘conociendo’ el mal estado de sus negocios, ejecuta actos o*

¹⁸ *Ibidem*.

contratos en ‘perjuicio’ de sus acreedores (artículo 2491 del Código Civil). Por lo tanto, no es la simple demostración del ánimo preconcebido del otorgante lo que agota la carga probatoria dicha, sino el discernimiento que tiene sobre el daño que va a irrogar con el negocio, porque debido a los quebrantos patrimoniales que lo aquejan, va a tornar nugatorio el derecho de tales acreedores”¹⁹. Por ello el artículo 2491 del Código Civil exige para la prosperidad de la acción pauliana, que se demuestre que el acto oneroso se realizó “siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”. Para que prospere la acción pauliana es necesario, por tanto, demostrar que ambas partes del negocio conocían de la crisis del deudor y, en cierta medida, obraron en connivencia para defraudar a los acreedores de este.

35. Sin embargo, la acción revocatoria concursal no tiene una exigencia tan tajante. Si bien el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 exige que el tercero adquirente de los bienes a título oneroso no haya obrado de buena fe, dicha exigencia no implica un concilio fraudulento, un ánimo defraudatorio, un espíritu de causar daño, o en otras palabras, un fraude.

v) Presunción y prueba de la buena fe

36. Para que el tercero adquirente pueda enervar la acción revocatoria y proteger de esta forma sus derechos, tiene que evidenciarse que su actuación se ajustó a sus deberes y que se obró exento de culpa. En efecto: “(...) *la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana “Error communis facit jus”) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad: y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan solo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza”²⁰ (subrayado fuera de texto). ¿Cómo se acreditan estos supuestos?*

37. Según el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante*

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1 de noviembre de 2013, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 08001-3103-008-1994-26630-01.

²⁰ Ibidem.

estas". De manera similar, el artículo 769 del Código Civil prevé que "*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria*" y el artículo 835 del Código de Comercio que "*Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa*". Para efectos de fallar el presente caso, el Despacho considera necesario determinar en qué consiste la referida presunción de buena fe y cuáles son sus alcances en materia probatoria.

38. Se trata, como su mismo nombre lo indica, una especie de presunción, que debe ser analizada y aplicada de acuerdo con las reglas generales aplicables a esta clase de prueba. Entre otras, se debe recordar que, al igual que los indicios, las presunciones son juicios de inferencia lógica, que requieren que se pruebe un hecho (indicador) para inferir, con base en él otro hecho (indicado); pero este juicio, que proviene de las reglas de la experiencia en los indicios, en las presunciones es dado por el ordenamiento positivo. Por ello afirma la doctrina que toda "*presunción exige la previa prueba de los hechos que le sirven de base*"²¹.

39. En el caso de la presunción de buena fe, ¿cuáles son los hechos que le sirven de base y que deben estar probados en el proceso? La actitud diligente de quien la alega, que desplegó todas las actuaciones que le correspondía, en aras de crearse una certeza razonable acerca de la situación en la que se encontraba. Solo quien ha obrado con la diligencia que le corresponde emplear puede alegar que obró de buena fe creadora de derechos. Y la carga de probar dicha diligencia corresponde a quien alega haber obrado de buena fe, pues según dispone el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, "*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*".

vi) La presunción de buena fe se también se desvirtúa por la prueba de mala fe

40. Los artículos 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio disponen que la mala fe debe probarse. La parte demandada, en sus alegatos de conclusión, reiteró este aserto para aducir que en el presente caso no se había probado que el Banco de Occidente S. A. (entonces Leasing de Occidente S. A.) había obrado de mala fe, y por tanto, su presunción de buena fe sigue incólume.

21 Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo II. Bogotá, Temis, 2006, p. 682.

41. Este aserto ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia en los siguientes términos: *“Esta manera de considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad, -como lo ha dicho esta Sala- se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción de la fe que es buena. ‘El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma de los hechos en que funda su impugnación’ (Ricci). La creencia en cuya formación no intervienga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fides... sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso...”*²².

vii) La buena fe también se desvirtúa cuando se acredita que el tercero debía conocer el mal estado de los negocios del deudor

42. La buena fe exige en quien la invoca, según se indicó previamente, que su comportamiento se haya ajustado a sus deberes, entre otros, los deberes mínimos de investigación que su rol, profesión, posición contractual o la misma ley le impone.

43. En el caso de las acciones revocatorias, e incluso en el caso de la acción pauliana ordinaria, donde la prueba es más exigente frente a la actitud del tercero, la buena fe de este siempre se puede desvirtuar cuando se acredite que el tercero conocía el mal estado de los negocios del deudor. En efecto, el artículo 2491 del Código Civil, al referirse a los elementos de la acción pauliana, establece que deben actuar *“de mala fe el otorgante y el adquirente”, situación que ocurre cuando el negocio se celebra “conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”*.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de octubre de 1949, M. P. Liborio Escallón, G.J. LXVI, p. 631.

44. Como es natural, el conocimiento del mal estado de los negocios se puede acreditar de muchas maneras, sea de forma directa, sea de forma indirecta. Prueba directa, como en aquellos casos en los que se cuente con una confesión por parte del tercero que adquirió el bien; prueba indirecta, cuando existan indicios que permitan inferir que él se enteró de dichas condiciones. “La prueba, respecto del fraude pauliano, como elemento subjetivo que es, generalmente es indirecta, como quiera que el fraude exista, como ya se vio, cuando las circunstancias demuestran que el deudor y el tercero adquirente, si el acto atacado es a título oneroso, no podían ignorar que se hacía insolvente o que el primero agravaba su estado de deterioro económico”²³.

45. Pero no es necesario probar que el tercero adquirente efectivamente conocía el mal estado de los negocios del deudor. Basta con probar que, en sus condiciones personales, profesionales, o en las demás circunstancias en que se celebró el negocio, este debía conocer dicha situación. Esta conclusión es un corolario natural del principio de buena fe objetiva, cualificada o creadora de derechos. Tal como ya se explicó más arriba, solo actúa de buena fe quien fue prudente y diligente en sus negocios, cuando a pesar de dicha su prudencia y diligencia le fue imposible descubrir los vicios en los que se hubiere podido incurrir²⁴.

46. Si el tercero, debiendo conocer el mal estado de los negocios del otorgante, no lo conoció, ello solo quiere decir que incumplió con sus deberes. Y el derecho no puede admitir que el incumplimiento de los deberes sirva de excusa válida para crear o consolidar derechos en cabeza de ese tercero. Sostener lo contrario sería tanto como decir que el adquirente que omitió sus deberes puede alegar su propia culpa a su favor; y ello sería contrario a principios básicos de nuestro sistema (como el ya reseñado *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

47. Así las cosas, si aparece que, según las circunstancias del caso el adquirente debía conocer los síntomas de la crisis del otorgante, su actitud no puede estar amparada por el principio general de buena fe. Consideraciones que son perfectamente aplicables a las acciones revocatorias concursales, donde no se exige la prueba de un *consilium fraudis*.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de marzo de 1984, M. P. Alberto Ospina Botero, G. J. CLXXVI, p. 94.

24 Ver arriba, consideración 32.

viii) Análisis del caso concreto: las empresas del grupo Nule compartían varios negocios con las empresas del grupo Vergel & Castellanos

48. Considera el Despacho que la conducta de las sociedades demandantes y demandadas en el presente caso debe analizarse en su contexto, teniendo en cuenta las calidades de las personas involucradas y los demás negocios en los que hubieren participado conjuntamente.

49. Es claro para el Despacho que al momento en que se celebraron los negocios demandados, el grupo Nule y las sociedades del grupo Vergel & Castellanos habían celebrado varios negocios asociativos, tal como queda claro, entre otras, de los interrogatorios practicados en el proceso. Entre otras circunstancias, habían conformado una compañía a través del cual lograron la adjudicación del contrato para la construcción de la doble calzada entre Bogotá y Girardot, en el cual el consorcio controlado por los Nule tenía a su cargo la construcción del tramo entre Bogotá y Fusa.

50. La existencia del mencionado consorcio permite a este Despacho analizar la conducta de las demandadas a la luz de los criterios que se expusieron más arriba, y trabajar sobre la base de que las sociedades del grupo Vergel y Castellanos conocían (o debían conocer) las circunstancias que rodeaban la inminente crisis del grupo Nule.

51. Toda esta situación además es reforzada por la existencia de diversos créditos en los que las compañías del grupo Nule aparecían como codeudores solidarios de operaciones con las empresas del grupo Vergel & Castellanos, según refieren, entre otros, la testigo Elba Stella Barrera Gallón²⁵.

ix) Análisis del caso concreto: la crisis del grupo Nule era de conocimiento público antes de la celebración de los negocios demandados

52. Para el Despacho es claro, de las pruebas que obran en el proceso, que para la época en que se celebraron los actos demandados era sabido que existían dudas sobre la liquidez y la solvencia de las empresas del Grupo Nule, que se reflejaban en el avance de la obra de la autopista Bogotá-Girardot, en donde, se reitera, también eran consorciadas las empresas del grupo Vergel y Castellanos. El volumen y el tono de las noticias que fueron publicadas por

25 Folio 1408, archivo "Acta continua Testim-MNV-V&C-19-10-2011.mp3", marca 0:01:30.

esa época denotan que en el presente caso la crisis de las empresas del grupo Nule era un hecho más que notorio, que se reflejaba en varios frentes de negocios de tales compañías y en muchos de sus negocios principales.

53. Hacia el mes de noviembre de 2009 ya eran conocidas las dificultades del grupo Nule para el pago de sus obligaciones, en especial una con la Dirección Nacional de Estupefacientes relacionada con las operaciones del Consorcio Bogotá-Fusa. Sobre ella titulaba el diario *El Espectador* en su edición de 27 de noviembre de 2009 “*Grupo Nule: duro para pagar deuda. De nuevo pide plazo para cancelar \$13.600 millones al Estado. Inician gestión de embargo*”²⁶.

54. Para el 19 de enero de 2010, eran noticia los bloqueos en las obras del Consorcio Bogotá-Fusa y la gravedad de los retrasos en los pagos de las obligaciones de las empresas del Grupo Nule. Se lee en una nota del diario *El Tiempo* de esa fecha que “*T.S. Ingeniería & Cía. y Cayto Tractor Ltda. promueven la protesta y dicen que es el último recurso que tienen para presionar el pago de obras civiles en el tramo n.º 4, el alquiler de maquinaria y la entrega de material que le han suministrado al consorcio, de propiedad del Grupo Nule.*

‘Desde hace más de un año y medio nos debe 3.000 millones de pesos y nos entrega cheques sin fondos o de cuentas embargadas’, dice Luis E. Torres, de T.S Ingeniería & Cía. (...) Se trata del mismo consorcio que ya enfrenta un litigio con la Dirección de Estupefacientes por el retraso en el pago de un polémico y millonario desembolso, revelado por este diario. Y si bien en esta ocasión la protesta obedece a una disputa entre privados, si el bloqueo persiste, podría empezar a afectar la ejecución de obras en la doble calzada. Incluso, el caso ya llegó al Inco y al Ministerio de Transporte”²⁷.

55. Así también se registra en las emisiones de noticias por televisión que fueron reportadas ente el 20 de enero de 2010, donde se reporta que “*la doble calzada Bogotá-Girardot, uno de los proyectos viales más importantes del país, enfrenta dificultades. Dos empresas que habían sido contratadas por el consorcio del Grupo Nule, que adelanta la obra, decidieron bloquear desde hace ocho días una planta que sirve de fábrica de gravilla y de bodega de maquinaria para el segmento Bogotá-Fusa, todo esto con el fin de exigir el pago de sus servicios*”²⁸.

26 Folio 1430 del cuaderno principal número 6.

27 Folio 971 del cuaderno principal número 4

28 Noticias Caracol, emisión de 20 de enero de 2010, 12:30 pm, folio 1448 del cuaderno principal número 6, marca 0:00:00 y emisión del mismo día a las 7:00 pm, ibídem, marca 0:02:15.

56. En su edición del domingo 24 de enero de 2010, el diario *El Espectador* dedicó dos páginas enteras a una investigación sobre la mala situación de las empresas de los Nule, que tituló “*La mala hora del Grupo Nule*”. En ella se hizo un recuento de las principales controversias relacionadas con sus actividades. Entre otras, se refirió al “*caso de los \$13.574 millones que los Nule adeudan desde hace más de un año a la Dirección Nacional de Estupefacientes*”. Asimismo, afirmaba la nota de prensa: “*Un efecto dominó que también terminó por sacudir esta semana otro de los más representativos negocios del Grupo Nule, la construcción de la doble calzada Bogotá-Girardot, con una situación similar. Un preocupante testimonio público al Gobierno por parte de Luis Eduardo Torres Sepúlveda, gerente de la compañía T.S. Ingeniería, que le provee material para la construcción de la vía. Según denunció Torres, los Nule le adeudan más de \$3.000 millones desde hace un año y medio. Aunque lo que más inquieta es que según el directivo le giraron cheques sin fondos o de cuentas embargadas*”. En fin, también se hace referencia a la vigilancia especial iniciada a la construcción de las obras de la Fase III de Transmilenio en la Calle 26 en Bogotá²⁹.

57. Así también en la emisión del noticiero Noticias Caracol de las 7:00 p.m. de 26 de enero de 2010, se revela que el IDU había decidido imponer multas al consorcio del Grupo Nule que llevaba a cabo las obras de Transmilenio en la calle 26, dar aviso a la aseguradora e iniciar el trámite de declaración de caducidad del contrato para la ejecución de las mencionadas obras³⁰.

58. En una entrevista posterior, publicada el 27 de enero de 2010 en el diario *Portafolio* al viceministro de transporte Gabriel García, relacionado con el avance de la autopista Bogotá, se refería sobre la situación de los Nule. A la pregunta “*¿Les preocupan las denuncias sobre iliquidez del Grupo Nule?*” respondió que “*Indudablemente es un tema para estar muy atentos, pero en el caso del contrato suscrito con el Inco hay que tener claro que se trata de una de las cinco firmas de un consorcio que responden solidariamente por el cumplimiento contractual*”³¹.

59. El noticiero Noticias Caracol, en su edición de las 12:30 p. m. del 27 de enero de 2010 registraba que “*en medio de la expectativa por la decisión del gobierno distrital frente al retraso en los trabajos en un importante tramo de Transmilenio por la Calle 26, pues Noticias Caracol conoció otra contratación en dificultades. Esta*

29 Folios 1432 y 1433 del cuaderno principal número 6.

30 Folio 1448 del cuaderno principal número 6, marca 0:08:02.

31 Folio 993 del cuaderno principal número 4.

vez se trata de una unión temporal de empresas de la que también hace parte el Grupo Nule. Los atrasos están por encima del 60%”³², refiriéndose al estado de las obras de mantenimiento de la malla vial en el Distrito Sur en Bogotá. Esta situación fue reconocida públicamente por el mismo Miguel Nule, tal como consta en los registros noticiosos de días posteriores, donde este afirma que “en el caso de la malla vial hemos tenido unos atrasos importantes y obviamente ahí tenemos que reconocer que ha sido, esto sí, sin imputables a nuestro grupo”³³.

60. Así también en la edición de las 12:30 del día siguiente del mismo noticiero: *“Otra empresa vinculada al grupo Nule en serios aprietos es Aguas Kapital S. A., encargada de operar y mejorar la infraestructura del acueducto y alcantarillado de Magangué, Bolívar. (...) Un documento (...) da cuenta de la manera en que el contratista ha dejado de cumplir con el compromiso de capital que ofreció para las obras del contrato. En el primer año dejaron de aportar recursos para obras por más de 45 millones de pesos; en el segundo año no aportaron los 916 millones de pesos comprometidos; y tienen hasta marzo próximo para invertir 803 millones de pesos”³⁴.*

61. Por su parte, en su edición dominical de 31 de enero de 2010, en la primera página de la sección “C2. Bogotá” del diario *El Tiempo*, entre las distintas causas de los problemas de la construcción de la troncal de la calle 26 se expresó: *“Líos del contratista. El pasado 20 de enero, la interventoría –que vigila la obra– señala en una carta enviada al IDU: ‘La falta de recursos técnicos, financieros y humanos del contratista es evidente. Por este motivo se han iniciado tardíamente actividades claves (...) igualmente otras están paralizadas”³⁵.*

62. Es indudable la envergadura de las noticias que antecedieron a los negocios demandados, y que hacía que el conocimiento de la crisis de los Nule fuera un hecho notorio. Una cobertura periodística de tal magnitud no podía ser ignorada válidamente por los aquí demandados, máxime si se tiene en cuenta que ellos tenían interés en el tema por compartir diversos negocios con Manuel, Miguel y Guido Nule.

63. Así, en el interrogatorio de parte al ingeniero Alfonso Vergel, al preguntársele sobre qué medios de comunicación consultaba habitualmente, afirmó

32 Folio 1448 del cuaderno principal número 6, marca 0:11:35.

33 Folio 1448 del cuaderno principal número 6, marca 0:21:22.

34 Folio 1448 del cuaderno principal número 6, marca 0:15:46.

35 Folio 996 del cuaderno principal número 4.

que “*todos los medios de comunicación*”³⁶, y si bien más adelante dijo que “*no había empezado el escándalo mediático que después se generó, que fue casi para marzo o abril*”³⁷, es claro, por las pruebas documentales aportadas por los medios de comunicación, que para entonces la precaria situación patrimonial de las empresas del Grupo Nule ya era de conocimiento público.

x) Análisis del caso concreto: la crisis del Grupo Nule era conocida por las sociedades demandadas y fue la causa de los negocios cuya revocatoria se solicita

64. De las pruebas que obran en el proceso es evidente que la negociación de la opción de compra de acciones de 23 de diciembre de 2009 y de su posterior ejercicio el 7 de febrero de 2010, fue una operación liderada, desde el lado de las demandadas, por la sociedad Vergel & Castellanos S. A. y su representante legal Alfonso Vergel.

65. Antes de entrar a analizar las pruebas, es necesario advertir que una buena parte de las respuestas dadas en los testimonios practicados no puede ser tenida en cuenta por el Despacho, debido en parte a la deficiente técnica de interrogatorio del representante de uno de los extremos del proceso, que en reiteradas oportunidades formuló preguntas que insinuaban a los testigos las respuestas, contrariando lo dispuesto en los artículos 226 y 228 del Código de Procedimiento Civil.

Estas respuestas no fueron valoradas por el Despacho, en procura de evitar yerros de derecho que puedan viciar el contenido de la decisión, siguiendo lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia al respecto: “*el artículo 226 impele al juez a rechazar las preguntas que sugieran la contestación, como acontece con todas aquellas que exigen del testigo una respuesta afirmativa o negativa, generándole lagunas en la memoria que aquel pretenderá colmar de la manera más fácil y convincente posible, o, primordialmente, con aquellas otras en las cuales se enuncia la respuesta que se espera; si no obstante las precauciones que el juez adopte en el transcurso del interrogatorio para impedir la formulación de esa especie de preguntas, estas se plantearan, el fallador deberá examinar con especial celo el testimonio, con miras a establecer si la respuesta del deponente es en verdad el fruto de la pregunta sugestiva*”³⁸.

36 Ibidem, marca 2:05:20.

37 Ibidem, marca 2:07:40.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de mayo de 1999, M. P. Jorge Castillo Rugeles, G. J. CCLVIII, p. 386.

Ante este tipo de preguntas, en la valoración de las grabaciones, solo se tuvieron en cuenta los conceptos que fueron emitidos espontáneamente por los testigos, en aras de preservar el carácter demostrativo de las versiones planteadas por ellos.

66. Las declaraciones de parte de los representantes legales de las demandadas Oilequip SAS y Arqçiviles S. A., que no fueron refutadas por ninguna otra prueba del expediente, dan fe de lo anterior. Iván Flórez, representante legal de Arqçiviles S. A., declaró que *“básicamente toda la parte de opción de compra fue un proceso liderado por Vergel & Castellanos. (...) desde el momento en que yo asumí la representación legal a la fecha no conozco ninguna operación que haya hecho Arqçiviles sobre pagos sobre esa operación en particular”*³⁹. Por su parte, Iván Orlando Castellanos Buendía, representante legal de Oilequip SAS, manifestó que *“En ningún momento participé en la formación del acuerdo de accionistas. Sí lo conocí y por eso lo firmé, y vuelvo y le digo, el proceso fue liderado por Vergel & Castellanos”*⁴⁰; y que su intervención se limitó a que *“cuando se ejerció la compra, (...) conocí el documento a través de los abogados de Vergel & Castellanos, donde ellos me informaron que tenía que cumplir con el requisito de firmar”*⁴¹

Lo anterior también se deriva de los testimonios practicados en el proceso, como el de Luis Rafael Monterrosa Ricardo, entonces representante legal de la hoy concursada MNV S. A., quien afirmó que si bien suscribió el convenio de 23 de diciembre de 2009, *“en las negociaciones y toma de decisiones no tuve nada que ver, solamente me solicitaron o me dieron la instrucción que lo suscribiera”*. Iguales conclusiones se extraen del testimonio de Elba Stella Barrera Gallón, ex representante legal de Gas Kpital GR S. A., hoy en liquidación judicial, quien refirió que dicha negociación *“se hizo a nivel de los dueños, de los de arriba, de Alfonso Vergel directamente con los señores Nule”*⁴².

Así las cosas, el Despacho tomará muy en cuenta en la valoración de las pruebas la declaración de parte del ingeniero Alfonso Vergel, representante legal de Vergel & Castellanos S. A., quien lideró las negociaciones que llevaron a las operaciones demandadas en este proceso.

39 Folio 817 del cuaderno principal número 4, marca 2:25:35.

40 Ibídem, marca 2:34:12.

41 Ibídem, marca 2:34:43.

42 Ibídem, marca 0:17:13.

67. En la declaración dada por el ingeniero Alfonso Vergel, representante legal de Vergel y Castellanos S. A., se relata que el convenio de accionistas de 23 de diciembre de 2009 estuvo precedido de varios meses de conversaciones, especialmente con Manuel Nule, que se remontan hasta el mes de octubre de ese mismo año⁴³. Las negociaciones preliminares tuvieron como antecedentes la existencia de *“cuatro negocios importantes con ellos [con los Nule], y no había y como la misma dirección o planeación estratégica de las empresas en las cuales éramos socios”*⁴⁴.

68. Toda esta situación había generado diferencias entre las empresas del Grupo Nule y las del grupo Vergel y Castellanos que se reflejaban *“básicamente en el tema de cantidad de trabajo, de ambición”*, pues en su opinión, las empresas del grupo Vergel y Castellanos *“somos una empresa más conservadora, mucho más ortodoxa en el manejo de las empresas en las que intervenimos, somos muy formales. Bueno, con esto no estoy diciendo que ellos no lo hayan sido, no, yo no soy quién para eso. Pero básicamente era en el manejo moderado de la visión que nosotros tenemos en nuestro negocio, y segundo, en un manejo muy conservador en cuanto a financiación y cumplimiento con las obligaciones adquiridas”*⁴⁵.

69. De las anteriores declaraciones ya es claro que desde los meses de octubre a diciembre de 2009 fue evidente, para las empresas del grupo Vergel y Castellanos, que las empresas del grupo Nule no tenían un manejo de los negocios, las fuentes de financiación y el cumplimiento de las obligaciones asimilable al que ellos manejaban. Si estaban en capacidad de compararse, ello ya en sí mismo es un indicio de que conocían las dificultades por las que empezaban a atravesar MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., hoy ambas en liquidación judicial. Situación que es confirmada más adelante en la misma declaración, en la que se afirmó que las compañías del grupo Nule *“en el segundo semestre del año 2009 comenzaron a presentar atrasos”* (...) y en varias juntas se les requirió por eso⁴⁶ y si bien luego afirmó que *“incurrir en los mencionados atrasos no es tan extraño en un contratista”*, es posible afirmar que *“sí tenía conocimiento de esos atrasos”* y que en cierto grado ello fue un detonante para la celebración de los negocios hoy demandados.

43 Interrogatorio de parte a Alfonso Vergel, folio 817, marca 1:35:10 del cuaderno principal número 4.

44 Ibídem, marca 1:35:25.

45 Ibídem, marca 1:45:21.

46 Ibídem, marca 1:56:17.

70. En la misma declaración, afirmó el ingeniero Alfonso Vergel que si bien inicialmente la opción de compra se hizo con el ánimo de buscar alternativas a las dificultades mencionadas. Y si bien afirma el interrogado que *“en enero digamos que la situación todavía era como tranquila. Pero en febrero, al principio de febrero comenzó lo que podríamos llamar el escándalo. Fue cuando el contralor Moralesrussi salió en los medios hablando de una pirámide financiera de ellos, entonces la situación reputacional y de imagen y financiera de los Nule se comenzó a ver muy grave, porque yo quiero hacer una claridad, la situación en diciembre... de diciembre a febrero cambió mucho la situación de los Nule, por lo menos se dio lo que antes no se había visto. En diciembre ellos eran unas empresas muy respetables con varios negocios, no había amenazas, mejor dicho yo nunca me imaginé, yo creo que nadie, que se vendría un colapso tan grande como el que se empezó a vislumbrar apenas en febrero, a principios de febrero cuando el primero que puso el dedo en la llaga fue el contralor Moralesrussi. Ahora, había bancos, había entidades oficiales, contratando con ellos, bancos prestándoles, colegas trabajando con ellos, eminentes profesionales trabajando con ellos en diciembre y en enero. Para mí en febrero fue que comenzó la curva de eso y entonces esa fue la razón por la que decidimos ejercer la opción de compra (...) comenzó ya a asomarse una gran crisis, debido entre otras razones a la denuncia que hizo el contralor Moralesrussi”*⁴⁷.

71. Y a pesar de que el interrogado Alfonso Vergel haya insistido en su interrogatorio que la existencia de retrasos no es, en sí mismo, un indicador de una quiebra inminente⁴⁸, diversos indicios dentro del proceso apuntan a que en este caso sí lo era, y que dicha situación era de conocimiento de los consorciados Vergel y Castellanos S. A., Arqciviles S. A. y Oilequip SAS, como la cobertura en medios de la situación de los Nule y los demás elementos que se exponen a continuación.

72. Junto con los incumplimientos en la ejecución de los contratos para los que las sociedades del grupo Nule se habían asociado con las demandadas, de la misma declaración resulta que era conocido que en otros proyectos en los que participaban las concursadas y sus controlantes (como la concesión Bogotá-Girardot) existían obligaciones insolutas de primera clase⁴⁹.

47 Ibídem, marca 1:49:47.

48 Por ejemplo, en el interrogatorio a folio 817 del cuaderno principal número 4, marca 2:10:30.

49 Ibídem, marca 1:58:00

73. Incluso, según se afirma en el testimonio de Elba Stella Barrera Gallón, ex representante legal de Gas Kpital GR S. A., hoy en liquidación judicial, ante los incumplimientos que llevaron *“a finales de diciembre la concesión mandó un comunicado dirigido a Gas Kpital y MNV, que eran los del consorcio Bogotá-Fusa, eran los consorciados, donde nos daba a conocer por ese comunicado del atraso y de las medidas que se tendrían que tomar por ese atraso. Ese comunicado fue firmado en su momento, creo que en esa época ya estaba Francisco Gnecco –sí, ya estaba Francisco de gerente de la concesión–, creo que firmaba Alfonso Vergel y, bueno, firmaban todos los de la concesión (...) eso fue para principios de diciembre (...) 2009. Es que no era para nadie ajeno que la crisis... que no querían llamarlo crisis es diferente, pero era crisis, que ya no se estaba cumpliendo con las obras, hasta en televisión salió Luis Eduardo Torres a hablar”*⁵⁰.

74. En otro aparte del mismo testimonio, Barrera Gallón comenta que en varias oportunidades acudió a Alfonso Vergel a comentarle acerca de diversas dificultades que surgían de la gestión de los Nule. Expresa su versión: *“yo más o menos le había comentado a Alfonso [Vergel] que –porque yo siempre veía en Alfonso como una persona mucho mayor que ellos, más tranquila– entonces yo le decía: ‘estoy preocupada por esto’, ‘está pasando esto’, realmente de pronto decir la palabra están como... en algunos procesos sí les dije ‘veo que estos muchachos se están reventando’, sí les dije cosas que me preocupaban de la situación de ellos”*⁵¹.

75. Resulta muy dicente al respecto que la operación del Consorcio Bogotá-Girardot operaba en el mismo edificio donde tenían su sede principal la mayor parte de las compañías del grupo Nule, según se narra, entre otros, en el testimonio del ex representante legal de MNV S. A. Luis Rafael Monterrosa Ricardo. Los acontecimientos ocurridos en las empresas del grupo Nule eran de conocimiento de todos aquellos que compartían dicha área, incluido el consorcio del que la demandada Vergel & Castellanos era parte.

Así, se refiere en el citado testimonio que *“todos, excepto Concesión Bogotá-Girardot, eran nóminas que pagaba el grupo Nule (...) cuando se atrasaba pues obviamente todo el edificio se alteraba (...) incluso había hasta papelitos que colocaban en los*

50 Folio 1408 del cuaderno principal número 6, archivo “Acta MNV y otra-V&C-otros-Testim19-10-011.mp3”, marca 1:18:50.

51 Folio 1408 del cuaderno principal número 6, archivo “Acta continua testim-MNV-V&C-19-10-2011.mp3”, marca 0:12:12.

elevadores donde decían cosas que, pues, que paguen, por decir, una serie de insultos, tanto a los representantes legales como a los dueños de las empresas”⁵².

En el mismo sentido, el testimonio de la ex representante legal de Gas Kpital GR S. A., hoy en liquidación judicial, Elba Stella Barrera Gallón, quien también menciona la reiterada existencia de anónimos en los ascensores del edificio relacionados con los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones de las compañías; así como de la práctica de una diligencia de embargo y secuestro sobre los muebles de una de las compañías hacia agosto de 2009⁵³; y el testimonio de Lizbeth Emilce Carvajalino Castro, quien se desempeñaba como tesorera de las empresas del grupo Nule⁵⁴.

En estas condiciones es evidente para el Despacho que la crisis y los incumplimientos en los que llegasen a incurrir las empresas del grupo Nule eran de conocimiento de los integrantes del edificio donde operaba la Concesión Bogotá-Girardot, entre otros, por los interesados en dicho proyecto de la sociedad Vergel & Castellanos S. A.

76. Llama la atención del Despacho que la opción de compra se haya además ejercido un día domingo, el 7 de febrero de 2010. Se trata de un día inhábil, en el que muy raras veces se celebran negocios comerciales, y mucho menos uno de esta envergadura. Esta circunstancia, por sí sola, es un indicio acerca de la premura con la que se ejerció la opción de compra de las acciones de MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A. en Kapital Energy S. A.; afán que se encuentra íntimamente relacionado con otras pruebas del expediente que se explican en seguida.

77. Ese mismo domingo que se ejerció la opción de compra, en un artículo publicado en una de las primeras páginas del diario *El Tiempo*, se publicó una entrevista al entonces Contralor General de la República, Julio César Turbay Quintero, en el que se anunciaba el “embargo de bienes y cuentas del consorcio de los Nule”⁵⁵. El mencionado artículo se refiere a medidas adoptadas a raíz

52 Folio 1408 del cuaderno principal número 6, archivo “Acta MNV y otra-V&C-otros-Testim19-10-011.mp3”, marca 0:17:13.

53 *Ibidem*, marca 1:10:20.

54 Folio 1408 del cuaderno principal número 6, archivo “Acta continua testim-MNV-V&C-19-10-2011.mp3”, marca 0:34:33.

55 Folio 985 del cuaderno principal número 4.

de la construcción del tramo Bogotá-Fusa de la construcción de la vía Bogotá-Girardot.

78. En dicha obra, recuerda el Despacho, eran consorciadas las empresas del grupo Nule con las empresas del grupo Vergel y Castellanos, que mantenían contactos frecuentes y periódicos para velar por su seguimiento. Según manifestó el ingeniero Alfonso Vergel en su interrogatorio de parte, *“nosotros coincidíamos en las juntas directivas, en especial de la concesión Bogotá-Girardot, que se hacían, digamos en promedio se trataban de hacer semanales, pero (...) en el último año era como unas dos veces al mes, a veces más”*⁵⁶. En todo caso, anota el Despacho, sea por sus reuniones periódicas con los Nule, sea por la nota de prensa, es válido deducir sin lugar a dudas que para el 7 de febrero de 2010 las empresas del grupo Vergel y Castellanos tenían conocimiento de la situación allí anunciada.

79. Un mayor apremio se deduce de lo afirmado por el contralor Turbay Quintero en la entrevista, quien explicaba que la medida de embargo había sido notificada a los afectados durante la semana inmediatamente anterior a ese domingo.

80. Todos estos elementos solo conducen al Despacho a concluir sin lugar a dudas que la grave situación patrimonial de las empresas del grupo Nule era de conocimiento de las demandadas, al punto que había sido fuente de conflictos entre ellas y las concursadas. Asimismo, deduce claramente de los elementos probatorios del proceso que la causa de la opción de compra de 23 de diciembre de 2009 y de su ejercicio el 7 de febrero de 2010 fue la manera vertiginosa en que se fue agravando y haciendo pública la crisis de sus entonces consocias, cuyo liquidador hoy es demandante en el presente proceso.

81. El acervo probatorio lleva, en su unidad, a desvirtuar de manera clara la buena fe alegada por las demandadas. La actividad de las sociedades Vergel & Castellanos S. A., Arqcviles S. A. y Oilequip SAS que llevó a la celebración de los negocios cuya revocatoria se solicita se enmarcó en un contexto en el que ellas no solo debían conocer la crisis por la que atravesaban los Nule, sino que efectivamente la conocían. Asimismo, está demostrado que dicho conocimiento fue el móvil que llevó a la transferencia de las acciones de Kapital Energy S. A., con la consecuente agravación de la situación patri-

⁵⁶ Folio 817 del cuaderno principal número 4, marca 1:57:06.

monial de las empresas hoy en concurso. Mal pueden ahora alegar su buena fe, cuando está acreditado que esta no existió.

D. Efectos de la revocatoria frente a las partes

82. En virtud de lo expuesto, habrán de prosperar las pretensiones principales formuladas en la demanda, consistentes en la revocatoria de la cláusula de opción de compra pactada el 23 de diciembre de 2009 y su posterior ejercicio el 7 de febrero de 2010, sobre 5.840 y 17.076 acciones de la sociedad Kapital Energy S. A., de propiedad, respectivamente, de MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., y que en virtud de dichos negocios habían sido transferidas a las sociedades demandadas.

83. Así las cosas, se ordenará la reintegración a la masa de la liquidación de MNV S. A. y de Gas Kpital GR S. A. de 5.840 y 17.076 acciones de la sociedad Kapital Energy S. A.

84. Se precisa que, por tratarse de bienes fungibles, los títulos accionarios que deben restituirse al patrimonio de las sociedades MNV S. A. y de Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial pueden no corresponder con los que originalmente fueron transferidas a las sociedades demandadas. La obligación de las demandadas será la de reintegrar el patrimonio de las concursadas con otro tanto de los mismos bienes.

E. Efectos de la revocatoria frente a terceros

i) Carácter personal de las acciones revocatorias

85. Según lo ha expresado la jurisprudencia nacional, la acción pauliana, y en términos generales también la revocatoria, *“es una acción personal y no real”*⁵⁷ que tienen por objeto atacar un acto o negocio jurídico celebrado entre el deudor y un tercero. Ello significa, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, que *“la acción aludida no tiene por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad en favor de quien la ejerce, ni tampoco en favor del deudor demandado, sino solamente, apoyándose en la inoponibilidad a aquel del negocio de disposición fraudulenta cuya revocación reclama, permitirle perseguir el bien o derecho que pasó a formar*

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de marzo de 200, M. P. César Julio Valencia Copete, Exp. 1100102030002006-02040-00.

parte del patrimonio de un tercero y ejecutarlo hasta que se satisfaga el importe de su crédito"⁵⁸ (subrayas fuera del texto).

86. Ahora, nuestro Código Civil define, en sus artículos 665 y 666, el contenido y objeto de las acciones reales y personales. La primera de tales normas dispone que las acciones reales nacen de los derechos del mismo nombre, es decir, de aquellos "*que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*". Las acciones personales, por su parte, se derivan de los derechos personales, que "*son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas*".

87. El que la acción revocatoria sea una acción personal trae importantes consecuencias relacionadas con los alcances del fallo que en ella se profiera y, en especial, sobre la forma en que opera el restablecimiento de la prenda general de los acreedores que se sigue como consecuencia del fallo que acoge la revocatoria.

88. Dicho restablecimiento puede ser obtenido, según sea el caso, a través de acciones reales o de acciones personales. La acción reivindicatoria o de dominio, que es la acción real por excelencia, busca la protección de la propiedad sobre una cosa a través de su restitución al legítimo propietario. Por su parte, la resolución de contrato por incumplimiento, acción personal paradigmática, persigue, entre otras cosas, las restituciones mutuas de lo que las partes hubieren recibido en ejecución del contrato incumplido.

89. Pero el alcance de las pretensiones de restablecimiento es sustancialmente distinto en las acciones reales y en las personales. En las acciones reales, en las que se ejerce el atributo de persecución que tiene el titular de un derecho real sobre una cosa (*ius in re*), el restablecimiento se concreta en la restitución de una cosa específica, sin importar en manos de quién se encuentre. En las acciones personales, que solo dan el derecho a perseguir el patrimonio del deudor, el restablecimiento se materializa en un derecho a que la contraparte restituya los bienes que fueron extraídos del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores (es decir, *un ius ad rem*).

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de julio de 1991, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, G.J. CCVIII, p. 548.

90. Al respecto, los tratadistas chilenos Alessandri y Somarriva, al hablar de las acciones personales de restitución, expresan que para ellas *“basta probar el vínculo obligatorio entre demandante y demandado; la prueba del dominio es innecesaria, pues se puede ser acreedor a la entrega de una cosa sin tener la calidad de dueño de ella”*. Agrega el Despacho que en el ejercicio de este tipo de acciones la entrega de la cosa puede incluso hacerse imposible, porque el bien ya no existe física o jurídicamente en el patrimonio del demandado. En estos casos, la obligación de restituir el bien (débito primario) debe ser estimada en dinero (débito secundario), para que sean dichos valores los que se reintegren al patrimonio del deudor.

91. Por tratarse de una acción personal, la sentencia que la decida solo puede afectar el patrimonio de los sujetos obligados por el acto o negocio jurídico revocado. La revocatoria no implica la restitución de los bienes en manos de quien estén, sino solo en la medida en que aún hagan parte del patrimonio del demandado a quien el concursado los transfirió.

92. En efecto, *“Las acciones personales de restitución solo pueden entablarse cuando el demandado está ligado por una relación personal o de crédito con el demandante”*⁵⁹; en este caso, en virtud del negocio jurídico cuya revocatoria se solicita. *“Por tanto, si se pide la restitución de la cosa de un tercero que la posee, forzoso es intentar la acción reivindicatoria”*⁶⁰, pues esa sí tiene el carácter de acción real. *“Esta última está subordinada o no a una acción personal contra el causante del tercero, según que el reivindicador haya estado ligado o no por una relación personal con dicho causante. Ejemplo: (...) la acción de nulidad, que debe dirigirse contra el co-contratante: declarada la nulidad, procede la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, pues la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, restituye las partes al mismo estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el contrato nulo; el título de dominio del demandado desaparece y subsiste el del demandante, y en virtud de este se puede reivindicar la cosa del tercer poseedor”*⁶¹.

93. El mismo tratamiento recibe la acción revocatoria, cuyos efectos únicamente abarcan al negocio demandado; en caso en que haya un tercero subadquirente de la cosa materia del negocio, a ese tercero se le debe reclamar

59 Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Los bienes y los derechos reales. Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1974, p. 801.

60 Ibidem.

61 Ibidem.

la cosa vía acción reivindicatoria. O, dicho de otra forma, la sentencia que ordena la revocatoria no produce efectos contra el tercero subadquirente de la cosa, a menos que él haya sido parte del negocio revocado.

94. En efecto, la sentencia que decide las acciones revocatorias no restablece automáticamente el derecho de dominio que tenía la concursada sobre los bienes dispuestos mediante el acto demandado, sino que se limita a imponer a la demandada la obligación de restituir, y dicha obligación, según se dijo, se puede cumplir sea en especie, sea en dinero. Si la devolución del bien es posible, el adquirente lo deberá restituir en especie; pero si la devolución no es posible, el adquirente deberá devolver su valor en dinero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1731 del Código Civil.

95. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, las acciones revocatorias no pueden afectar los derechos de los terceros que no han sido partes del negocio revocado, ni sus causahabientes en las obligaciones derivadas de dicho acto. Es decir, quien no es parte en el negocio, o causahabiente de alguna de las partes del negocio demandado, no puede ser parte ni causahabiente en el proceso.

96. Como consecuencia de lo anterior, la presente sentencia solo obliga a quienes fueron partes en el negocio revocado, es decir, a MNV S. A. en liquidación judicial, Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial, Vergel & Castellanos S. A., Oilequip S. A. y Arqviles SAS.

ii) Restricciones de jurisdicción y competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto del objeto de las acciones revocatorias

97. Podría pensarse que con las pretensiones de revocatoria concursal podrían haberse acumulado otras pretensiones de naturaleza real, por ejemplo, una reivindicación dirigida a la restitución de los bienes en manos de quien estuvieran. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse, entre otras, con fundamento en los límites de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

98. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han expresado que *“únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”*⁶². Las funciones jurisdiccionales de

62 Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

la Superintendencia de Sociedades tienen, por tanto, un carácter excepcional y restrictivo, que la excepcionalidad de dichas funciones se concreta en dos aspectos: *“la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa”*⁶³.

99. Por tanto, las atribuciones jurisdiccionales de esta Superintendencia son de interpretación restrictiva, y no pueden ampliarse indefinidamente para incluir en ellos todos los asuntos indirectamente relacionados con ella. Lo contrario *“sería tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general”*⁶⁴.

100. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos *“actos o negocios realizados por el deudor”* cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. En este contexto, las facultades jurisdiccionales de esta Entidad solo llegan hasta la decisión de revocar un negocio dañino a los acreedores del concurso; pero en ningún momento pueden extenderse para comprender la reivindicación de los bienes transferidos en el negocio revocado y que estén en manos de un tercero subadquirente.

101. Así las cosas, incluso en la hipótesis en que se hubiere solicitado la reivindicación de las acciones de Kapital Energy S. A. en manos de quien estuvieran, la Superintendencia de Sociedades no podría pronunciarse siquiera al respecto. Sus facultades solo le permiten decidir sobre la suerte del negocio demandado, mas no puede, bajo ningún aspecto, considerar la persecución de los bienes que se encuentren en manos de terceros.

iii) Análisis del caso concreto. Alcance de la sentencia sobre los derechos de las intervinientes Global Engineers Investors Corp. y Rosebud International Holdings Ltd.

102. En el presente caso, la revocatoria que se declara en la presente sentencia versa única y exclusivamente sobre una opción de compra de acciones de

63 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

64 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2013, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 0800122130002013-00456-01.

23 de diciembre de 2009 y su posterior ejercicio de 7 de febrero de 2010; fueron partes de los negocios las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., hoy ambas en liquidación judicial, titulares originales de una participación accionaria en Kapital Energy S. A., y las compañías Vergel & Castellanos S. A., Arqviles S. A. y Oilequip SAS, en su condición de adquirentes.

103. Ni Global Engineers Investors Corp. ni Rosebud International Holdings Ltd. fueron parte del negocio mencionado. Ambas sociedades adquirieron derechos sobre algunas de las acciones compradas por Vergel y Castellanos S. A. a las compañías del Grupo Nule: la primera, derechos de propiedad; la segunda, derechos de prenda.

104. Tal como lo mencionó el Tribunal Superior de Bogotá en la providencia de 5 de marzo de 2013, ambos sujetos procesales tienen interés y son causahabientes de la demandada Vergel & Castellanos S. A. Sin embargo, dicha causahabencia solo se refiere a los derechos reales que ambas compañías adquirieron sobre las acciones de Kapital Energy S. A.

105. Resalta el Despacho que la presente sentencia solo versa sobre derechos personales, es decir, sobre las obligaciones que se derivan de la opción de compra de 23 de diciembre de 2009 y de su posterior ejercicio de 7 de febrero de 2010. La revocatoria de dichos negocios implica para las partes de los negocios la obligación de restituir las cosas al estado anterior.

106. Así las cosas, en la medida la presente acción revocatoria no es una acción real, ni se refiere a los derechos de propiedad y de prenda a los que Global Engineers Investors Corp. y Rosebud International Holdings Ltd. se hicieron sobre algunos títulos accionarios de Kapital Energy S. A., esta sentencia no afecta de forma directa a dichas sociedades intervinientes. Tampoco es del caso pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia de eventuales acciones reivindicatorias, ni de los demás mecanismos de protección que la ley prevé para los dueños, poseedores o acreedores garantizados sobre los derechos derivados de sus relaciones de dominio, posesión, crédito o garantía.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. No estimar las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

Segundo. Revocar los negocios de opción de compra de 23 de diciembre de 2009 y su posterior ejercicio de 7 de febrero de 2010, celebrados entre las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., hoy ambas en liquidación judicial, y las compañías Vergel & Castellanos S. A., Arqçiviles S. A. y Oilequip SAS, según lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Tercero. Ordenar que se reintegren al patrimonio de la sociedad MNV S. A. en liquidación judicial y Gas Kpital GR S. A. en liquidación judicial, respectivamente, 5.840 y 17.076 acciones de la sociedad Kapital Energy S. A.

Cuarto. Condenar en costas a las demandadas. Liquídense por secretaría una vez en firme la presente sentencia.

Quinto. Remitir sendas copias de la presente sentencia al Grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, con destino a los expedientes de los procesos concursales de las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A. Para el efecto, bastará con enviar copia simple de la presente sentencia, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Auto 400-008579 de 19 de junio de 2015

Demandante	Carlos Arturo Consuegra Barros
Demandado	Plásticos Vandux de Colombia S. A. en liquidación judicial y otros
Asunto	Caducidad. Naturaleza jurídica y sus características. En las acciones revocatorias y de simulación concursales. Contabilización del término en las sociedades en liquidación judicial que previamente han pasado por un procedimiento de reorganización

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Según lo ha reiterado en múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia, las aclaraciones solo proceden cuando haya asuntos *“de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo”* (Sentencia de 24 de junio de 1992, G. J. T. XLIX, 47); pues *“una cosa es la falta claridad, palabra que hace alusión a la ininteligibilidad de la frase por su oscuridad, por imprecisión de sus términos, por su mala redacción que induzca a comprensiones diferentes, por lo inapropiado de las palabras utilizadas de tal suerte que su interpretación genere dudas, por el uso de términos que distorsionen la capacidad técnica de un vocablo para indicar una acción o un defecto, o para calificarla, y otra bien distinta no compartir los razonamientos jurídicos acertados o no contenidos en la pieza procesal y en su parte resolutive, o que tengan definitiva injerencia en la comprensión de ésta”* (autos de 17 de mayo de 1996, Exp. 3626 y de 25 de abril de 1997, Exp. 6568).
2. En el presente caso, la demandante no se duele de ininteligibilidad de la providencia de la cual solicita aclaraciones, sino que cuestiona los móviles tenidos en cuenta por el Despacho para solicitar copia integral del cuaderno principal del expediente.
3. El Despacho advierte este tipo de reparos deben formularse a través de recursos, y no a través de solicitudes de aclaraciones. En efecto, la orden impartida por el Despacho en la parte resolutive del auto fue suficientemente clara como para ser comprendida a cabalidad por el demandante, sin que hubiere necesidad de aclaraciones para entenderla.

4. Con todo, y en la medida en que el numeral tercero fue incluido por uno de los errores de que trata el inciso final del artículo 310 C. P. C., este Despacho lo corregirá oficiosamente.

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

RESUELVE

Primero. Rechazar de plano la solicitud de aclaraciones propuesta por la demandante respecto del Auto 400-007257 de 19 de mayo de 2015.

Segundo. Corregir oficiosamente el Auto 400-007257 de 19 de mayo de 2015, en el sentido de eliminar el numeral tercero de dicha providencia.

Sentencia 400-000075 de 24 de junio de 2015

Demandante Aurora Díaz de Álvarez

Demandado Laboratorios California S. A. en reorganización y otros

Asunto Legitimación en la causa. La acción revocatoria solo puede ser iniciada por un acreedor preexistente al acto demandado

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La demandante pretende reintegrar el patrimonio de las sociedades Laboratorios California S. A., Compañía California S. A. y Memphis Products S. A., todas empresas en reorganización, con una serie de dineros que fueron cedidos al demandado Jorge Humberto Rojas Melo y Margone S. A. en dos negocios de fecha 23 de enero de 2008.

2. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrar los activos del mismo con bienes que le fueron extraídos en perjuicio de los acreedores. El efecto perseguido es incrementar la prenda general de los acreedores, y mitigar con ello una insuficiencia patrimonial que se ha hecho patente en el concurso.

3. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

4. La acción revocatoria no está establecida en favor de cualquier acreedor, sino únicamente en favor de aquellos cuyos créditos fueren anteriores al acto

demandado. La jurisprudencia nacional ha expresado, sobre la legitimación en la causa en la acción pauliana, y en general frente a todas las especies de acción revocatoria, lo siguiente:

“Referente a la acción revocatoria por fraude al derecho de crédito, de antaño el criterio jurisprudencial tradicional restringe la legitimación en la causa para promoverla a «los acreedores», pero «no cualquier clase de acreedor, sino el que tenga un crédito preexistente... Por consiguiente, la relación jurídica entre acreedor y deudor debe existir cuando tiene nacimiento el acto cuya revocatoria se pretende» (Cas. Civ. Sentencia de 14 marzo de 1984, G. J. CLXXVI, p. 85 y ss.), o sea, solo «puede ser ejercida por los ‘acreedores anteriores al acto nocivo’ que produjo o que agravó la insolvencia del deudor, y respecto de los actos ‘reales y perfectos en sí mismos’.» (LXXXII, 226), por responder a una finalidad protectora del derecho de crédito dirigida a preservar la integridad de la garantía genérica otorgada al acreedor «sobre los bienes presentes y futuros del deudor, pero no sobre los bienes pasados, que ya habían salido del patrimonio del deudor antes de contraer la obligación u obligaciones así garantizadas» (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones, 2ª ed. Editorial Temis, Bogotá, 1978, p. 189), en cuyo caso, en esta opinión, la garantía patrimonial no se disminuye, deteriora o afecta al integrarse con los bienes presentes, actuales o futuros, y no con los anteriores”¹.

5. En el presente caso, la acción fue iniciada por la señora Aurora Díaz de Álvarez, quien invocó su condición de cesionaria de una serie de acreedores de las compañías en reorganización Laboratorios California S. A., Compañía California S. A. y Memphis Products S. A., tal como consta en los anexos de la demanda. Así, en soporte de su calidad, aportó los siguientes documentos:

a. Por la sociedad Laboratorios California S. A., copia de un acuerdo de cesión de créditos celebrado con la compañía Paperplast Ltda., por el crédito contenido en la factura cambiaria de compraventa n.º 1526 de 15 de julio de 2008, por la suma de \$371.200,00, acompañada de copia de la mencionada factura y de los escritos por medio de los cuales se notificó a la representante legal de la concursada acerca de la cesión y se dio aviso a la promotora y a la Superintendencia de Sociedades sobre la operación (folios 81 a 90 del cuaderno principal número 1).

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de octubre de 2010, Exp. 11001-3101-003-2001-00855-01.

b. Por la sociedad Compañía California S. A., copia de un acuerdo de cesión de créditos celebrado con la compañía Copyplus Ltda., por los créditos contenidos en las facturas n.ºs 13567 y 13680 de 24 de septiembre y 1º de noviembre de 2008, por un valor total de \$174.250,00, acompañada de copia de las referidas facturas y de los escritos por medio de los cuales se notificó a la representante legal de la concursada acerca de la cesión y se dio aviso a la promotora y a la Superintendencia de Sociedades sobre la operación (folios 91 a 102 del cuaderno principal número 1).

c. Por la sociedad Memphis Products S. A., copia de un acuerdo de cesión de créditos celebrado con la compañía Copyplus Ltda., por el crédito contenido en la factura n.º 13310 de 1º de julio de 2008, por un valor total de \$85.585,00, acompañada de copia de la citada factura y de los escritos por medio de los cuales se notificó a la representante legal de la concursada acerca de la cesión y se dio aviso a la promotora y a la Superintendencia de Sociedades sobre la operación (folios 103 a 113 del cuaderno principal número 1).

6. Sin necesidad de un mayor análisis, es evidente que los créditos que pretende hacer valer la demandante surgieron a la vida jurídica con posterioridad a los actos que ahora demanda, y que datan del 23 de enero anterior. Para el momento en que surgieron los créditos de los que hoy es titular la demandante, los negocios de “cesión de dineros” demandados ya habían producido el patrimonio de las sociedades Laboratorios California S. A., Compañía California S. A. y Memphis Products S. A.

Ni Paperplast Ltda. ni Copyplus Ltda. se vieron perjudicadas por un acto anterior a su crédito, pues para el momento en que se convirtieron en acreedoras de las concursadas, recibieron como prenda general el patrimonio de sus deudoras en el estado en que se encontraba para entonces, con las consecuencias que en él implicaron los contratos de 23 de enero de 2008.

Menos aún se ven afectados los cesionarios Aurora Díaz de Álvarez y HTBQ SAS, pues si bien ellos recibieron de sus cedentes “*todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda*”, los recibieron con las mismas limitaciones que éstos tenían, en desarrollo del principio según el cual nadie puede transferir más derechos de los que tiene (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet, Ulpiano, D.50.17.54*).

7. Distinto habría sido el caso en que la demandante hubiera sido cesionaria de créditos anteriores al acto demandado, pues en ese caso habría ocupado su posición en los mismos términos del acreedor original, incluido el derecho a demandar la revocatoria de los actos que lo hayan perjudicado. Así, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“Las sumas reconocidas en el proceso concursal, son un derecho personal de crédito, esto es, un bien incorporal de contenido patrimonial, que puede ser objeto de disposición, renuncia, enajenación o transferencia, en los términos que indica el artículo 15 del Código Civil. (...)”

Nada impide que un tercero pague al trabajador y se subrogue en los derechos de este dentro del procedimiento concursal (artículo 1668 numeral 1º del Código Civil). En ese caso, el tercero que pagó obtendría del trabajador ‘todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas’ que accedían al crédito satisfecho por aquel (artículo 1670 C. C.), y por tanto, vendría a ocupar los mismos privilegios del trabajador, rectius, la misma clase y grado de este (artículo 2494 del Código Civil).

Del mismo modo, no existe obstáculo alguno para que el trabajador ceda su crédito en los términos que indica el artículo 1959 y siguientes del Código Civil, caso en el cual el cesionario también se beneficiaría de las ‘fianzas, privilegios e hipotecas’ del trabajador (artículo 1964 C. C.), y vendría a ocupar su mismo lugar dentro de la calificación y graduación de créditos”².

8. Sin embargo, al tratarse de créditos posteriores al acto demandado, no es del caso predicar la transmisión de las acciones accesorias al derecho de crédito, como la presente acción revocatoria, pues ella nunca hizo parte de los derechos transmitidos a la demandante por sus cedentes Paperplast Ltda. y Copyplus Ltda.

9. Ante la evidente falta de legitimación en la causa de la parte demandante, el Despacho queda relevado de la indagación sobre la concurrencia o no de los demás elementos de la acción revocatoria. Tampoco se estima necesario realizar un pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito planteadas por las demandadas, al haber prosperado una que tiene efectos deletéreos respecto de las pretensiones de la demanda.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de octubre de 2011, M. P. William Namén Vargas, Exp. 08001-22-13-000-2011-01810-02.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar probada la excepción de mérito de “Inexistencia de los presupuestos indicados en la Ley 1116 de 2006”, propuestas por el demandado Jorge Humberto Rojas Melo.

Segundo. No estimar las pretensiones de la demanda, por falta de legitimación en la causa por activa.

Tercero. Condenar en costas a la demandante. Liquídense por Secretaría una vez en firme la presente sentencia.

Cuarto. Levantar las medidas cautelares decretadas en los autos 480-011056 de 28 de junio de 2010 y 480-011158 de 29 de junio de 2010, así como en las providencias que los complementan. En consecuencia, enviar copia de la presente providencia a las entidades bancarias Bancolombia y Banco de Occidente, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Sexto. Remitir sendas copias de la presente providencia al Grupo de Reorganización Empresarial y Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, con destino a los expedientes de los procesos de reorganización de Laboratorios California S. A., Compañía California S. A. y Memphis Products S. A. Por secretaría, expídanse y remítanse una vez en firme la presente sentencia, sin necesidad de oficio.

Sentencia 480-00079 de 30 de junio de 2015

Demandante	Álvaro Ochoa Amaya
Demandado	Campollo S. A. en reorganización y Fiduciaria Colpatria S. A.
Asunto	Acciones revocatorias y de simulación – Improcedencia para modificar la calificación y graduación de créditos del concurso. Alternativas cuando los actos se encuentran por fuera del período de sospecha Simulación. Clases de simulación Período de sospecha. Imperatividad de las normas que lo establecen Acción de simulación. Simulación del contrato y simulación de los pagos hechos en ejecución de un contrato Acción de simulación por cambio en la naturaleza del contrato. Improcedencia para controvertir pagos, cuando se reconoce que ellos se limitaron a ejecutar un contrato celebrado por fuera del período de sospecha

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

a. Alcance de las facultades de la Superintendencia de Sociedades en las acciones revocatorias y de simulación concursales

1. Antes de analizar el fondo de las pretensiones en el presente caso, resulta pertinente advertir que, según lo ha expuesto tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades tienen un carácter excepcional y restrictivo.

2. Se recuerda que *“únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”*¹. La excepcionalidad de dichas funciones se concreta en dos aspectos: *“la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa”*². Por tanto, las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades son de interpretación restrictiva, y no pueden ampliarse indefinidamente para incluir en ellos todos los asuntos indirectamente relacionados con ellas. Lo contrario *“sería*

1 Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general”³.

3. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos “*actos o negocios realizados por el deudor*” cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. En este contexto no cabe realizar declaraciones sobre la naturaleza de obligaciones en un proceso concursal, ni el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de pagos hechos con posterioridad a la admisión al concurso, ni el restablecimiento de las situaciones alteradas con fundamento en pagos que fueron ineficaces por este motivo. Estos asuntos son del resorte del juez de la reorganización, quien debe conocerlos al interior del proceso concursal, y no podrán ser objeto de debate al interior de este escenario procesal, que es de naturaleza restrictiva.

b. Falta de jurisdicción y competencia de la Superintendencia de Sociedades para calificar o graduar créditos en el proceso de reorganización de Campollo S. A. Sentencia inhibitoria parcial

4. En armonía con lo anteriormente expuesto, anota el Despacho que las pretensiones cuarta, quinta y sexta de cada uno de los grupos de pretensiones principales y subsidiarias escapan a las facultades de esta entidad en ejercicio de la acción de simulación de que trata el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, tal como se explica a continuación.

5. Con una redacción casi idéntica, las tres pretensiones identificadas con el ordinal “*Cuarto*” en la demanda buscan que la sentencia disponga “*Declarar que los pagos simulados a título de cánones de arrendamiento (...) no son gastos de administración*”⁴, sea que se hubieran pagado en virtud del contrato “*de arrendamiento de bienes inmuebles*”⁵ o del “*de bienes muebles*”⁶. Pero la facultad de declarar si un crédito es o no es una obligación del concurso o un gasto de administración no es propio de la acción de simulación, sino del proceso de reorganización (artículos 24 a 30 de la Ley 1116 de 2006).

3 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2013, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 0800122130002013-00456-01.

4 Folios 349, 350 y 351 del cuaderno principal número 2.

5 Folio 349 íbidem

6 Folios 350 y 351 íbidem.

6. Respecto de las tres pretensiones identificadas con el ordinal “Quinto”, tendientes a *“Reconocer los presupuestos de ineficacia de pleno derecho de los pagos simulados a título de cánones de arrendamiento realizados con posterioridad a la admisión de Campollo S. A. al proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006”*, dicha potestad también fue asignada al juez de la reorganización, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 numeral 10 y 17 parágrafo 2 de la ley de insolvencia empresarial.

Ahora, podría pensarse que, como la ineficacia de pleno derecho no requiere de declaración judicial (artículo 897 del Código de Comercio), no habría impedimento alguno para que en el curso del proceso de simulación concursal así se reconociera. Sin embargo, en el presente caso ello no es posible, pues dicha pretensión tiene como supuesto que los pagos cuya ineficacia se alega no tuvieron la calidad de gastos de administración, esta situación no puede ser declarada por el juez de la simulación, sino únicamente por el juez de la reorganización.

7. En el mismo sentido, también están por fuera de las competencias de este Despacho las tres pretensiones identificadas con el ordinal “Sexto”, que buscan a la restitución de los mencionados pagos. En efecto, dicha pretensión es consecencial a las dos anteriores, pues la restitución solo podría ser resultado, tanto de que los pagos no hubiesen tenido la calidad de gastos de administración, como de la ineficacia que se derivaría de esta circunstancia. Pero, según se dijo, este Despacho no es competente ni para lo uno, ni para lo otro; y, por tanto, mal haría en pronunciarse sobre la restitución pretendida.

8. Así, esta entidad se encuentra imposibilitada para emitir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones mencionadas. *“Lo que ocurre en casos como este es que por carencia de un presupuesto procesal, o sea, por falta de demanda formulada con los requisitos legales, por un vicio insubsanable del libelo, el Juez no puede pronunciar sentencia favorable o desfavorable a las pretensiones del actor”*⁷, y por ello se proferirá un fallo inhibitorio parcial⁸, relacionado con esas pretensiones específicas.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de julio de 1954, M. P. Manuel Barrera Parra, G. J. LXXVIII, p. 103.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de julio de 2003, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. C-6729.

c. Requisitos de prosperidad de las acciones de simulación concursales

9. Las acciones de simulación, como la propuesta, son una especie de acciones reconstitutivas, cuyo propósito es el de revelar el verdadero estado del patrimonio del deudor, a través de la desestimación de actos o negocios que buscaban disimular, entre otros, la titularidad de bienes corporales o derechos de crédito. Con ello se busca, como efecto, un incremento en la prenda general de los acreedores, que mitigue una insuficiencia patrimonial del concursado.

10. Como en cualquier acción de simulación, quien acude a esta acción debe acreditar que el acto demandado no es más que una apariencia, que esconde una realidad patrimonial distinta. Ello puede ocurrir de varias formas: sea porque se creó la fachada de un negocio, cuando en realidad no hubo nada (en la simulación absoluta), sea se maquillaron algunos elementos de la operación, para darle unos alcances distintos (en las distintas especies de simulación relativa, que pueden versar sobre la naturaleza, el contenido o las partes del negocio).

11. Adicionalmente, para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

d. Sobre la especie de simulación alegada por la demandante

12. En el presente asunto, la demandante persigue que se declare la simulación, tanto del pago de unos cánones de arrendamiento, como de uno de los contratos de los que éstos se derivan. No se identificó la clase de simulación, absoluta o relativa, cuya declaratoria se pretende. En casos similares, la juris-

prudencia nacional ha dicho que, así se pretenda una especie de simulación (por ejemplo, la absoluta), el juez está obligado a indagar y decidir sobre la otra (la relativa), si esta se puede deducir de una interpretación razonable de los hechos invocados en la demanda⁹.

13. Para este propósito, se analizará si la demanda ataca el acto en su totalidad, y pretende desconocer su celebración en todos sus aspectos, y se trata de una simulación absoluta; o si, por el contrario, se busca desconocer alguno de los aspectos específicos del negocio, y se trata de una simulación relativa.

14. Al respecto, de la lectura de la demanda se observa que el actor pretende demostrar que las operaciones demandadas entre Campollo S. A., hoy en reorganización, y el Fideicomiso FC-Campollo, en realidad eran *“una operación de fuente de pago de una operación (sic) para la consecución del Proyecto Campollo”*¹⁰, *“para evadir el fuero de atracción de un eventual concurso”*¹¹; *“[e]l esquema simulado de arrendamiento tuvo por objeto y efecto la evasión del concurso de acreedores, un engaño a quienes como mi cliente, tienen la condición de acreedores de Campollo en infracción al conocido principio de igualdad concursal”*¹².

15. De lo anterior es evidente que las pretensiones de la demanda se dirigen a que se estudie y, en caso de hallarlo demostrado, declare la existencia de una simulación relativa.

El demandante no pretende demostrar que los actos demandados no hayan existido en la realidad; por el contrario, considera que los arrendamientos y los pagos existieron, pero con algunas variantes, para enmascarar una realidad distinta: un pago con violación a la prelación legal de créditos y a la par condicio creditorum.

Esta es una especie de simulación relativa que la doctrina llama *“simulación de la naturaleza del contrato”*¹³, o *simulación relativa por cambio de causa*. En esta especie de simulación relativa, existe un acto oculto que las partes disfrazaron bajo la apa-

9 Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 6 de mayo de 2009, M. P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-032-2002-00083-01, que cita además abundantes pronunciamientos en ese sentido.

10 Folio 344 del cuaderno principal número 2.

11 Folio 348 íbidem.

12 Íbidem

13 Ferrara, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, p. 238.

riencia de otro acto que “de naturaleza distinta a la que se muestra a los ojos de terceros, o bien de naturaleza semejante pero que bajo esta fase ostensible se ofrece al público formulado en términos diferentes, relación aquella en cuya prevalencia radica fundamentalmente el interés de quien pretende del tipo de simulación en referencia extraer consecuencias a su favor y a la cual, por lo que a su reconocimiento jurisdiccional atañe, es preciso orientar tanto la acción entablada como la prueba producida para sustentar esta última”¹⁴.

16. Así las cosas, este Despacho analizará los hechos teniendo en cuenta que la simulación pretendida por el demandante es relativa, y que no discute el que las partes hayan celebrado una serie de actos, sino la naturaleza jurídica de los mismos.

e. Imperatividad de las normas que establecen el período de sospecha

17. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 no estableció la acción de simulación como una acción omnímoda, a través de la cual se pueda atacar cualquier acto, independientemente de la época en que ocurra. Sus efectos son limitados en el tiempo, y se restringen a un período previo, que la ley considera directamente relacionado con la ocurrencia o con el agravamiento de la crisis. Así, las acciones revocatorias solo abarcan las operaciones realizadas dentro de los 6, 18 o 24 meses anteriores al inicio del proceso concursal, según se trate de reformas estatutarias, actos a título oneroso o actos a título gratuito, respectivamente.

18. En la medida en que dichos términos fueron dispuestos en una norma de orden público, representan un límite inquebrantable para el alcance de estas acciones. Los actos que se ubiquen por fuera de este plazo no pueden ser reversados por vía de la acción revocatoria; estos actos escapan a las posibilidades de cualquier juez del concurso que conozca de este tipo de actuaciones. Sostener lo contrario sería tanto como decir que un juez pueda derogar, modificar o sustituir una disposición imperativa, en contravía de lo dispuesto en el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil.

f. Alternativas a las acciones revocatorias concursales para los actos que no se encuentran en el período de sospecha

19. Por supuesto, existen actos y negocios del deudor que, si bien se pueden encontrar por fuera del período de sospecha, pudieron haber ocasionado o

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de abril de 1993, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, G. J. CCXXII, p. 422.

agravado la crisis del deudor. Para estos casos, el legislador no ha previsto las acciones revocatorias concursales, sino otra especie de vías judiciales, en las que puede formular, dependiendo del caso, pretensiones reintegradoras o reparadoras.

20. Así, por ejemplo, cualquier acreedor perjudicado puede demandar dichas operaciones a través de la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil, siempre y cuando aún no haya vencido el término previsto en el inciso final de dicha disposición. También puede acudir a la acción ordinaria de simulación ante los jueces ordinarios, cuando con la operación dañina se haya ocultado la verdadera situación patrimonial del deudor, o a la acción oblicua, en los casos en que el daño sea producido por la indebida o deficiente ejecución de un derecho por parte del concursado; una y otra acciones se sujetan al mismo término de prescripción de diez años prevista para la acción ordinaria (artículo 2536 del Código Civil).

21. Del mismo modo, a solicitud de interesado, hay otros procesos paralelos a la insolvencia que pueden ser conocidos por el juez del concurso, así se fundamenten en actuaciones que excedan el período de sospecha. Por ejemplo, a solicitud de cualquier interesado en el concurso, se puede solicitar la declaratoria de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante, cuando por causa o con ocasión de sus actuaciones se producido la insolvencia del deudor (artículo 61 de la Ley 1116 de 2006); o la declaratoria de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales o empleados de la compañía que dolosa o culposamente hayan celebrado actos nocivos para el concursado y con ellos hayan generado o incrementado su insolvencia (artículo 82 ibídem). Para la primera de estas acciones se cuenta con un término de caducidad de 4 años; para la segunda, opera el término de prescripción de que trata el citado artículo 2536 del Código Civil.

g. Análisis del caso concreto. El *“contrato de arrendamiento de bienes muebles celebrado entre Campollo S. A. y el Fideicomiso FC Campollo” se celebró por fuera del período de sospecha*

22. Hechas las anteriores precisiones, este Despacho pasará a estudiar el petitum de la demanda en lo que respecta a las pretensiones subsistentes que integran el *“segundo grupo de pretensiones principales”*. En especial, si el *“contrato de arrendamiento de bienes muebles celebrado entre Campollo S. A. y el Fideicomiso*

FC Campollo” que allí se controvierte se enmarca dentro del período de sospecha previsto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

23. En el presente caso, por medio de auto 430-003908 de 14 de marzo de 2014 se decretó la apertura del proceso de reorganización de Campollo S. A. El período de sospecha para los actos a título oneroso estaba comprendido dentro de los 18 meses anteriores a la notificación de dichas providencias, abarcando los meses de septiembre de 2012 a marzo de 2014; por su parte, el período de sospecha para los actos a título gratuito estaba comprendido entre los meses de marzo de 2012 y marzo de 2014.

24. Ahora, según la afirmación del demandante, el “*contrato de arrendamiento de bienes muebles*” atacado, fue celebrado como una parte del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago y contratos accesorios entre Campollo y Fiduciaria Colpatría de 21 de julio de 2011. Así, por ejemplo, el hecho 3.1.6.7. de la demanda afirma lo siguiente:

“3.1.6.7. Dentro de las definiciones previstas por el Contrato [de 21 de julio de 2011] se define el Contrato de Arrendamiento como aquel ‘en virtud del (los) cual (cuales) el Fideicomiso –en calidad de propietario de los inmuebles, los equipos y el proyecto– concederá el goce de estos a favor del Fideicomitente. El valor del canon mensual del contrato de arriendo será equivalente al cien por ciento (100%) del valor de los intereses mensuales del servicio de la deuda a cargo del Fideicomiso’.

Los activos ‘serán utilizados por el Fideicomitente para el desarrollo de su objeto social en virtud del contrato de arriendo’.

Dicha cláusula muestra que el contrato de arrendamiento podría recaer también sobre bienes muebles aportados por Campollo en ejecución del Contrato de Fiducia” [15]. 15 folio 339 del cuaderno principal número 2.

En desarrollo de lo anterior, los hechos contenidos bajo el numeral 3.3.1.2. de la demanda, y que van desde el 3.3.1.2.1. hasta el 3.3.1.2.4., contienen manifestaciones similares, en el sentido de que el Otrosí 2 al contrato de fiducia de 29 de noviembre de 2012 declaró la existencia del contrato de arrendamiento de bienes muebles desde el 1 de enero de 2012.

25. Sea que se entienda incorporado el contrato de arrendamiento de bienes muebles al contrato de fiducia de 21 de julio de 2011, sea que se entienda celebrado el 1 de enero de 2012, en ambos casos el mencionado negocio jurí-

dico estaría fuera del período de sospecha, y por tanto es necesario descartar la procedencia de la acción de simulación concursal respecto del segundo grupo de pretensiones principales.

26. Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, y con el ánimo de ser exhaustivos en el estudio de los argumentos planteados o sugeridos en la demanda, podría llegar a sostenerse que el contrato de arrendamiento de bienes muebles solo surgió a la vida el 29 de noviembre de 2012, fecha en que se firmó el Otrosí 2 al contrato de fiducia mercantil. Dicha hipótesis, sin embargo, debe también desecharse, tal como se explica a continuación.

27. Por un lado, el contrato de arrendamiento de bienes muebles es de naturaleza consensual, según dispone como regla general el artículo 1500 del Código Civil. En esta medida, bien podía haberse celebrado el 1 de enero de 2012, tal como se encuentra documentado en el Otrosí 2, así este documento haya sido extendido en una fecha posterior.

28. El argumento anterior es reafirmado por algunas disposiciones del contrato de arrendamiento del Código Civil. De acuerdo con este, el arrendamiento (de bienes muebles o de inmuebles) siempre surgirá desde que se entregue de la cosa arrendada, incluso a pesar de cualquier estipulación de las partes sobre la forma del contrato (artículo 1979 del Código Civil). Dicha entrega puede hacerse “*bajo cualquiera de las formas de tradición reconocidas en la ley*” (artículo 1978 *ibídem*), como la tradición ficta, la *traditio brevi manu, longa manu*, o el *constituto posesorio*, según prevé el artículo 754 del mismo código.

29. Finalmente, se resalta que lo dispuesto en el Otrosí 2 al contrato de fiducia, en lo relativo a la fecha a partir de la cual produjo efectos el contrato de arrendamiento de bienes muebles no fue desconocido por el demandante, sino antes bien fue invocado como fundamento de sus peticiones. Mal podría ahora este Despacho desconocer el contenido de lo allí expresado, máxime cuando el principio de congruencia limita el rango de sus decisiones a lo invocado en las pretensiones, las excepciones de mérito y las demás defensas quedaren demostradas en el proceso, con la excepción de la prescripción, la compensación y la nulidad relativa (artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil).

30. Así las cosas, el segundo grupo de pretensiones principales deberá ser desechado por versar sobre actos que se encuentran por fuera del período de sospecha.

h. El objeto de la acción de simulación relativa que recae sobre la naturaleza del acto se refiere a la fuente de la obligación, no a su cumplimiento. Improcedencia de la acción de simulación

31. Ahora, el primer grupo de pretensiones principales y el grupo de pretensiones subsidiarias al segundo grupo de pretensiones principales de la demanda plantean que las sociedades demandadas simularon una serie de pagos, de “los pagos a título de cánones de arrendamiento de bienes inmuebles”¹⁵, en el primer caso, y de “los pagos a título de cánones de arrendamiento de bienes muebles”¹⁶ en el segundo. Considera que en ninguno de los dos casos los pagos se refirieron a los contratos mencionados, sino a los créditos a favor de los acreedores del “Club Deal”, a quienes se satisficieron sus acreencias en violación de la prelación legal de créditos y de la igualdad.

32. Sin embargo, encuentra el Despacho que esta simulación, en caso de existir, no podría predicarse de los pagos, sino de los contratos que dieron origen a las obligaciones que se satisficieron con ellos. Al pedir la simulación relativa de los pagos, el demandante asimila indebidamente dos instituciones completamente distintas de nuestro derecho de obligaciones, tal como se explicará con más detalle a continuación.

33. Una cosa es el contrato como fuente de obligaciones, otra cosa es la obligación misma y otra cosa bien distinta es el pago como mecanismo de extinción de obligaciones. Si bien los tres fenómenos pueden hacer parte de una misma secuencia lógica, se trata de etapas claramente identificables y compartimentadas en la existencia de las relaciones de crédito.

34. El contrato es, por excelencia, una de las fuentes de las obligaciones. Cuando se le emplea con este propósito, se trata de una especie de negocio jurídico bilateral, un acto de autorregulación de intereses, mediante el cual dos o más partes convienen crear obligaciones. Por supuesto, a través de contratos también pueden modificarse o extinguirse obligaciones (artículo 864 del Código de Comercio); pero ello es materia que no atañe al asunto *sub examine*.

35. La obligación es una relación jurídica entre un acreedor y un deudor, en virtud de la cual este debe ejecutar, en favor de aquel, una prestación de

15 Folio 349 del cuaderno principal número 2.

16 Folio 351 *ibídem*.

dar, hacer o no hacer. Las obligaciones pueden tener un origen muy diverso, como los negocios jurídicos, el daño, el enriquecimiento sin causa o los hechos legalmente regulados. Para efectos del caso materia de estudio, baste decir que, cuando las obligaciones nacen de un contrato, estas son su efecto principal. Pero así como no se puede confundir la causa con el efecto, tampoco es válido confundir el contrato con la obligación que de este nace.

36. El pago, por su parte, es la forma arquetípica de extinción de las obligaciones, que opera a través del cumplimiento exacto de la prestación debida. En términos del artículo 1626 del Código Civil, “[e]l pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

37. Ahora, según se relató más arriba, el demandante planteó en varias de sus pretensiones que “los pagos a título de cánones de arrendamiento” fueron simulados; y en diversos apartes de su demanda justifica la anterior pretensión en que “[e]l esquema simulado de arrendamiento tuvo por objeto y efecto la evasión del concurso de acreedores”, pues escondió “una operación de fuente de pago”, “para evadir el fuero de atracción de un eventual concurso”.

38. Hechas las anteriores precisiones, para este Despacho es claro que las pretensiones de declaratoria de simulación no se refieren a los pagos, como lo plantea el demandante, sino que apuntan a los negocios de los que surgieron las obligaciones que luego fueron pagadas por Campollo S. A., hoy en reorganización.

39. Es cierto que el pago es un negocio jurídico y como tal puede ser objeto de simulación; sin embargo, en el presente caso la simulación del pago no puede tener los alcances que le pretende dar el demandante. Varios argumentos llevan a esta conclusión.

40. Antes que nada, debe hacerse una precisión fundamental: la simulación de los pagos es una cosa bien distinta de la simulación del contrato que les sirvió de causa.

Un pago puede ser absolutamente simulado, si supuestamente se hizo, cuando en la práctica no fue así. También puede ser objeto de las distintas especies de simulación relativa, por cambio en la naturaleza del acto, el su contenido o en los sujetos que intervienen en él. En el primero de los casos, podría

decirse que un pago fue relativamente simulado cuando aparentemente se pagó una obligación, cuando en realidad se pagó un crédito distinto. En el segundo caso, habría simulación en el contenido del pago si ostensiblemente se pagó con una prestación y ocultamente se ejecutó una prestación distinta. En fin, habría simulación del pago en los casos de interposición de persona, cuando no hay correspondencia entre quien dijo pagar o a quien dijo pagar y los sujetos que en realidad intervinieron en la operación, directamente o a nombre y por cuenta de ellos.

41. Ninguna de las anteriores hipótesis fue invocada por el demandante. Este alega que los pagos se hicieron, luego no hay simulación absoluta. Afirma también que se trató de pagos hechos en ejecución de los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles de 21 de julio de 2011, con sus modificaciones contenidas en el Otrosí número 2, razón por la cual también debe descartarse la simulación relativa por cambio en la naturaleza del acto, pues los pagos correspondieron a las obligaciones derivadas de dichos contratos. Tampoco controvierte que los montos pagados hayan sido distintos de los que en apariencia se declararon por las partes demandadas en el presente proceso, por lo que también debe descartarse la simulación relativa por cambio en el contenido del acto. Y en fin, el demandante no niega que las partes de los pagos hayan sido las que aparecen en el registro de tales operaciones, y por ello debe desecharse también la posibilidad de una interposición de persona.

42. El demandante afirma (y por tanto reconoce) que se hicieron una serie de pagos en ejecución de dos contratos de arrendamiento, que el demandante distingue como “*de bienes inmuebles*” y “*de bienes muebles*”. El actor no controvierte que el pago haya versado sobre las obligaciones derivadas de estos contratos. Por el contrario, se observa a lo largo del contenido de la demanda, que el actor está de acuerdo con que los pagos hechos por Campollo S. A. correspondieron a los “*intereses mensuales del servicio de la deuda a cargo del arrendador frente a las entidades financieras que integran el Club Deal*”, según señalan tanto el contrato de arrendamiento como su modificación.

43. Lo que en verdad alega el demandante consiste en que los contratos de arrendamiento de bienes muebles y de arrendamiento de bienes inmuebles es que escondían un acuerdo sobre el pago de los créditos concedidos al patrimonio autónomo por los acreedores del Club Deal. Es decir, el deman-

dante alega una simulación relativa de los contratos de arrendamiento por cambio en su naturaleza, que en su sentir escondía un comodato y un acuerdo de pago sobre los intereses causados por una serie de mutuos.

Aclaradas así las cosas, no hace falta mayor análisis para reconocer que lo que en realidad pretende el demandante no consiste en que se declare la simulación de los pagos, como lo pide, sino en que se declare la simulación de los contratos que sirvieron de causa a las obligaciones pagadas por la demandada Campollo S. A.

44. Ahora, teniendo en cuenta que los contratos de arrendamiento de 21 de julio de 2011 y de 1 de enero de 2012 se encuentran, como ya se expresó, por fuera del período de sospecha para la procedencia de las acciones de simulación concursales, el Despacho también ha de descartar las pretensiones que conforman el primer grupo principal y el grupo subsidiario al segundo principal.

i. Sobre los demás elementos de la acción de simulación

45. En la medida en que los negocios demandados se encuentran por fuera del período de sospecha, no considera necesario este Despacho analizar si se causó daño a los acreedores ni si las sociedades demandadas actuaron de buena fe.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Inhibirse de fallar sobre las pretensiones identificadas con los numerales cuarto y quinto, tanto en el primero y en el segundo grupo de pretensiones principales, como en el grupo de pretensiones subsidiarias al segundo grupo de pretensiones principales, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

Segundo. Desestimar las demás pretensiones de la demanda, por estar demostrada la falta de legitimación en la causa de la demandante.

Tercero. No condenar en costas a la demandante, por no haberse causado.

Cuarto. Por Secretaría, remitir copia de la presente providencia al Grupo de Reorganización y Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, una vez se encuentre en firme, sin necesidad de oficio.

Auto 400-009452 de 10 de julio de 2015

Demandante Rentafolio Bursátil y Financiero SAS y otros

Demandado Alejandro Revollo Rueda

Asunto Liquidación en intervención. Decreto 4334 de 2008.
Liquidación judicial por insolvencia. Ley 1116 de 2006.
Diferencias

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. En lo que respecta a la primera censura propuesta por las impugnantes, esto es, (i) la indebida fundamentación legal, baste decir que en ambos libelos las comisionadas de la DIAN parten de un supuesto errado: que este proceso de intervención, en la fase actual, es un “procedimiento administrativo”, lo cual es una imprecisión sustantiva. No obstante lo anterior, analizando el fondo del argumento contenido en este cargo, según el cual el artículo 12 del Decreto 1910 de 2009 habría introducido una prelación distinta para intervenidas en sede de liquidación, no tiene fundamento normativo real, toda vez que la norma en cita, entre otras, fue declarada nula por el Consejo de Estado, mediante Sentencia de 9 de diciembre de 2009, Exp. 00732. Así las cosas, el cargo formulado está llamado a fracasar.

2. En lo que toca con el segundo cargo, referente a la (ii) no existencia de consolidación patrimonial, la afirmación es verdadera, pero la consecuencia que de esta situación pretenden extraer las recurrentes es falsa.

El marco normativo que disciplina la figura de la intervención implica que, en atención a las particulares circunstancias sociales y económicas que rodean la operación de los sujetos pasibles de intervención, esto es, los indicados en el artículo 5 del Decreto 4334 de 2008, se verifica una fractura respecto del modelo usual de realización de activos, ya que el reglamento ha establecido aristas especiales, diferentes y a veces opuestas, a la estructura liquidatoria prevista en la Ley 1116 de 2006, lo que lleva a concluir que el mencionado estatuto de insolvencia funge como fuente supletoria del reglamento especial, es decir, de los decretos 4334 de 2008 y 1910 de 2009, entre otros.

Así las cosas, si bien una de las medidas de intervención es la liquidación judicial, como indica el literal f del artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, se trata de un trámite liquidatorio sui generis que solo se nutre de las normas de la Ley 1116 de 2006 de manera subsidiaria o supletoria. Si esto es así, mal podría hablarse de la cabida de la figura especialísima de la consolidación patrimonial en este caso, cuando es lo cierto que el sub lite escapa al alcance material del Decreto 1749 de 2001, que se contrae a los procesos de insolvencia propiamente dichos, esto es, reorganización y liquidación judicial, ambos procesos disciplinados por la Ley 1116 de 2006, tal y como lo dispone el artículo 1 del Decreto 1749 de 2011.

De lo anterior se colige el fracaso del cargo, ya que se funda, también, en una norma inaplicable. Por lo demás, la falta de claridad que enrostran las impugnantes no se desarrolla en los recursos ni se indica de qué manera la alegada ausencia de claridad, de existir, viciaría el auto atacado. Pero aún en el caso de que las impugnantes hubieran desarrollado en cargo de forma adecuada y quedara establecido su supuesto de hecho, es decir, que no hay claridad sobre la fuente de los recursos, conviene recordar que la única separación patrimonial prevista en la norma de intervención, para efectos de deslindar la masa liquidatoria, es la contenida en el parágrafo 2 del citado artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, a cuyo tenor “[s]e entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos”. En este sentido, es claro que, a efectos del desarrollo de la intervención, es indiferente de cuál de los patrimonios de los intervenidos sale el dinero para atender los gastos de administración y la devolución a los afectados.

3. Para una mejor ilustración sobre las particularidades de la liquidación en sede de intervención, el Despacho considera oportuno hacer las siguientes distinciones entre aquella, prevista en el Decreto 4334 de 2008, y la liquidación judicial por insolvencia regulada en la Ley 1116 de 2006, así:

Criterio	Decreto 4334 de 2008 Decreto 1910 de 2009	Ley 1116 de 2006
Origen del proceso	Es la actividad de captación ilegal de dinero, tal y como lo indica el artículo 7, literal f, del Decreto 4334 de 2008, cuando indica que una de las medidas de intervención es, precisamente, la liquidación del ente intervenido.	Es la situación de insolvencia del deudor, de conformidad con lo previsto en los artículos 47 y 49.
Finalidad del proceso	Está consagrada en el artículo 9 del Decreto 1910 de 2009, así: “El proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones aceptadas insolutas, hasta concurrencia del valor de las mismas”	Está prevista en el artículo 1, inciso 3, según el cual “El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor”
Propiedad de los bienes	Los propietarios de los bienes son los afectados, tal como lo señala el artículo 7, parágrafo 2, del Decreto 4334 de 2008: “Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos”. Después de realizada la devolución total a los afectados, los bienes que quedaron vuelven al patrimonio de los intervenidos.	Los bienes pertenecen a los deudores, aunque afectos a los pagos de los acreedores. Lo anterior, en desarrollo del principio de universalidad objetiva, que consiste en que todos los bienes del deudor quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.
Devolución de dineros	En la liquidación judicial como medida de intervención, con la devolución de dineros se cumple con el objeto de la intervención. De allí que la devolución se realice en la toma de posesión o en la liquidación judicial, en cualquier momento, y solo precisa la existencia de dinero en efectivo y afectados insolutos. Esta figura está prevista en el artículo 10, parágrafo 1, del Decreto 4334 de 2008	No opera.

Criterio	Decreto 4334 de 2008 Decreto 1910 de 2009	Ley 1116 de 2006
Pago o adjudicación	Esta fase de la liquidación en sede de intervención se rige por las normas de la Ley 1116 de 2006, pero sin perder de vista que primero se les devuelven las inversiones a los afectados, dividiendo la masa entre el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado. Con el remanente, si queda, se cubre, ahí sí, los acreedores a prorrata.	Los pagos en efectivo o vía adjudicación de bienes, se hacen a prorrata a los acreedores, teniendo en cuenta la calificación y graduación de créditos aprobada en el proceso.
Gastos de administración	<p>En la liquidación judicial como medida de intervención, como los bienes son de los afectados, los gastos de administración que se causen dentro del proceso, se pagarán a medida que se vayan generando, siempre y cuando los mismos sean necesarios para la administración, recuperación, custodia, venta o adjudicación de los bienes y todos aquellos estrictamente necesarios para el desarrollo del proceso.</p> <p>Hay otro tipo de rubros que tienen relación directa con los intervenidos, como por ejemplo los impuestos de renta y complementarios a cargo de sociedades intervenidas, que deben ser cubiertos con los recursos que sobren, después de realizada la devolución total a los afectados, y cada bien respaldará las obligaciones o acreencias del intervenido propietario.</p>	Las obligaciones posteriores al inicio del proceso de insolvencia -gastos de administración- tienen preferencia en el pago sobre los créditos calificados y graduados tal como lo prevé el artículo 71.
Solidaridad	Existe solidaridad de los intervenidos para la devolución de las inversiones a los afectados, lo que quiere decir que sin importar en cabeza de quién está el bien, todo se convierte en una sola masa para responder a los afectados. Realizadas todas las devoluciones, la solidaridad se termina y los intervenidos responderán frente a sus acreedores con sus bienes propios.	El deudor es uno solo, por lo tanto la figura de la solidaridad, en principio, no tiene aplicación.

4. Finalmente, advierte el Despacho ciertos visos dilatorios en actuaciones procesales como la que por este auto se resuelve, debido a la ostensible ausencia de fundamento en los recursos. La tenue línea que separa el ejercicio leal de las herramientas procesales de las maniobras dilatorias supone para los sujetos procesales una carga de diligencia que se materializa, por ejemplo, en no citar como vulneradas normas inexistentes o no invocar figuras abiertamente improcedentes como fundamento de los cargos, además de las discrepancias formales advertidas por el liquidador en su memorial de traslado. En este sentido, es necesario que los intervinientes en esta causa tomen nota de la posición del Despacho, que no dudará en ejercer los poderes disciplinarios ante conductas temerarias y/o dilatorias, según lo previsto en el numeral 5 del artículo 60A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1285 de 2009.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar en todas sus partes el Auto 400-005437 de 10 de abril de 2015, de conformidad con la parte resolutive de esta providencia.

Segundo. Reconocer personería a Nidia Lucy Patiño Ladino, identificada con cédula de ciudadanía 39.556.818 y tarjeta profesional de abogada 59.891, y Martha Cecilia Ortégón Pedraza, identificada con cédula de ciudadanía 41.692.707 y tarjeta profesional de abogada 74.202, para actuar en este proceso, en virtud de los comisorios arrimados al expediente.

Sentencia 480-00089 de 16 de julio de 2015

Demandante	Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
Demandado	Distrimedia SAS y otros
Asunto	Daño - Sus elementos en los actos de constitución de garantías Acciones revocatorias y de simulación - Improcedencia para controvertir excesos en las garantías. Improcedencia para modificar la calificación y graduación de créditos del concurso

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrarlo para mejorar una situación de insuficiencia de la prenda general de los acreedores. Ante la crisis del deudor, que se ha hecho patente en su situación de insolvencia y en el concurso que se ha iniciado como consecuencia de ello, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de los actos que la hayan ocasionado o empeorado, o de revelar el verdadero estado del patrimonio, cuando esta se haya enmascarado detrás de un acto para hacerla ver más grave.
2. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria del auto de calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.
3. Ahora, al estudiar la demanda que dio origen al presente proceso, pueden identificarse en ella tres grupos de pretensiones, que buscan atacar dos actos específicos celebrados por Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, y conseguir algunos efectos en el proceso liquidatorio de dicha sociedad. Se anali-

zarán ambos grupos de pretensiones, empezando por el más reciente de los dos contratos, el contrato de compraventa sobre las participaciones en el fondo de capital privado de inversiones de capital, celebrado el 8 de noviembre de 2012. Luego, los contratos de prenda Industrias Líderes S. A., Distrimedia SAS, Target Construcciones S. A. y Construcciones Buen Vivir SAS de 2 de octubre del mismo año. Finalmente, se realizarán algunos pronunciamientos sobre las pretensiones relacionadas con el proceso de liquidación judicial de Interbolsa S. A.

A. Sobre el “Contrato de Compraventa de Participaciones en el Fondo de Capital Privado Inversiones de Capital” de 6 de noviembre de 2012

4. La parte demandante ataca, en la pretensión segunda de su demanda, el “Contrato de Compraventa de Participaciones en el Fondo de Capital Privado Inversiones de Capital”, que incluye como anexo de cada una de las demandas. Varias inquietudes surgen respecto de la mencionada pretensión, que serán resueltas por el Despacho en su orden: (i) una primera cuestión tiene que ver con el estado actual del mencionado negocio; (ii) en segundo lugar, y en ejercicio del control de legalidad, se debe emitir un pronunciamiento sobre la falta de citación al proceso de todas las partes que celebraron el mencionado contrato y su incidencia en el presente proceso.

5. Respecto de lo primero, y tal como consta en los documentos aportados con la misma demanda, el día 15 de febrero de 2013, en ejercicio de sus facultades contractuales, habían declarado resuelto el “Contrato de Compraventa de Participaciones en el Fondo de Capital Privado Inversiones de Capital”, también anexo de cada una de las demandas.

6. En este punto se observa que ya para el momento en que se ejerció la acción revocatoria, el acto jurídico demandado en la pretensión segunda ya había dejado de existir en la vida jurídica. En efecto, la acción revocatoria tiene como función reconstituir patrimonio del deudor concursado, y retrotraer los efectos de un negocio jurídico que ha generado o contribuido a su crisis para así restablecer sus activos. Mal puede ahora emplearse la revocatoria para controvertir nuevamente este acto, pues uno de los supuestos básicos de esta acción es que la subsistencia del acto demandado. Escaparía a toda lógica que ahora se ordenara la reversión de unos efectos que en su momento fueron revocados por voluntad de las partes.

7. En esta medida, la revocatoria solicitada se torna improcedente respecto de la pretensión segunda que, en consecuencia, se denegará.

B. Sobre los contratos de prenda de 2 de octubre de 2012

8. Pasa el Despacho a ocuparse del contrato de prenda atacado en las pretensiones primera y cuarta de la demanda. Para ello se analizará, (i) en qué casos procede la acción revocatoria frente a contratos de constitución de garantías; y (ii) si ello ocurre en el presente caso.

i. Alcance de las acciones revocatorias concursales frente a los actos y negocios jurídicos de garantía

a. El daño como requisito fundamental de las acciones revocatorias concursales

9. El artículo 74 numeral 1 de la Ley 1116 de 2006 dispone que la acción revocatoria concursal procede, entre otras, para controvertir *“todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio”* dentro del período de sospecha de 18 meses anteriores al concurso.

10. La norma citada incluye dentro de los actos revocables todos los actos de constitución y levantamiento de garantías, sin realizar mayores disquisiciones o desarrollos al respecto. Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho considera importante, para los fines de la presente acción, analizar en qué casos procede la acción revocatoria para retrotraer los efectos de los actos o negocios jurídicos de garantía. A la luz de los elementos que se extraigan de dicho análisis se estudiará luego el contrato de prenda que se controvierte en la demanda que ahora se desata.

11. Lo primero que debe recordarse, antes de hacer cualquier otro análisis, es que las acciones revocatorias únicamente atacan aquellos actos que hayan causado un daño a los acreedores del concurso, es decir, que estas solo proceden cuando con el acto demandado haya causado o agravado la insuficiencia patrimonial del deudor, o que haya alterado el orden legal de prelación de créditos y con ello haya afectado a los demás acreedores, con los cuales debe regir el principio de la *par condicio creditorum*.

12. En términos generales, un acto del deudor ocasiona daño a sus acreedores cuando causa que los activos disponibles sean insuficientes para satisfacer los créditos existentes. Puede tratarse, por ejemplo, de casos de adquisición de nuevos pasivos por la deudora, o de la enajenación de bienes, cuando no exista contrapartida, esta no sea la adecuada, o cuando la enajenación contraría el criterio de agregación de valor.

b. El daño ocasionado por la constitución de garantías

13. No resulta tan sencillo reconocer el daño cuando el acto demandado es, como en el presente caso, la constitución de una garantía. En estos eventos ¿cómo se manifiesta el perjuicio a los acreedores?

14. Para responder esta pregunta es necesario recordar que una garantía, o en términos generales, una caución, es *“cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”*, según lo define claramente nuestro Código Civil en su artículo 65. Se trata de un respaldo, consistente en *“un mecanismo que permita la solución de la obligación, si ella, in futurus, no puede ser satisfecha oportunamente”*¹ (cursivas originales).

15. Las garantías son créditos de naturaleza accesoria: no puede hacerse efectiva una garantía sin un crédito garantizado que se pretenda ejecutar. En efecto, el objeto de los derechos de garantía es *“asegurar el cumplimiento de una obligación principal”*, según lo expresa el artículo 1499 del Código Civil, con una redacción muy similar al citado artículo 65 ibídem. En idéntico sentido, respecto del contrato de prenda, el artículo 2410 del Código Civil expresa que *“El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede”*.

16. En la mayoría de los casos, la constitución de una garantía está asociada al otorgamiento de un crédito; pero es el crédito al que accede (y no la garantía) lo que causa el daño en el patrimonio del deudor. Con todo, en ciertas ocasiones, es la garantía la que causa el perjuicio, independientemente del crédito al que accede. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la constitución de la garantía tiene como propósito o como efecto alterar el orden de prelación de créditos, pues a través de ella se logra que una acreencia de cuarta o quinta clase se logre pagar como de segunda o tercera, por encima de los crédi-

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de febrero de 2006. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01.

tos que originalmente estaban en las mismas condiciones, y en violación del principio de la *par condicio creditorum*. Así, por ejemplo, lo explica la doctrina extranjera:

“El tratamiento de las garantías a través de la acción pauliana merecería diversos desgloses a efectos de la determinabilidad del perjuicio y de la aplicación de la correcta presunción. Una garantía real constituida respecto de una obligación preexistente tiene un resultado muy semejante a un acto a título gratuito, cuando habida cuenta de la situación patrimonial del deudor en el momento de la constitución excede las previsiones de exigibilidad, (...); constituida con posterioridad por exigencia del acreedor a la vista de los riesgos de cobro ante un cambio significativo en el patrimonio del deudor, vulneraría el tratamiento paritario de los acreedores, (...); hecho diverso sería su exigibilidad por cumplimiento de una cláusula contractual previamente establecida; o la constitución para créditos futuros. A la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes habría que situar en paralelo el tema de la ampliación de las garantías. Cuando la obligación anterior es objeto de novación la decisión sobre las consecuencias de la garantía real constituida sobre ella depende de cómo afecta a la situación patrimonial o al principio par condicio creditorum”².

17. De esta manera, quien ataca a través de la acción revocatoria un acto de constitución de garantías, debe demostrar, como mínimo, que a través de él se causó un daño a los acreedores

c. La cuantía de la garantía es irrelevante para determinar el daño en las acciones revocatorias

18. Al ser la garantía una obligación de carácter accesorio, poco importa que la garantía cubra un valor superior al del crédito al que accede para efectos de determinar si con ella se causó un daño a los acreedores. En efecto, incluso en este caso, ante el incumplimiento del deudor solo podría hacerse efectiva la garantía hasta por la suma debida, independientemente de si la cuantía cubierta por la garantía la excede.

19. La eventual desproporción entre el valor del crédito y la suma cubierta por la garantía no es además un asunto que deba ser debatido a través de acciones revocatorias, sino a través de las acciones derivadas de la lesión

² Muñiz Espada, Esther. La acción revocatoria como una vicisitud del concurso. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

enorme, cuando el legislador así lo haya previsto de manera expresa y restrictiva³. Así ocurre, por ejemplo con el artículo 2455 del Código Civil, que establece la facultad, en cabeza del deudor, de solicitar la reducción de las hipotecas que excedan del duplo del importe del crédito. Pero ello desborda plenamente el ámbito cubierto por las acciones revocatorias concursales, así como los límites estrictos de las facultades jurisdiccionales atribuidas por la ley a la Superintendencia de Sociedades.

ii. Improcedencia de la acción revocatoria frente a los contratos de prenda de 2 de octubre de 2012, por no haber afectado la prenda general de los acreedores

20. En el caso bajo examen, la parte demandante controvierte una serie de contratos de prenda sobre diversas unidades de participación en el “*Fondo de Capital Privado Interbolsa Inversiones de Capital*”, celebrados por la concursada y cada una de las demandadas el 2 de octubre de 2012. Dichos negocios respaldaban los créditos adquiridos en virtud de sendos contratos de mutuo celebrados en la misma fecha entre las mismas partes, que también obran en el expediente como documentos aportados con cada una de las demandas.

21. Las demandas alegan que en las mencionadas garantías son actos revocables pues sobregarantizaron las sumas pactadas en el contrato de mutuo, en cerca del doble de dicho crédito. Sin embargo, observa el Despacho que el mencionado argumento no está llamado a proceder con fundamento en dos argumentos: (a) los actos no ocasionaron un daño a los acreedores, y (b) los reparos elevados contra los actos demandados no son materia de la acción revocatoria.

a. En el presente caso, ninguna de las pruebas solicitadas y decretadas podría demostrar que el acto demandado causó un daño a los acreedores

22. Si bien aún no se ha practicado la totalidad de las pruebas decretadas, estas no son más necesarias para el proceso, dado que ninguna de ellas es conducente para demostrar la totalidad de los elementos de procedencia de la acción revocatoria, y específicamente, el daño a los acreedores: *ni siquiera*

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de julio de 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01

si se llegase a practicar la totalidad de las pruebas decretadas, se lograría acreditar el mencionado elemento.

23. Como consecuencia de ello, el Despacho puede anticipar sin lugar a dudas que no están acreditados los elementos exigidos por los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 para el buen suceso de la acción revocatoria concursal, pues no está acreditado que el contrato de prenda de 2 de octubre de 2012 haya causado un perjuicio a los acreedores del concurso, y por tanto la demandante carece de legitimación en la causa, que desde ya le impide obtener una sentencia favorable, sin necesidad de ir más a fondo en el análisis o en las pruebas. Lo anterior queda claro de los argumentos que en seguida se presentan.

24. Nuestro ordenamiento jurídico se basa en el principio de la “carga de la prueba”. El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil lo establece al afirmar que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”; en igual sentido, el artículo 1604 del Código Civil expresa que “[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

25. El principio de la carga de la prueba “le señala al funcionario fallador la orientación de su decisión, en aquellas eventualidades de ausencia de demostración del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se impetra”⁴. En otras palabras, el mencionado principio permite que el juez obtenga conclusiones y sea capaz de fallar incluso en aquellos casos en los que no fue posible probar alguno de los hechos debatidos en el proceso.

26. La parte interesada en probar un hecho podrá hacer uso de todos los medios previstos por la legislación procesal civil. Ello puede hacerlo a través del recurso a todos los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil: declaración de parte, juramento, testimonio de terceros, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, documentos, indicios, presunciones, informes, entre otros. Las pruebas pueden ser allegadas al expediente, si el interesado las tiene en su poder, pueden ser solicitadas para que se practiquen en el curso del proceso, e incluso en algunos casos puede indicarse

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de julio de 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 0142.

al juez quién puede aportarlas, para que así se lo ordene, a través de figuras como los oficios o la exhibición de documentos.

27. Así las cosas, si quien alega el hecho tiene la carga de probarlo, debe acudir a alguno de estos medios para acreditarlo efectivamente en el proceso; si no lo hace, o a pesar de haberlo hecho, no logra demostrarlo suficientemente, el juez no podrá declarar las consecuencias jurídicas pretendidas.

28. En el ámbito de las acciones revocatorias concursales, quien busca que se revoque un acto, contrato o negocio jurídico, debe acreditar al despacho judicial, como mínimo, la totalidad de los requisitos que se encuentran en los artículos 74 y 75 de la Ley 1116. La ausencia de prueba de alguno de tales elementos o la falta de eficacia demostrativa de las pruebas allegadas, solicitadas o practicadas en el proceso conduce, según se ha expuesto, al fracaso de la pretensión revocatoria.

29. En el presente proceso, la parte demandante aportó documentos y solicitó oficios para demostrar la celebración de los mencionados contratos y el estado del proceso concursal de Interbolsa S. A.; y solicitó testimonios e interrogatorios de parte que no son idóneos para demostrar ninguna de las circunstancias que generan un daño a los acreedores. Es cierto que dichos elementos se relacionan con la celebración de los contratos de mutuo y de prenda, así como otras relacionadas con las condiciones en las que se celebraron los mencionados actos y el conocimiento de los sujetos involucrados en ellos. Sin embargo, el Despacho no puede dejar de observar que ninguno de dichos medios es idóneo para acreditar que los contratos de prenda sobre las unidades de participación en el "*Fondo de Capital Privado Interbolsa Inversiones de Capital*" causaron un daño a la prenda general de los acreedores, que se represente en una disminución del activo, un aumento del pasivo o una alteración de la igualdad o la prelación de créditos. Tres argumentos sustentan estas conclusiones.

30. En primer lugar, según se expuso más arriba, un contrato de prenda por sí solo, no causa una disminución de los activos de la compañía. El contrato de prenda genera un privilegio que se otorga a un acreedor propio o ajeno para pagarse de manera preferente con un bien específico, por encima de los demás. Pero mientras no se haga efectiva dicha prenda, no es posible

que dicho privilegio, por sí solo, altere la composición del activo ni afecte el balance general de la sociedad concursada.

31. En segundo lugar, ninguno de los contratos de prenda demandados generó un aumento del pasivo de la concursada que haya agravado su insuficiencia patrimonial. En efecto, tal como se explicó, las garantías demandadas son obligaciones accesorias, que únicamente sirven de respaldo a otros créditos: en el presente caso, a las obligaciones contraídas en virtud de los contratos de mutuo de 2 de octubre de 2012. Si hubo un aumento del pasivo de la compañía, ello se debió a los mutuos y no a las prendas; pero los mutuos no fueron demandados, pues la actora se limitó a impugnar las prendas.

32. En tercer lugar, ninguna de las pruebas solicitadas y aportadas es idónea para probar que el contrato de prenda causó un daño por haber variado las condiciones de pago, el orden de prelación de créditos y el principio de la *par condicio creditorum*. Cada uno de los contratos de prenda accedió a uno de mutuo del mismo día en que se constituyó la garantía. Cada mutuo surgió, *ab initio*, como un crédito garantizado, de segunda clase, y no como uno quirografario que luego haya sido alterado por la constitución posterior de la prenda. Mal puede alegarse, como se pretende en la demanda, que los créditos de la demandada fueron de quinta clase, que luego fueron mejorados indebidamente por el contrato de prenda, cuando siempre se trató de obligaciones pertenecientes a la segunda clase.

b. Improcedencia de la acción revocatoria para controvertir los excesos en las garantías. Falta de competencia y jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades

33. Según lo ha expuesto tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades tienen un carácter excepcional y restrictivo.

34. Se recuerda que *“únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”*⁵. La excepcionalidad de dichas funciones se concreta en dos aspectos: *“la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con*

5 Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

*fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa”⁶. Por tanto, las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades son de interpretación restrictiva, y no pueden ampliarse indefinidamente para incluir en ellos todos los asuntos indirectamente relacionados con ellas. Lo contrario “*sería tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general*”⁷.*

35. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos “*actos o negocios realizados por el deudor*” cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. En este contexto, no es del resorte de esta Superintendencia controvertir la relación de proporcionalidad entre las prestaciones de un contrato garantizado y la garantía que lo respalda. Ni siquiera en el evento en que pudiera interpretarse la demanda para deducir de ella una pretensión de lesión enorme, podría este Despacho pronunciarse sobre ella. Ello sería un asunto de competencia de los jueces civiles, que cuentan con la cláusula general o residual de competencia a su favor, y no de la Superintendencia de Sociedades, que solo desempeña jurisdicción de manera excepcional.

36. En esta medida, también ha de descartarse cualquier interpretación de la demanda que exceda el marco de lo establecido en la ley 1116 de 2006 para las acciones revocatorias y de simulación. Una interpretación tal solo podría conducir a un fallo inhibitorio, que este Despacho está en el deber de evitar, según se lo ordena el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil.

c. Conclusiones. Falta de legitimación en la causa y procedencia de la sentencia anticipada.

37. Según quedó demostrado más arriba, al no existir el daño a la prenda general de los acreedores, pierde asidero la pretensión de la parte demandante para solicitar la revocatoria de los actos demandados, o lo que es igual, se carece de legitimación en la causa. Ello implica que no es del caso seguir adelante con el proceso, y así lo declarará este Despacho a través de sentencia anticipada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1395 de 2010.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

7 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2013, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 0800122130002013-00456-01.

C. Sobre las pretensiones relacionadas con la liquidación judicial de Interbolsa S. A.

38. Por último, el Despacho se pronunciará sobre la pretensión tercera de cada una de las demandas y las propuestas como subsidiarias a estas, dirigidas a obtener órdenes del Despacho para que en el proceso de liquidación judicial de Interbolsa S. A. se ordene la calificación del crédito de la demandada como postergado o como quirografario.

39. Al respecto, se advierte que el trámite de los distintos procesos (la liquidación judicial de la concursada y las acciones revocatorias en examen) son trámites separados, que si bien mantienen una misma competencia (en cabeza del mismo juez del concurso, que en la Superintendencia de Sociedades está conformado por grupos distintos), no pueden ser fusionados, confundidos ni entremezclados.

40. Por un lado, los dos trámites tienen propósitos, partes y funciones distintas; y en el caso de la acción revocatoria, éstos además son sumamente restringidos. Tan es así, que ni siquiera la ley procesal prevé posibilidad alguna de acumulación de procesos o de demandas.

41. Tampoco se establece relación alguna de prejudicialidad entre ambos trámites, liquidatorio y de revocación. La existencia de acciones revocatorias en manera alguna impide el trámite de la liquidación, que debe seguir su curso con independencia de ella. Solo en caso de que las pretensiones de la revocatoria sean favorables a la masa, y como consecuencia de ello aparezcan bienes que no se incluyeron en la adjudicación, se prevé la posibilidad de realizar una adjudicación adicional, en los términos del artículo 64 de la Ley 1116 de 2006.

42. Pero más grave aún, en ambos procesos rige el principio constitucional de la autonomía de las decisiones jurisdiccionales (artículo 228 de la Carta de 1991). En esta medida, no existe la más mínima posibilidad de acceder a pretensiones como las planteadas por el demandante, pues el juez de la liquidación es autónomo en sus decisiones, incluidas las de calificación y graduación de créditos, y no es posible ordenarle que varíe el sentido de sus providencias, máxime cuando estas ya se encuentran en firme.

43. Cosa distinta es que como consecuencia de una sentencia que declare la revocatoria decaigan los fundamentos de la calificación y graduación de

créditos hecha en la liquidación. En esta hipótesis, que no corresponde con el presente caso, el juez de la liquidación deberá adoptar las medidas tendientes a actualizar el trabajo de calificación y graduación de créditos. Pero ello en modo alguno faculta al juez de la revocatoria para ordenar al de la liquidación, o a las partes para solicitar del primero que profiera dichas órdenes.

44. Con fundamento en lo anterior, este Despacho desestimaré también la pretensión tercera de la demanda y su subsidiaria.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Inhibirse de fallar respecto de la pretensión tercera de las demandas acumuladas, y las planteadas como subsidiarias a ellas, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Declarar probadas las excepciones de mérito de *“falta de requisitos para la procedencia de la acción”*, *“accesoriedad de la garantía cuestionada”*, *“carencia de fundamentos fácticos y jurídicos para lo pretendido”*, propuestas por las demandadas Industrias Líderes S. A., Distrimedia SAS, Target Construcciones S. A. y Construcciones Buen Vivir SAS.

Tercero. Desestimar las pretensiones restantes de la demanda.

Cuarto. No condenar en costas a la demandante por ser beneficiaria del amparo de pobreza.

Quinto. Remitir copia de la presente providencia al grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, para ser incorporada en el expediente liquidatorio de Interbolsa S. A., sin que para el efecto sea necesario oficio remisorio.

Sentencia 480-000093 de 28 de julio de 2015

Demandante	Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
Demandado	Infante & Otero y Cía. SCA y otros
Asunto	Daño – Acreditación en los contratos onerosos conmutativos Acciones Revocatorias y de Simulación. Diferencias con la acción rescisoria por lesión enorme. Naturaleza personal. No son acciones reales, ni tienen por objeto la persecución ni la reivindicación de la cosa transferida

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrarlo para mejorar una situación de insuficiencia de la prenda general de los acreedores. Ante la crisis del deudor, que se ha hecho patente en su situación de insolvencia y en el concurso que se ha iniciado como consecuencia de ello, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de los actos que la hayan ocasionado o empeorado, o de revelar el verdadero estado del patrimonio, cuando esta se haya enmascarado detrás de un acto para hacerla ver más grave.

2. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

3. La demanda se dirige a controvertir el acto de 12 de diciembre de 2011, por el cual la concursada Interbolsa S. A. transfirió la propiedad de un vehículo

automotor a la demandada Infante & Otero S. en C.; así como una segunda operación, de 18 de junio de 2013, por la cual esta última sociedad transfirió la propiedad de dicho vehículo a Olga Cecilia Niño de Infante.

A. Análisis de los elementos de la acción revocatoria

4. Descendiendo al caso concreto, ocupa la atención del Despacho, del análisis el acervo probatorio, del cual se deriva:

i) Legitimación en la causa. La acción fue iniciada por el liquidador de las sociedades concursadas, quien se encuentra legitimado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006.

ii) Oportunidad de la acción. La demanda que dio inicio al presente proceso fue interpuesta en el 3 de marzo de 2014, antes de vencerse los seis meses posteriores a la ejecutoria del Auto 405-014907 de 4 de septiembre de 2013, que calificó y graduó los créditos dentro del proceso de liquidación judicial de la concursada. En consecuencia, no había operado el término de caducidad previsto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 y la demanda se considera iniciada en tiempo.

iii) Daño a los acreedores. Sobre este punto, el Despacho se pronunciará de manera más extensa en el capítulo siguiente.

iv) Período de sospecha. Los negocios demandados datan de 12 de diciembre de 2011 y de 18 de junio de 2013, fechas en las que, respectivamente, se realizaron los actos de transferencia del vehículo automotor a la compañía Infante & Otero S. en C. y a la señora Olga Cecilia Niño de Infante, respectivamente; por su parte, la reorganización de Interbolsa S. A. inició por auto 400-015955 de 16 de noviembre de 2012. En consecuencia, los actos se ubican dentro del período de sospecha, independientemente de su naturaleza gratuita u onerosa.

v) Sobre la buena fe del tercero. Sobre este último requisito de procedencia de la acción revocatoria también se tratará más adelante, por existir algunas consideraciones de naturaleza probatoria que ameritan un análisis más detenido.

5. Para efectos de decidir sobre el fondo del presente proceso, el Despacho se detendrá para analizar, con mayor detalle, si las operaciones demandadas

causaron un daño a los acreedores de las concursadas y si las demandadas actuaron de buena fe.

B. Sobre el daño a los acreedores

i. Consideraciones generales sobre el daño a los acreedores

6. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone que la acción revocatoria concursal procede, entre otras, para controvertir “todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio” dentro del período de sospecha de 18 meses anteriores al concurso.

7. Lo primero que debe recordarse, antes de hacer cualquier otro análisis, es que las acciones revocatorias únicamente atacan aquellos actos que hayan causado un daño a los acreedores del concurso, es decir, que estas solo proceden cuando con el acto demandado haya causado o agravado la insuficiencia patrimonial del deudor, o que haya alterado el orden legal de prelación de créditos y con ello haya afectado a los demás acreedores, con los cuales debe regir el principio de la par condicio creditorum.

8. En términos generales, un acto del deudor ocasiona daño a sus acreedores cuando los activos disponibles sean insuficientes para satisfacer los créditos existentes. Puede tratarse, por ejemplo, de casos de adquisición de nuevos pasivos por la deudora, o de la enajenación de bienes, cuando no exista contrapartida, esta no sea la adecuada, o cuando la enajenación contraríe el criterio de agregación de valor.

ii. El daño a los acreedores en los contratos onerosos conmutativos.

9. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone que las acciones revocatorias son procedentes para reversar actos o negocios realizados por el deudor en concurso “cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos”. En el caso de los contratos de compraventa, como el que aquí impugna el demandante, el estudio de dicho daño merece unas consideraciones adicionales que se expondrán a continuación.

10. La compraventa es contrato bilateral, oneroso y conmutativo, a través del cual un vendedor se obliga a transferir el derecho de dominio sobre un bien a cambio de un precio en dinero.

“El contrato oneroso –ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia–, que es aquel que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose uno en beneficio del otro (artículo 1497), se subdivide en conmutativo y aleatorio. Es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1498).

Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración: cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta”¹.

11. En principio, en los contratos onerosos conmutativos existe un equilibrio entre las contraprestaciones debidas: así, el precio de la compraventa debe guardar una proporción con el valor de la cosa vendida. Quien vende un bien sustituye, en su haber, un activo fijo (la cosa vendida) por un activo corriente (el dinero del precio); quien compra sustituye un activo corriente por un activo fijo.

12. Teniendo en cuenta lo anterior, quien ejerce alguna de las acciones previstas en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 tiene la carga de desvirtuar la conmutatividad del mencionado contrato (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil) y probar que en realidad a través de dicho negocio se lesionó el patrimonio del concursado, la prenda general de sus acreedores, y se comprometió, bien sea sus posibilidades de recuperación, bien sea la suficiencia de su patrimonio para responder por las obligaciones a su cargo.

13. Para demostrar que un contrato oneroso y conmutativo como la compraventa ocasionó un daño a los acreedores, quien ejerce alguna de las acciones

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1 de junio de 1952, M. P. Pedro Castillo Pineda, G. J. LXXII, p. 503.

revocatorias o de simulación concursales puede acreditar distintas circunstancias, tal como se desarrolla a continuación.

14. Así, se configura daño a los acreedores si se demuestra que el que aparentemente era un contrato de compraventa, en realidad fue una donación u otro acto a título gratuito. En este caso el daño se concretaría en una disminución patrimonial, por la salida de un activo fijo (la cosa vendida), sin que por ello se haya recibido una contraprestación. Pero estos casos requieren que el demandante en sus pretensiones solicite que se declare la simulación relativa del contrato de compraventa.

15. También existe daño para los acreedores cuando no existe una correspondencia entre el valor de la cosa vendida y el precio por el que esta se vendió. En este caso, si bien se recibió un activo corriente (precio) a cambio de un activo fijo (la cosa vendida), la operación arrojó una pérdida en el patrimonio del vendedor (si el precio fue inferior) o del comprador (si el precio fue superior).

16. El Despacho considera pertinente realizar algunas precisiones sobre este último supuesto. La diferencia entre el valor de la cosa vendida y precio pactado, en el contexto de las acciones revocatorias concursales, no tiene las mismas connotaciones que tiene en otro tipo de instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, como la acción rescisoria por lesión enorme de que trata el artículo 1946 del Código Civil. Varias diferencias pueden identificarse entre las dos figuras en comento, como las que se enuncian a continuación:

a. La lesión de que trata el 1946 del Código Civil es necesariamente ultra dimidium, es decir, “cuando el precio que recibe [el vendedor] es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende” o “cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella” (artículo 1947 *ibídem*).

En las acciones revocatorias, el daño se aprecia de una manera más flexible, así no exista una desproporción de más de la mitad entre el valor de las contraprestaciones. En la revocatoria, el juez del concurso puede tomar en cuenta todo un abanico de elementos, como el impacto de la desproporción en la situación de insolvencia del deudor, la existencia de obligaciones privilegiadas pendientes de pago, el valor por el que habrían podido adjudicarse los bienes en una eventual liquidación judicial, entre otras.

b. La lesión enorme solo puede predicarse, de manera restrictiva, a los contratos donde ella se encuentra expresamente prevista², como ocurre con la compraventa y, por vía de remisión, con la permuta, a la que se aplican las reglas de la compraventa. Por su parte, la acción revocatoria concursal es procedente, de manera amplia, frente a toda “extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio” (artículo 74 numeral 1 de la Ley 1116 de 2006).

c. La lesión enorme solo es predicable de los negocios celebrados frente a bienes inmuebles: “No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia” (artículo 1949 del CC). La acción revocatoria concursal, por el contrario, procede cuando se acredite un daño al patrimonio del deudor, sin importar la clase de bien sobre la cual haya versado el negocio lesivo.

d. La acción rescisoria por lesión enorme ha sido establecida en interés de las partes del negocio celebrado con desproporción entre sus prestaciones. Las acciones revocatorias concursales, por su parte, han sido establecidas en interés del concurso: por medio de ellas “se defienden los derechos de los acreedores, ya que a través de la acción, se busca garantizar que la totalidad de los créditos concordatarios, o al menos la mayor parte de los mismos, encuentren un respaldo sólido en los bienes del deudor. A la vez, con la acción se les protege de eventuales gestiones dolosas por parte del concordado, encaminadas a sacar de su patrimonio bienes que, de lo contrario, ingresarían a la masa concursal. (...) a través de ella se pretende garantizar tanto los derechos de las dos partes que se confrontan en el concordato [así como la reorganización o la liquidación judicial], como la posibilidad real de salvar la organización empresarial, y preservar su función social”³.

e. La acción rescisoria por lesión enorme puede ser enervada por el demandado, si este completa el justo precio con deducción de una décima parte o

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de julio de 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-1143 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

restituye el exceso recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1948 del Código Civil). Por el contrario, en las acciones revocatorias concursales no se tiene prevista esta modalidad de enervamiento.

f. La lesión enorme, en principio, solo puede ser propuesta por las partes del negocio dañino, y excepcionalmente por algún tercero interesado, en ejercicio de la acción oblicua. Las acciones revocatorias concursales, por su parte, pueden ser iniciadas por cualquiera de los acreedores, el promotor o el liquidador; e incluso de oficio por el juez del concurso cuando una de las contraprestaciones sea irrisoria, y el negocio pueda asimilarse a un acto a título gratuito, a voces del artículo 872 del Código de Comercio.

g. La acción rescisoria por lesión enorme tiene previsto un término de prescripción extintiva de cuatro años, contados desde la fecha del contrato (artículo 1954 del Código Civil).

La acción revocatoria concursal, por su parte, no tiene prevista una prescripción extintiva. Ella opera contra actos celebrados dentro del período de sospecha previsto en los distintos literales del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, siempre y cuando se ejerza dentro del término de caducidad de seis meses de que trata el artículo 75 *ibídem*. Asimismo, el poseedor de buena fe podría proponer los términos ordinario o extraordinario de prescripción adquisitiva de dominio, dependiendo de si se encuentra o no amparado por buena fe.

h. La competencia para conocer de las acciones rescisorias por lesión enorme le corresponde a los jueces ordinarios, de acuerdo con los factores tradicionales de atribución de competencia en atención a la materia del asunto, los sujetos, la cuantía, el territorio y la conexidad. Por su parte, la competencia para conocer de las acciones revocatorias concursales, asiste única y exclusivamente al juez del concurso (artículo 74 de la Ley 1116 de 2006).

i. En fin, mientras que la acción rescisoria por lesión enorme no cuenta con incentivos de ninguna clase, más allá de los efectos asociados con la reversión de los efectos del negocio demandado, la acción revocatoria concursal tiene prevista una recompensa, a favor del acreedor demandante, correspondiente a un cuarenta por ciento de los bienes que lleguen a recuperarse a favor del concurso (artículo 74 parágrafo de la Ley 1116 de 2006).

iii. Configuración del daño en el contrato de compraventa de 12 de diciembre de 2011, celebrado entre Interbolsa S. A. e Infante & Otero S. en C.

17. En el presente caso, de las pruebas recaudadas encuentra el Despacho que el acto demandado corresponde a un negocio traslativo de dominio sobre un activo fijo de la concursada Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, a través del cual se extrajo un bien que inicialmente habría hecho parte de la prenda general de los acreedores, pero que pasó a manos de un tercero, esto es, la sociedad Infante & Otero S. en C.

18. El negocio que aparece reportado a folio 173 del cuaderno principal número 1 reporta que el 12 de diciembre de 2011, Interbolsa S. A. vendió de contado el vehículo con placas CVP 489 a Infante & Otero S. en C. por la suma de \$20.000.000. Asimismo, el certificado de tradición a folio 33 ibídem da cuenta de que el día 29 del mismo mes y año, se inscribió la transferencia del derecho de dominio sobre dicho bien.

19. Para efectos de analizar si con el mencionado negocio se causó un daño a la prenda general de los acreedores de la concursada Interbolsa S. A., este Despacho tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias que se encuentran acreditadas en el expediente:

a. El valor que consta en el contrato de 12 de diciembre de 2011 es muy inferior al valor por el que se había adquirido el bien de Leasing Bancolombia. Según el contrato de arrendamiento financiero en cuestión, el valor del bien más el IVA ascendía a \$122.550.000,00 tal como se evidencia a folio 168 del cuaderno principal. Si bien es cierto que en el mencionado lapso ha podido depreciarse el bien por su uso natural, es altamente improbable que entre septiembre de 2007 y diciembre de 2011 se haya depreciado en casi un 84%.

b. Del mismo modo, según el reporte de declaración y pago del impuesto sobre vehículos automotores, para los años 2012 y 2013 (posteriores al negocio demandado) el vehículo materia de debate tenía un valor sustancialmente mayor al reportado en el contrato de 12 de diciembre de 2011. En tales documentos se reporta un avalúo comercial del vehículo de \$39.900.000 y \$42.200.000 respectivamente (Folios 208 y 209 del cuaderno principal).

c. Asimismo, el precio de la compraventa del contrato de 12 de diciembre de 2011 es exactamente la mitad del valor que un año y medio después se reportó en el contrato que la compradora inicial Infante & Otero S. en C. vendió el mis-

mo vehículo a la señora Olga Cecilia Niño de Infante, según consta a folio 210 del cuaderno principal.

20. A la desproporción del precio pactado en el contrato de compraventa de 12 de diciembre de 2011 debe añadirse la precaria situación patrimonial de Interbolsa S. A. En la actualidad la mencionada sociedad se encuentra en una clara situación de insuficiencia patrimonial, según consta en la certificación de la contadora de la demandante a folio 78, en la que se expresa que el monto de los pasivos reconocidos a cargo de Interbolsa S. A., supera el valor de los activos. En el mismo sentido, se observa en la providencia de calificación y graduación de créditos a folios 55 y siguientes, que dicho desbalance patrimonial se refleja en un total de activos por \$160.165'012.379,00 y pasivos por \$236.296'740.089,00.

21. Asimismo, observa el Despacho que ni aparece constancia de que el precio haya sido pagado, ni aparece un reporte de la existencia de la cuenta por cobrar al Infante & Otero y Cía. S. en C., tal como se observa en la relación de deudores del auto de calificación y graduación de créditos a folios 69 y 70.

22. El Despacho toma además en cuenta que existe una gran cantidad de obligaciones calificadas y graduadas por el juez del concurso con privilegio de primera clase por una cuantía inferior al del daño recibido por la compañía con la compraventa en cuestión.

23. De todos los anteriores elementos, es fuerza concluir que el contrato de 12 de diciembre de 2011 causó un daño a la masa de los acreedores del concurso de Interbolsa S. A., y que este elemento de la acción revocatoria se cumple.

24. Sin perjuicio de lo anterior, debe además tenerse en cuenta que ni siquiera existe prueba de que se haya pagado el precio declarado. Negación indefinida, que invierte la carga de la prueba, que no fue desvirtuada en el curso del proceso, y que refuerza ampliamente las consideraciones expresadas sobre el daño ocasionado con el mencionado contrato.

C. Análisis de la buena fe de la sociedad Infante & Otero S. en C.

25. En un reciente pronunciamiento⁴, esta Superintendencia realizó algunas consideraciones generales sobre la definición, alcance, y proyecciones del

4 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 480-000069 de 17 de junio de 2015, Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. En liquidación judicial y de Gas Kpital GR S. A. En liquidación judicial contra Vergel & Castellanos S. A., Arqcviles S. A. y Oilequip S. A.S.

principio general de la buena fe en las acciones revocatorias concursales, que para efectos del presente caso consideramos del caso reiterar:

“iii) La buena fe exigida del tercero en las acciones revocatorias es la buena fe objetiva, buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos

31. Es un tópico, al hablar de la buena fe, referirse a sus dos perfiles: subjetivo (buena fe simple) y objetivo (buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos).

Por un lado, la buena fe es entendida en sentido subjetivo, como conciencia de haber actuado conforme a derecho; en esta medida, se protege a quien confía en la regularidad de sus propios actos, sin exigir mayores pruebas. Por el otro, es tomada en sentido objetivo, como actuación de quien ejecutó diligentemente sus deberes, independientemente de su convicción interna; en esta medida, protege los derechos de quien se aseguró de no interferir con derechos ajenos, y actuó con lealtad y corrección con su contraparte y con terceros. Para efectos del caso concreto, este Despacho considera pertinente remitirse a lo expresado por la jurisprudencia nacional:

“La buena fe simple es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fe simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como ‘la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio’.

Los efectos de esta buena fe consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fe obtiene un derecho, no protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fe ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho.

(...)

La buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fe simple acabada de examinar.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe”.

32. Ahora, cuando el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 establece una excepción a la revocatoria de los actos a título oneroso “cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe”, dispone una forma de proteger a un tercero y de consolidar a su favor un derecho de propiedad. En estos casos, el tercero que alega su buena fe, busca que con fundamento en ella se proteja o se consoliden una serie de derechos a favor suyo. En otras palabras: el tercero adquirente que se opone a la revocatoria de un acto debe alegar una buena fe que tenga la aptitud de crear o consolidar derechos, y dicha fe va mucho más allá de la simple:

“La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: ‘Error communis facit jus’.

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa”.

iv) Las acciones revocatorias no exigen la demostración de un fraude a los acreedores.

33. Debe, asimismo, hacerse una precisión respecto del alcance de las acciones revocatorias concursales y los elementos que las diferencian de otras acciones judiciales similares, como la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil.

34. En efecto, esta última acción exige como uno de los elementos esenciales, el que ha sido denominado por la doctrina como el “fraude pauliano”, o consilium fraudis. La acción pauliana se caracteriza por ser “ eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores (...). En ese cometido, imprescindible deviene tener claro

que el fraude pauliano no se identifica con el dolo instituido como vicio del consentimiento de los actos o contratos, ni con el dolo de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Por esto, el legislador patrio, siguiendo la tradición romanista, en este específico caso tiene configurado el fraude cuando el deudor 'conociendo' el mal estado de sus negocios, ejecuta actos o contratos en 'perjuicio' de sus acreedores (artículo 2491 del Código Civil). Por lo tanto, no es la simple demostración del ánimo preconcebido del otorgante lo que agota la carga probatoria dicha, sino el discernimiento que tiene sobre el daño que va a irrogar con el negocio, porque debido a los quebrantos patrimoniales que lo aquejan, va a tornar nugatorio el derecho de tales acreedores". Por ello el artículo 2491 del Código Civil exige para la prosperidad de la acción pauliana, que se demuestre que el acto oneroso se realizó "siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero". Para que prospere la acción pauliana es necesario, por tanto, demostrar que ambas partes del negocio conocían de la crisis del deudor y, en cierta medida, obraron en connivencia para defraudar a los acreedores de este.

35. Sin embargo, la acción revocatoria concursal no tiene una exigencia tan tajante. Si bien el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 exige que el tercero adquirente de los bienes a título oneroso no haya obrado de buena fe, dicha exigencia no implica un concilio fraudulento, un ánimo defraudatorio, un espíritu de causar daño, o en otras palabras, un fraude.

v) Presunción y prueba de la buena fe

36. Para que el tercero adquirente pueda enervar la acción revocatoria y proteger de esta forma sus derechos, tiene que evidenciarse que su actuación se ajustó a sus deberes y que se obró exento de culpa. En efecto: "(...) la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana "Error communis facit jus") exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan solo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza". ¿Cómo se acreditan estos supuestos?

37. Según el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. De manera similar, el artículo 769 del Código Civil prevé que “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria” y el artículo 835 del Código de Comercio que “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa”. Para efectos de fallar el presente caso, el Despacho considera necesario determinar en qué consiste la referida presunción de buena fe y cuáles son sus alcances en materia probatoria.

38. Se trata, como su mismo nombre lo indica, una especie de presunción, que debe ser analizada y aplicada de acuerdo con las reglas generales aplicables a esta clase de prueba. Entre otras, se debe recordar que, al igual que los indicios, las presunciones son juicios de inferencia lógica, que requieren que se pruebe un hecho (indicador) para inferir, con base en él otro hecho (indicado); pero este juicio, que proviene de las reglas de la experiencia en los indicios, en las presunciones es dado por el ordenamiento positivo. Por ello afirma la doctrina que toda “presunción exige la previa prueba de los hechos que le sirven de base”.

39. En el caso de la presunción de buena fe, ¿cuáles son los hechos que le sirven de base y que deben estar probados en el proceso? La actitud diligente de quien la alega, que desplegó todas las actuaciones que le correspondía, en aras de crearse una certeza razonable acerca de la situación en la que se encontraba. Solo quien ha obrado con la diligencia que le corresponde emplear puede alegar que obró de buena fe creadora de derechos. Y la carga de probar dicha diligencia corresponde a quien alega haber obrado de buena fe, pues según dispone el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.

vi) La presunción de buena fe también se desvirtúa por la prueba de mala fe

40. Los artículos 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio disponen que la mala fe debe probarse. La parte demandada, en sus alegatos de conclusión, reiteró este aserto para aducir que en el presente caso no se había probado que el Banco de Occidente S. A. (entonces Leasing de Occidente S. A.) había obrado de mala fe, y por tanto, su presunción de buena fe sigue incólume.

41. Este aserto ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia en los siguientes términos: “Esta manera de considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad, -como lo ha dicho esta Sala- se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción de la fe que es buena. ‘El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma de los hechos en que funda su impugnación’ (Ricci). La creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fides... sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso...”.

vii) La buena fe también se desvirtúa cuando se acredita que el tercero debía conocer el mal estado de los negocios del deudor.

42. La buena fe exige en quien la invoca, según se indicó previamente, que su comportamiento se haya ajustado a sus deberes, entre otros, los deberes mínimos de investigación que su rol, profesión, posición contractual o la misma ley le impone.

43. En el caso de las acciones revocatorias, e incluso en el caso de la acción pauliana ordinaria, donde la prueba es más exigente frente a la actitud del tercero, la buena fe de este siempre se puede desvirtuar cuando se acredite que el tercero conocía el mal estado de los negocios del deudor. En efecto, el artículo 2491 del Código Civil, al referirse a los elementos de la acción pauliana, establece que deben actuar “de mala fe el otorgante y el adquirente”, situación que ocurre cuando el negocio se celebra “conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”.

44. Como es natural, el conocimiento del mal estado de los negocios se puede acreditar de muchas maneras, sea de forma directa, sea de forma indirecta.

Prueba directa, como en aquellos casos en los que se cuente con una confesión por parte del tercero que adquirió el bien; prueba indirecta, cuando existan indicios que permitan inferir que él se enteró de dichas condiciones. “La prueba, respecto del fraude pauliano, como elemento subjetivo que es, generalmente es indirecta, comoquiera que el fraude exista, como ya se vio, cuando las circunstancias demuestran que el deudor y el tercero adquirente, si el acto atacado es a título oneroso, no podían ignorar que se hacía insolvente o que el primero agravaba su estado de deterioro económico”.

45. Pero no es necesario probar que el tercero adquirente efectivamente conocía el mal estado de los negocios del deudor. Basta con probar que, en sus condiciones personales, profesionales, o en las demás circunstancias en que se celebró el negocio, este debía conocer dicha situación. Esta conclusión es un corolario natural del principio de buena fe objetiva, cualificada o creadora de derechos. Tal como ya se explicó más arriba, solo actúa de buena fe quien fue prudente y diligente en sus negocios, cuando a pesar de dicha su prudencia y diligencia le fue imposible descubrir los vicios en los que se hubiere podido incurrir.

46. Si el tercero, debiendo conocer el mal estado de los negocios del otorgante, no lo conoció, ello solo quiere decir que incumplió con sus deberes. Y el derecho no puede admitir que el incumplimiento de los deberes sirva de excusa válida para crear o consolidar derechos en cabeza de ese tercero. Sostener lo contrario sería tanto como decir que el adquirente que omitió sus deberes puede alegar su propia culpa a su favor; y ello sería contrario a principios básicos de nuestro sistema (como el ya reseñado *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

47. Así las cosas, si aparece que, según las circunstancias del caso el adquirente debía conocer los síntomas de la crisis del otorgante, su actitud no puede estar amparada por el principio general de buena fe. Consideraciones que son perfectamente aplicables a las acciones revocatorias concursales, donde no se exige la prueba de un *consilium fraudis*”.

26. En el presente caso, no encuentra el Despacho que se haya acreditado que la sociedad Infante & Otero S. en C. haya obrado de buena fe en la celebración del contrato de compraventa de 12 de diciembre de 2011. Una pluralidad de elementos lleva al Despacho a esta conclusión:

a. En primer término, la demandada no acreditó que en haber obrado con la diligencia que sirve de base a la presunción de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, arriba explicado.

Es cierto que a esta conclusión en parte se llega porque la sociedad mencionada no concurrió al proceso a defender sus intereses. Sin embargo, también deben valorarse las circunstancias por las cuales ello ocurrió, en aplicación de lo dispuesto en el 249 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, no fue posible notificar personalmente a la sociedad demandada a ninguna de las direcciones (física y electrónica) inscritas en su certificado de existencia y representación, a pesar de lo dispuesto en el artículo 32 del Código de Comercio y en el parágrafo del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior consta en los documentos a folios 88, 94 y 96 del cuaderno principal. En el primero de ellos consta que no fue posible entregar el correo electrónico con el citatorio para notificación personal. En los dos últimos se expresa que el envío a la dirección física no fue posible porque el destinatario “no reside” en el lugar indicado.

Con todo, advierte el Despacho que más de un año después del intento de notificación personal, la sociedad demandada mantiene las mismas direcciones de notificación judicial, y que además no ha renovado la obligación de renovar su matrícula mercantil. De la anterior información se deja constancia para los efectos probatorios previstos en el artículo 15 del Decreto Ley 019 de 2012, tras haber consultado dicha información en la base de datos del Registro Único Empresarial y Social (RUES).

b. La sociedad Infante & Otero S. en C. fue representada en el negocio de compraventa de 12 de diciembre de 2011 por el señor Jorge Mauricio Infante Niño, quien aparece firmando el contrato de compraventa a folio 173, los formularios a folios 171 y 187 y el contrato de prenda sin tenencia a favor de Valores Incorporados S. A., a folio 188.

c. El señor Jorge Mauricio Infante Niño, para el momento de la celebración del negocio referido, ostentaba la calidad de socio gestor, y por tanto, de administrador y representante legal de la compañía demandada Infante & Otero S. en C., según consta en el certificado de existencia y representación a folios 21, 183, 195, 202 y 212.

d. El señor Jorge Mauricio Infante Niño había sido presidente y representante legal de Interbolsa S. A., según consta en diversos documentos del expediente de liquidación judicial de Interbolsa, que fue consultado por este Despacho en virtud de lo dispuesto en los artículos 9 y 15 del decreto Ley 019 de 2012.

e. Asimismo, las condiciones mismas del precio por el cual se vendió el bien, muy por debajo de su valor comercial, está lejos de reflejar la buena fe de quienes intervinieron en la celebración del contrato.

27. De las anteriores circunstancias debe concluirse que no solo no se probó que la sociedad Infante & Otero haya obrado diligentemente en la adquisición del vehículo materia de estudio (con lo cual no es posible presumir la buena fe del comprador), sino que además existe una pluralidad de elementos que permite inferir que la demandada, a través de su socio gestor y representante legal Jorge Mauricio Infante Niño, conocía del mal estado de los negocios de Interbolsa S. A. que para entonces ya se estaba gestando, y a pesar de ello celebró un negocio lesivo para los intereses de dicha sociedad.

28. En los anteriores términos encuentra el Despacho que también se cumple el requisito relacionado con la ausencia de buena fe del tercero que adquirió el bien.

D. Consideraciones sobre la naturaleza y efectos de la decisión que accede a la revocatoria concursal

i. Naturaleza personal de las acciones revocatorias concursales. Las acciones revocatorias concursales no son acciones reales.

29. Según lo ha expresado la jurisprudencia nacional, la acción pauliana, y en términos generales también la revocatoria, “es una acción personal y no real”⁵ que tienen por objeto atacar un acto o negocio jurídico celebrado entre el deudor y un tercero. Ello significa, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, que “la acción aludida no tiene por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad en favor de quien la ejerce, ni tampoco en favor del deudor demandado, sino solamente, apoyándose en la inoponibilidad a

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de marzo de 200, M. P. César Julio Valencia Copete, Exp. 1100102030002006-02040-00

aquel del negocio de disposición fraudulenta cuya revocación reclama, permitirle perseguir el bien o derecho que pasó a formar parte del patrimonio de un tercero y ejecutarlo hasta que se satisfaga el importe de su crédito”⁶ (subrayas fuera del texto).

30. Ahora, nuestro Código Civil define, en sus artículos 665 y 666, el contenido y objeto de las acciones reales y personales. La primera de tales normas dispone que las acciones reales nacen de los derechos del mismo nombre, es decir, de aquellos “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. Las acciones personales, por su parte, se derivan de los derechos personales, que “son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”.

31. El que la acción revocatoria sea una acción personal trae importantes consecuencias relacionadas con los alcances del fallo que en ella se profiera, y en especial, sobre la forma en que opera el restablecimiento de la prenda general de los acreedores que se sigue como consecuencia del fallo que acoge la revocatoria.

32. Dicho restablecimiento puede ser obtenido, según sea el caso, a través de acciones reales o de acciones personales. La acción reivindicatoria o de dominio, que es la acción real por excelencia, busca la protección de la propiedad sobre una cosa a través de su restitución al legítimo propietario. Por su parte, la resolución de contrato por incumplimiento, acción personal paradigmática, persigue, entre otras cosas, las restituciones mutuas de lo que las partes hubieren recibido en ejecución del contrato incumplido.

33. Pero el alcance de las pretensiones de restablecimiento es sustancialmente distinto en las acciones reales y en las personales. En las acciones reales, en las que se ejerce el atributo de persecución que tiene el titular de un derecho real sobre una cosa (*ius in re*), el restablecimiento se concreta en la restitución de una cosa específica, sin importar en manos de quién se encuentre. En las acciones personales, que solo dan el derecho a perseguir el patrimonio del deudor, el restablecimiento se materializa en un derecho a que la contraparte

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de julio de 1991, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, G. J. CCVIII, p. 548.

restituya los bienes que fueron extraídos del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores (es decir, un *ius ad rem*).

34. Al respecto, los tratadistas chilenos Alessandri y Somarriva, al hablar de las acciones personales de restitución, expresan que para ellas “basta probar el vínculo obligatorio entre demandante y demandado; la prueba del dominio es innecesaria, pues se puede ser acreedor a la entrega de una cosa sin tener la calidad de dueño de ella”. Agrega el Despacho que en el ejercicio de este tipo de acciones la entrega de la cosa puede incluso hacerse imposible, porque el bien ya no existe física o jurídicamente en el patrimonio del demandado. En estos casos, la obligación de restituir el bien (débito primario) debe ser estimada en dinero (débito secundario), para que sean dichos valores los que se reintegren al patrimonio del deudor.

35. Por tratarse de una acción personal, la sentencia que la decida solo puede afectar el patrimonio de los sujetos obligados por el acto o negocio jurídico revocado. La revocatoria no implica la restitución de los bienes en manos de quien estén, sino solo en la medida en que aún hagan parte del patrimonio del demandado a quien el concursado los transfirió.

36. En efecto, “Las acciones personales de restitución solo pueden entablarse cuando el demandado está ligado por una relación personal o de crédito con el demandante”⁷; en este caso, en virtud del negocio jurídico cuya revocatoria se solicita. “Por tanto, si se pide la restitución de la cosa de un tercero que la posee, forzoso es intentar la acción reivindicatoria”⁸, pues esa sí tiene el carácter de acción real. “Esta última está subordinada o no a una acción personal contra el causante del tercero, según que el reivindicador haya estado ligado o no por una relación personal con dicho causante. Ejemplo: (...) la acción de nulidad, que debe dirigirse contra el co-contratante: declarada la nulidad, procede la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, pues la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, restituye las partes al mismo estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el contrato nulo; el título de dominio del demandado desaparece y subsiste

7 Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Los bienes y los derechos reales. Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1974, p. 801.

8 Ibidem.

el del demandante, y en virtud de este se puede reivindicar la cosa del tercer poseedor”⁹.

37. El mismo tratamiento recibe la acción revocatoria, cuyos efectos únicamente abarcan al negocio demandado; en caso en que haya un tercero sub-adquirente de la cosa materia del negocio, a ese tercero se le debe reclamar la cosa vía acción reivindicatoria. O, dicho de otra forma, la sentencia que ordena la revocatoria no produce efectos contra el tercero sub-adquirente de la cosa, a menos que él haya sido parte del negocio revocado.

38. En efecto, la sentencia que decide las acciones revocatorias no restablece automáticamente el derecho de dominio que tenía la concursada sobre los bienes dispuestos mediante el acto demandado, sino que se limita a imponer a la demandada la obligación de restituir, y dicha obligación, según se dijo, se puede cumplir sea en especie, sea en dinero. Si la devolución del bien es posible, el adquirente lo deberá restituir en especie; pero si la devolución no es posible, el adquirente deberá devolver su valor en dinero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1731 del Código Civil.

39. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, las acciones revocatorias no pueden afectar los derechos de los terceros que no han sido partes del negocio revocado, ni sus causahabientes en las obligaciones derivadas de dicho acto. Es decir, quien no es parte en el negocio, o causahabiente de alguna de las partes del negocio demandado, no puede ser parte ni causahabiente en el proceso.

40. En armonía con lo anterior, este Despacho advierte que el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 prescribe, en su inciso tercero, que “[l]a sentencia que decrete la revocación o la simulación del acto demandado dispondrá, entre otras medidas, la cancelación de la inscripción de los derechos del demandado vencido y las de sus causahabientes, y en su lugar ordenará inscribir al deudor como nuevo titular de los derechos que le correspondan”. Dicha previsión, lejos de desnaturalizar la naturaleza personal de las acciones revocatorias, la confirma. La cancelación solo puede proceder frente al demandado con quien se celebró el acto o negocio revocado, o sus causahabientes; pero no cualquier causahabiente, sino solo a aquellos que sucedieron al demandado en el acto o negocio revocado.

9 *Ibidem*.

41. Son causahabientes en el acto o negocio revocado aquellos que adquirieron los derechos u obligaciones derivados del mismo. Son causahabientes de este tipo quienes han celebrado una cesión (de créditos, de contratos, de derechos herenciales, de derechos litigiosos) sobre unos u otros; así como quienes han adquirido tales derechos y obligaciones en virtud de un acto a título universal, como los herederos o legatarios en una herencia, las sociedades beneficiarias de una fusión o escisión. Frente a este tipo de causahabientes la sentencia puede ordenar que se cancele la inscripción de su propiedad.

42. Caso distinto es el de los causahabientes en los bienes o derechos reales transferidos con fundamento en el acto o negocio revocado. Al no haber sido parte del negocio revocado, ni haber adquirido derechos ni obligaciones de este, la sentencia que decida sobre la revocatoria no puede producir efectos sobre ellos. Se reitera al respecto que la revocatoria ataca el negocio demandado; no es una acción real, que persiga los bienes en manos de quien estén. Por tanto, la sentencia de revocatoria no puede ordenar la cancelación de las inscripciones en favor de esta clase de terceros.

ii. Efectos de la revocatoria en el caso concreto.

43. Teniendo en cuenta las consideraciones apenas expuestas acerca de la naturaleza personal, y no real, de las acciones revocatorias concursales, el Despacho concluye que la presente sentencia solo puede limitarse, en sus efectos, a revocar el acto o negocio jurídico en el que intervino el deudor Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, celebrado el 12 de diciembre de 2011 con Infante & Otero S. en C.

44. Si bien con posterioridad a dicho negocio la adquirente Infante & Otero S. en C. vendió el mencionado vehículo a la señora Olga Cecilia Niño de Infante, ella no tiene la calidad de causahabiente en el negocio ni en las obligaciones derivadas de este.

45. La señora Olga Cecilia Niño de Infante es apenas una causahabiente en los derechos reales sobre el vehículo automotor en cuestión, que no puede ser afectada en la sentencia que en una acción personal, como la presente, en la que solo se puede poner en discusión los “actos o negocios realizados por el deudor” que se encuentran en los supuestos establecidos en los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006.

46. A pesar de lo ya expresado, podría pensarse que las pretensiones segunda, cuarta, sexta, séptima y octava del grupo de pretensiones principales de la demanda tenían una naturaleza real, y buscaban una reivindicación, o la restitución del vehículo automotor en manos de quien estuvieran, en este caso, en manos de la señora Olga Cecilia Niño de Infante. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse de entrada, entre otras, con fundamento en los límites de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

47. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han expresado que “únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”¹⁰. Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades tienen, por tanto, un carácter excepcional y restrictivo, que se La excepcionalidad de dichas funciones se concreta en dos aspectos: “la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa”¹¹.

48. Por tanto, las atribuciones jurisdiccionales de esta Superintendencia son de interpretación restrictiva, y no pueden ampliarse indefinidamente para incluir en ellos todos los asuntos indirectamente relacionados con ella. Lo contrario “sería tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general”¹².

49. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos “actos o negocios realizados por el deudor” cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. En este contexto, las facultades jurisdiccionales de esta Entidad solo llegan hasta la decisión de revocar un negocio dañino a los acreedores del concurso; pero en ningún momento pueden extenderse para comprender la reivindicación de los bienes transferidos en el negocio revocado y que estén en manos de un tercero subadquirente.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

12 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2013, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 0800122130002013-00456-01.

50. La Superintendencia de Sociedades no podría pronunciarse sobre una eventual pretensión reivindicatoria, ni siquiera por vía de interpretación de la demanda. Sus facultades solo le permiten decidir sobre la suerte del negocio demandado, mas no puede, bajo ningún aspecto, considerar la persecución de los bienes que se encuentren en manos de terceros. Así las cosas, esta entidad debe absolver a la demandada Olga Cecilia Niño de Infante, quien no fue parte ni causahabiente en el negocio demandado.

51. Tampoco hay lugar, por las mismas razones, a pronunciarse sobre la subsistencia del negocio de 18 de junio de 2013, en el que la sociedad Infante & Otero S. en C. transfirió el vehículo a Olga Cecilia Niño de Infante, pues ese no es uno de los “actos o negocios realizados por el deudor” frente a los cuales es procedente la acción revocatoria.

52. Como consecuencia de lo expresado en el presente capítulo, este Despacho negará las pretensiones segunda, cuarta, sexta, séptima y octava, incluidas dentro del grupo de pretensiones principales de la demanda. Asimismo, la pretensión quinta, relacionada con el reintegro de los derechos sobre el campero, solo se acogerá en la medida en que se refiera a los derechos derivados de la revocatoria.

iii. Sobre las demás pretensiones de la demanda.

53. Teniendo en cuenta la prosperidad de las pretensiones primera, tercera, quinta y novena del grupo de pretensiones principales de la demanda, no hay lugar a pronunciarse sobre el segundo grupo de solicitudes, llamado por el demandante “Pretensiones Subsidiarias”.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Revocar el contrato de compraventa de 12 de diciembre de 2011, celebrado entre Interbolsa S. A. hoy en liquidación judicial a favor de Infante & Otero S. en C. negocio de transferencia de domino del vehículo campero,

marca Jeep, línea Grand Cherokee Limited, modelo 2007, placa CVP 489, número de serie: 1J8HR58P07C667353, número de chasis: 1J8HR58P07C667353.

Segundo. Reintegrar el patrimonio de Interbolsa S. A. en liquidación judicial con los derechos que se deriven de la revocatoria ordenada en el numeral anterior.

Tercero. Desestimar las pretensiones segunda, cuarta, sexta, séptima y octava del grupo de pretensiones principales, así como las pretensiones del grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto. Absolver a la demandada Olga Cecilia Niño de Infante.

Quinto. Condenar en costas a la demandada Infante & Otero S. en C., liquídense por secretaría una vez en firme la presente sentencia. Para la liquidación, fíjense las agencias en derecho en la suma de dos millones de pesos moneda corriente (\$2'000.000,00).

Sexto. Remitir copias de la presente sentencia al Grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, con destino al expediente del proceso concursal de la sociedad Interbolsa S. A. Para el efecto, bastará con enviar copia simple de la presente sentencia, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Sentencia 480-00094 de 28 de julio de 2015

Demandante Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.

Demandado Miguel Ángel Pardo Pinzón

Asunto Daño – Inexistencia cuando el acto revocable no se refirió a activos de la concursada
Acciones Revocatorias – Improcedencia para solicitar el enriquecimiento sin causa en una operación de *leasing*

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrarlo para mejorar una situación de insuficiencia de la prenda general de los acreedores. Ante la crisis del deudor, que se ha hecho patente en su situación de insolvencia y en el concurso que se ha iniciado como consecuencia de ello, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de los actos que la hayan ocasionado o empeorado, o de revelar el verdadero estado del patrimonio, cuando esta se haya enmascarado detrás de un acto para hacerla ver más grave.

2. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

A. Inexistencia de un acto de transferencia del vehículo Nissan Patrol con placas BTC074 de Interbolsa S. A. a Miguel Ángel Pardo Pinzón

3. La demanda se dirige a controvertir el acto de 3 de noviembre de 2011, por el cual la concursada Interbolsa S. A. transfirió la propiedad de un vehículo automotor al demandado Miguel Ángel Pardo Pinzón.

4. De las pruebas recaudadas en el proceso, sin embargo, surge una serie de hechos contradictorios que reseñará el despacho a continuación:

a. En el certificado de tradición CT40065911 expedido por la secretaría de movilidad del Distrito Capital de Bogotá se registra que el vehículo Nissan Patrol con placas BTC074 tiene el siguiente historial de propietarios: *“28/02/2006 de Guillermo Castillo Herrera, a Com Automotriz S. A. , Traspaso; 15/03/2006 de Com Automotriz S. A., a Leasing Bancolombia S. A. C F , Traspaso; 02/10/2011 de Leasing Bancolombia S. A. C F , A Interbolsa S. A. , Traspaso Abierto; 03/11/2011 de Interbolsa S. A. a Miguel Ángel Pardo Pinzón, Traspaso”*.

b. A pesar de que en el citado certificado se recuenta la existencia de dos traspasos del vehículo, uno, por medio del cual Interbolsa S. A. adquirió el derecho de dominio sobre el vehículo, y otro por medio del cual esta última sociedad se lo transfirió a Miguel Ángel Pardo Pinzón, los soportes que constan en la Secretaría de Movilidad reportan que no existieron títulos traslativos de dominio que así lo documentaran.

c. En efecto, a folio 210 consta un contrato de cesión de derechos derivados del contrato de leasing Nro. 63310 de 26 de septiembre de 2011, en el que Interbolsa S. A. transfiere a Miguel Ángel Pardo Pinzón una serie de obligaciones y derechos derivados de un negocio jurídico, mas no la propiedad sobre el vehículo Nissan Patrol con placas BTC074, que Interbolsa no tenía.

d. En el mismo sentido, a folio 207 consta una carta de instrucciones de Interbolsa S. A. a Leasing Bancolombia S. A. para que, en virtud de la mencionada cesión, el traspaso del vehículo fuera hecho directamente a Miguel Ángel Pardo Pinzón.

e. Del mismo modo, en el formulario de solicitud de trámites del registro nacional automotor a folio 205, aparece que la operación cuyo registro se solicitó a la Secretaría de Movilidad, a través del concesionario SIM, fue una transferencia del derecho de dominio de la camioneta Nissan Patrol con placas BTC074, directamente de Leasing Bancolombia S. A. a Miguel Ángel Pardo Pinzón (renglones 21 y 22 del formulario).

5. Así las cosas, encuentra el Despacho que no está probado que haya existido un acto o negocio jurídico de la concursada Interbolsa S. A., hoy en liqui-

dación judicial, al demandado, que constituyera título traslativo de dominio sobre el vehículo Nissan Patrol con placas BTC074.

6. Se advierte al respecto que la acción revocatoria prevista en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 únicamente procede para solicitar la reversión de “*actos o negocios realizados por el deudor*”, y no de actos o negocios realizados por terceros. En el presente caso, al no existir un acto del deudor Interbolsa S. A. que tuviera por objeto el derecho de dominio sobre el vehículo Nissan Patrol con placas BTC074, no puede accederse a ninguna de las pretensiones principales de la demanda.

7. Tampoco podría el Despacho, en virtud del principio de congruencia, pronunciarse sobre la subsistencia o la revocación del contrato de cesión de derechos derivados del contrato de leasing Nro. 63310, de 26 de septiembre de 2011, pues ello derivaría necesariamente en un fallo *ultra petita*, en contravía de lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

B. Sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda

8. Respecto de las pretensiones subsidiarias de la demanda, encuentra el Despacho que ellas se dirigen a solicitar la revocatoria de una serie de pagos hechos por Interbolsa S. A. a Leasing Bancolombia S. A. en virtud del contrato de leasing 63310.

9. Sin embargo, yerra el demandante al solicitar el reintegro de las mencionadas sumas al único demandado Miguel Ángel Pardo Pinzón, quien no tuvo que ver en los mencionados pagos. Por el contrario, se trató de actos o negocios jurídicos en los que únicamente fueron partes Interbolsa S. A. y Leasing Bancolombia S. A.

10. En este sentido, sin necesidad de mayores análisis, encuentra el Despacho que la demandada carece de legitimación en la causa por pasiva para devolver una serie de dineros que nunca recibió.

11. Tampoco podría interpretarse la demanda en el sentido en que lo solicitado por el demandante consiste en que Miguel Ángel Pardo Pinzón reintegre los dineros que Interbolsa S. A. pagó a Leasing Bancolombia S. A., por tratarse del pago de una obligación que solo benefició al demandado, entre otros, con fundamento en los siguientes argumentos:

12. En primer término, debe observarse que la solicitud del demandante busca revocar y reintegrar *“las sumas pagadas por concepto de cánones de arrendamiento del Contrato de Leasing n.º 63310 realizadas por Interbolsa S. A. en liquidación judicial a Leasing Colombia S. A. Compañía de Financiamiento Comercial hoy Leasing Bancolombia S. A.”*. La revocatoria de los mencionados pagos llevaría a que sea Leasing Bancolombia S. A. (y no Miguel Ángel Pardo Pinzón) quien deba reintegrar los bienes; pero ni dicha entidad financiera fue demandada, ni la demandada cuenta con legitimación en la causa para responder por este tipo de pretensiones.

13. Podría también interpretarse que la demanda esconde una pretensión derivada del principio general de prohibición del enriquecimiento sin causa. En este sentido, podría entenderse que, al haber pagado Interbolsa S. A. a Leasing Bancolombia S. A. el grueso del valor del vehículo, aquella ahora solicitaría a este la devolución de los valores pagados, para evitar un enriquecimiento sin causa de Miguel Ángel Pardo Pinzón y un empobrecimiento correlativo de la concursada. Pero en este caso tampoco habría lugar a acceder a las pretensiones, pues ni esto es objeto de acciones revocatorias, ni la Superintendencia de Sociedades tiene competencia o jurisdicción para emitir esta clase de pronunciamientos.

14. Así las cosas, también habrá lugar a desestimar las pretensiones subsidiarias de la demanda, y a absolver en consecuencia al extremo pasivo de la litis.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. No estimar las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Absolver, en consecuencia, al demandado Miguel Ángel Pardo Pinzón.

Tercero. No condenar en costas a la demandante, por ser beneficiaria del amparo de pobreza.

Cuarto. Remitir copias de la presente sentencia al Grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, con destino al expediente del proceso concursal de la sociedad Interbolsa S. A. Para el efecto, bastará con enviar copia simple de la presente sentencia, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Sentencia 480-000095 de 28 de julio de 2015

Demandante	Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
Demandado	R. Jaramillo C. Cía. SCA y otros
Asunto	Daño – Falta de prueba del pago de precio en la compraventa. Precio del contrato de compraventa y remuneración de administradores Buena fe – En el contrato consigo mismo Acciones Revocatorias – Naturaleza personal. No son acciones reales, ni tienen por objeto la persecución ni la reivindicación de la cosa transferida

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrarlo para mejorar una situación de insuficiencia de la prenda general de los acreedores. Ante la crisis del deudor, que se ha hecho patente en su situación de insolvencia y en el concurso que se ha iniciado como consecuencia de ello, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de los actos que la hayan ocasionado o empeorado, o de revelar el verdadero estado del patrimonio, cuando esta se haya enmascarado detrás de un acto para hacerla ver más grave.
2. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

3. La demanda se dirige a controvertir el acto de 30 de octubre de 2012, por el cual la concursada Interbolsa S. A. transfirió la propiedad de un vehículo automotor a la demandada R. Jaramillo C. SAS; así como una segunda operación, de 3 de abril de 2013, por la cual esta última sociedad transfirió la propiedad de dicho vehículo a Sandra Rocío Celemín Ibáñez.

A. Análisis de los elementos de la acción revocatoria

4. Descendiendo al caso concreto, en el caso que ocupa la atención del Despacho, del análisis del acervo probatorio resulta lo siguiente:

i) *Legitimación en la causa.* La acción fue iniciada por el liquidador de las sociedades concursadas, quien se encuentra legitimado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006.

ii) *Oportunidad de la acción.* La demanda que dio inicio al presente proceso fue interpuesta en el 3 de marzo de 2014, antes de vencerse los seis meses posteriores a la ejecutoria del Auto 405-014907 de 4 de septiembre de 2013, que calificó y graduó los créditos dentro del proceso de liquidación judicial de la concursada. En consecuencia, no había operado el término de caducidad previsto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 y la demanda se considera iniciada en tiempo.

iii) *Daño a los acreedores.* Sobre este punto, el Despacho se pronunciará de manera más extensa en el capítulo siguiente.

iv) *Período de sospecha.* Los negocios demandados datan de 30 de octubre de 2012 y de 3 de abril de 2013, fechas en las que, respectivamente, se realizaron los actos de transferencia del vehículo automotor a la compañía R. Jaramillo C. SAS y a la señora Sandra Rocío Celemín Ibáñez, respectivamente; por su parte, la reorganización de Interbolsa S. A. inició por auto 400-015955 de 16 de noviembre de 2012. En consecuencia, los actos se ubican dentro del período de sospecha, independientemente de su naturaleza gratuita u onerosa.

v) *Sobre la buena fe del tercero.* Sobre este último requisito de procedencia de la acción revocatoria también se tratará más adelante, por existir algunas consideraciones de naturaleza probatoria que ameritan un análisis más detenido.

5. Para efectos de decidir sobre el fondo del presente proceso, el Despacho se detendrá para analizar, con mayor detalle, si las operaciones demandadas

causaron un daño a los acreedores de las concursadas y si las demandadas actuaron de buena fe.

B. Sobre el daño a los acreedores

i. Consideraciones generales sobre el daño a los acreedores

6. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone que la acción revocatoria concursal procede, entre otras, para controvertir *“todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio”* dentro del período de sospecha de 18 meses anteriores al concurso.

7. Lo primero que debe recordarse, antes de hacer cualquier otro análisis, es que las acciones revocatorias únicamente atacan aquellos actos que hayan causado un daño a los acreedores del concurso, es decir, que estas solo proceden cuando con el acto demandado haya causado o agravado la insuficiencia patrimonial del deudor, o que haya alterado el orden legal de prelación de créditos y con ello haya afectado a los demás acreedores, con los cuales debe regir el principio de la *par condicio creditorum*.

8. En términos generales, un acto del deudor ocasiona daño a sus acreedores cuando causa que los activos disponibles sean insuficientes para satisfacer los créditos existentes. Puede tratarse, por ejemplo, de casos de adquisición de nuevos pasivos por la deudora, o de la enajenación de bienes, cuando no exista contrapartida, esta no sea la adecuada, o cuando la enajenación contraríe el criterio de agregación de valor.

ii. El daño a los acreedores en los contratos onerosos conmutativos

9. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone que las acciones revocatorias son procedentes para reversar actos o negocios realizados por el deudor en concurso *“cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos”*. En el caso de los contratos de compraventa, como el que aquí impugna el demandante, el estudio de dicho daño merece unas consideraciones adicionales que se expondrán a continuación.

10. La compraventa es contrato bilateral, oneroso y conmutativo, a través del cual un vendedor se obliga a transferir el derecho de dominio sobre un bien a cambio de un precio en dinero.

“El contrato oneroso –ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia–, que es aquel que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose uno en beneficio del otro (artículo 1497), se subdivide en conmutativo y aleatorio. Es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1498).

Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración: cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta”¹.

11. En principio, en los contratos onerosos conmutativos existe un equilibrio entre las contraprestaciones debidas: así, el precio de la compraventa debe guardar una proporción con el valor de la cosa vendida. Quien vende un bien sustituye, en su haber, un activo fijo (la cosa vendida) por un activo corriente (el dinero del precio); quien compra sustituye un activo corriente por un activo fijo.

12. Teniendo en cuenta lo anterior, quien ejerce alguna de las acciones previstas en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 tiene la carga de desvirtuar la conmutatividad del mencionado contrato (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil) y probar que en realidad a través de dicho negocio se lesionó el patrimonio del concursado, la prenda general de sus acreedores, y se comprometió, bien sea sus posibilidades de recuperación, bien sea la suficiencia de su patrimonio para responder por las obligaciones a su cargo.

13. Para demostrar que un contrato oneroso y conmutativo como la compraventa ocasionó un daño a los acreedores, quien ejerce alguna de las acciones revocatorias o de simulación concursales puede acreditar distintas circunstancias, tal como se desarrolla a continuación.

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1° de junio de 1952, M. P. Pedro Castillo Pineda, G. J. LXXII, p. 503.

14. Así, se configura daño a los acreedores si se demuestra que el que aparentemente era un contrato de compraventa, en realidad fue una donación u otro acto a título gratuito. En este caso el daño se concretaría en una disminución patrimonial, por la salida de un activo fijo (la cosa vendida), sin que por ello se haya recibido una contraprestación. Pero estos casos requieren que el demandante en sus pretensiones solicite que se declare la simulación relativa del contrato de compraventa.

15. También existe daño para los acreedores cuando no existe una correspondencia entre el valor de la cosa vendida y el precio por el que esta se vendió. En este caso, si bien se recibió un activo corriente (precio) a cambio de un activo fijo (la cosa vendida), la operación arrojó una pérdida en el patrimonio del vendedor (si el precio fue inferior) o del comprador (si el precio fue superior).

iii. Configuración del daño en el contrato de compraventa de 30 de octubre de 2012, celebrado entre Interbolsa S. A. y R. Jaramillo C. SAS

16. En el presente caso, de las pruebas recaudadas encuentra el Despacho que el acto demandado corresponde a un negocio traslativo de dominio sobre un activo fijo de la concursada Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, a través del cual se extrajo un bien que inicialmente habría hecho parte de la prenda general de los acreedores, pero que pasó a manos de un tercero, esto es, la sociedad R. Jaramillo C. SAS

17. El negocio que aparece reportado a folio 33 del cuaderno principal número 1 reporta que el 30 de octubre de 2012, Interbolsa S. A. vendió de contado el vehículo con placas BSL 281 a R. Jaramillo C. SAS por la suma de \$40.700.000. Asimismo, el certificado de tradición a folio 34 ibídem da cuenta de que el día 10 de noviembre del mismo año se inscribió la transferencia del derecho de dominio sobre dicho bien.

18. Para efectos de analizar si con el mencionado negocio se causó un daño a la prenda general de los acreedores de la concursada Interbolsa S. A., este Despacho tendrá en cuenta, la precaria situación patrimonial de Interbolsa S. A. En la actualidad la mencionada sociedad se encuentra en una clara situación de insuficiencia patrimonial, según consta en la certificación de la contadora de la demandante a folio 78, en la que se expresa que el monto

de los pasivos reconocidos a cargo de Interbolsa S. A., supera el valor de los activos. En el mismo sentido, se observa en la providencia de calificación y graduación de créditos a folios 55 y siguientes, que dicho desbalance patrimonial se refleja en un total de activos por \$160.165'012.379,00 y pasivos por \$236.296'740.089,00.

19. Asimismo, observa el Despacho que ni aparece constancia de que el precio haya sido pagado, ni aparece un reporte de la existencia de la cuenta por cobrar a R. Jaramillo C. y Cía. SCA (hoy R. Jaramillo C. SAS), tal como se observa en la relación de deudores del auto de calificación y graduación de créditos a folios 70 y 71.

20. Al respecto, tampoco resulta de recibo para el Despacho la alegación hecha por la sociedad demandada R. Jaramillo C. SAS, según la cual el vehículo correspondió a una remuneración de Interbolsa S. A. por los servicios de Rodrigo Jaramillo Correa, quien fungía como representante legal de ambas sociedades. Dicha versión consta, entre otras, en la declaración de parte de la representante legal de la demandada, cuyo soporte se encuentra a folio 149, al minuto 26:32. Varios elementos llevan a descartar la mencionada alegación:

a. En primer término, el Despacho tiene en cuenta que la sociedad demandada no contestó la demanda, y las consecuencias probatorias que de ello se siguen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

b. Se valora la vaguedad de las respuestas dadas en el interrogatorio de parte de la representante legal de la compañía R. Jaramillo C. SAS, quien en múltiples ocasiones afirmó no saber o no conocer acerca del asunto del cual se le preguntaba. Así, por ejemplo, en la marca 26:52 de la grabación a folio 149, la representante legal manifiesta, sobre si hubo algún pago *“ah, no tengo la menor idea, porque yo soy la representante legal y no sé de esa parte, y aparte porque en ese momento yo no era la representante legal, era otra persona”*.

c. Asimismo, se tiene en cuenta la contradicción en las versiones expuestas por la representante legal de la compañía demandada, quien por un lado manifestó no conocer las condiciones de pago y justificar lo anterior en la naturaleza de las funciones a ella asignadas o en el término a partir del cual

asumió dicho encargo, y por el otro lado manifestó tajantemente, como si en realidad conociera de los temas, que *“el señor Rodrigo Jaramillo, presidente de Interbolsa, como pago de su remuneración, compró el vehículo y fue matriculado a nombre de R Jaramillo”* (marca 27:18 a folio 149); y que *“como parte de pago de Interbolsa al presidente se compró el vehículo y se ordenó que se matriculara a nombre de R. Jaramillo”* (marca 31:17 ibídem).

d. Dentro de la valoración de la prueba además se tiene en cuenta que la actual representante legal de la sociedad R. Jaramillo C. SAS es la cónyuge de Rodrigo Jaramillo Correa, según ella misma lo declaró en su interrogatorio de parte. A pesar de que su sola declaración no es prueba del estado civil, que tiene prueba solemne, sí da indicios al Despacho de la cercanía personal de la interrogada con el ex representante legal de ambas compañías.

e. En fin, se extrañan los soportes que den cuenta de la alegada remuneración a favor de Rodrigo Jaramillo Correa y de las órdenes que se dieron a Interbolsa S. A. en el sentido de transferir la propiedad del vehículo a R. Jaramillo C. y Cía. SCA

f. Al preguntarse a la representante legal de la compañía R. Jaramillo C. SAS si sabía, en virtud de su cargo, por qué el señor Rodrigo Jaramillo dio la orden de transferir el vehículo a la sociedad, en lugar de recibirlo él, respondió *“no, eso habría que preguntarle al doctor Rodrigo Jaramillo porque me está interrogando es a mí (...) le tienen que preguntar directamente a quien así lo ordenó, yo no puedo responder por un tercero”* (marca 33:30 ibídem).

21. Así las cosas, los elementos existentes en el expediente están lejos de probar la existencia de una causa para el contrato o la ausencia de daño para la concursada. Por tanto, la alegación de la demandada en el sentido en que la transferencia de la propiedad del vehículo fue la retribución a los servicios prestados por el presidente de la compañía Rodrigo Jaramillo Correa debe ser desechada. Por tanto, no existe prueba de que se haya pagado el precio declarado. Se partió de una negación indefinida contenida en el hecho 17 de la demanda, que invirtió la carga de la prueba; y el Despacho observa que esta no fue desvirtuada en el curso del proceso. Todo lo anterior refuerza ampliamente las consideraciones expresadas sobre el daño ocasionado con el contrato impugnado.

22. En fin, debe tenerse en cuenta el valor que consta en el contrato de 30 de octubre de 2012 es inferior al valor por el que se había adquirido el bien

de Leasing Bancolombia. Según el contrato de arrendamiento financiero en cuestión, el valor del bien más el IVA ascendía a \$117'420.644,00 tal como se evidencia a folio 26 del cuaderno principal. Si bien este elemento por sí solo no es definitivo, pues es cierto que en el mencionado lapso ha podido depreciarse el bien por su uso natural y las condiciones del mercado, en conjunto con las demás pruebas.

23. El Despacho toma además en cuenta que existe una gran cantidad de obligaciones calificadas y graduadas por el juez del concurso con privilegio de primera clase por una cuantía inferior al del daño recibido por la compañía con la compraventa en cuestión.

24. De todos los anteriores elementos, es fuerza concluir que el contrato de 30 de octubre de 2012 causó un daño a la masa de los acreedores del concurso de Interbolsa S. A., y que este elemento de la acción revocatoria se cumple.

C. Análisis de la buena fe de la sociedad R. Jaramillo C. SAS

25. En un reciente pronunciamiento², esta Superintendencia realizó algunas consideraciones generales sobre la definición, alcance, y proyecciones del principio general de la buena fe en las acciones revocatorias concursales, que para efectos del presente caso consideramos del caso reiterar:

“iii) La buena fe exigida del tercero en las acciones revocatorias es la buena fe objetiva, buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos

31. Es un tópico, al hablar de la buena fe, referirse a sus dos perfiles: subjetivo (buena fe simple) y objetivo (buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos).

Por un lado, la buena fe es entendida en sentido subjetivo, como conciencia de haber actuado conforme a derecho; en esta medida, se protege a quien confía en la regularidad de sus propios actos, sin exigir mayores pruebas. Por el otro, es tomada en sentido objetivo, como actuación de quien ejecutó diligentemente sus deberes, independientemente de su convicción interna; en esta medida, protege los derechos de quien se aseguró de no interferir con derechos ajenos, y actuó con lealtad y corrección con su contraparte y con

2 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 480-000069 de 17 de junio de 2015, Pablo Muñoz Gómez, Liquidador de MNV S. A. En liquidación judicial y de Gas Kpital GR S. A. En liquidación judicial contra Vergel & Castellanos S. A., Arqcivilés S. A. y Oilequip SAS.

terceros. Para efectos del caso concreto, este Despacho considera pertinente remitirse a lo expresado por la jurisprudencia nacional:

“La buena fe simple es la exigida normalmente en los negocios. Esta buena fe simple es definida por el artículo 768 del Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad como ‘la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio’.

Los efectos de esta buena fe consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Si alguien de buena fe obtiene un derecho, no protegida su adquisición por la ley, en razón de no ser el transmitente titular de aquel derecho o no estar autorizado para transmitirlo, no obstante la falta de protección del derecho que se pretendió adquirir, la ley otorga a quien obró de buena fe ciertas garantías o beneficios. Sin duda tal persona será vencida en un debate judicial, pero el ordenamiento jurídico aminorará los efectos de la pérdida del derecho.

(...)

La buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos o situaciones, tiene efectos superiores a los de la buena fe simple acabada de examinar.

Como su nombre lo indica, tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, de dar por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe”.

32. Ahora bien, cuando el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 establece una excepción a la revocatoria de los actos a título oneroso “cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe”, dispone una forma de proteger a un tercero y de consolidar a su favor un derecho de propiedad. En estos casos, el tercero que alega su buena fe, busca que con fundamento en ella se proteja o se consoliden una serie de derechos a favor suyo. En otras palabras: el tercero adquirente que se opone a la revocatoria de un acto debe alegar una buena fe que tenga la aptitud de crear o consolidar derechos, y dicha fe va mucho más allá de la simple:

“La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: ‘Error communis facit jus’.

Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una

situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa”.

iv) Las acciones revocatorias no exigen la demostración de un fraude a los acreedores

33. Debe, asimismo, hacerse una precisión respecto del alcance de las acciones revocatorias concursales y los elementos que las diferencian de otras acciones judiciales similares, como la acción pauliana prevista en el artículo 2491 del Código Civil.

34. En efecto, esta última acción exige como uno de los elementos esenciales, el que ha sido denominado por la doctrina como el “fraude pauliano”, o consilium fraudis. La acción pauliana se caracteriza por ser “ eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores (...) En ese cometido, imprescindible deviene tener claro que el fraude pauliano no se identifica con el dolo instituido como vicio del consentimiento de los actos o contratos, ni con el dolo de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Por esto, el legislador patrio, siguiendo la tradición romanista, en este específico caso tiene configurado el fraude cuando el deudor ‘conociendo’ el mal estado de sus negocios, ejecuta actos o contratos en ‘perjuicio’ de sus acreedores (artículo 2491 del Código Civil). Por lo tanto, no es la simple demostración del ánimo preconcebido del otorgante lo que agota la carga probatoria dicha, sino el discernimiento que tiene sobre el daño que va a irrogar con el negocio, porque debido a los quebrantos patrimoniales que lo aquejan, va a tornar nugatorio el derecho de tales acreedores”. Por ello el artículo 2491 del Código Civil exige para la prosperidad de la acción pauliana, que se demuestre que el acto oneroso se realizó “siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”. Para que prospere la acción pauliana es necesario, por tanto, demostrar que ambas partes del negocio conocían de la crisis del deudor y, en cierta medida, obraron en connivencia para defraudar a los acreedores de este.

35. Sin embargo, la acción revocatoria concursal no tiene una exigencia tan tajante. Si bien el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 exige que el tercero adquirente de los bienes

a título oneroso no haya obrado de buena fe, dicha exigencia no implica un concilio fraudulento, un ánimo defraudatorio, un espíritu de causar daño, o en otras palabras, un fraude.

v) Presunción y prueba de la buena fe

36. Para que el tercero adquirente pueda enervar la acción revocatoria y proteger de esta forma sus derechos, tiene que evidenciarse que su actuación se ajustó a sus deberes y que se obró exento de culpa. En efecto: “(...) la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana “Error communis facit jus”) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan solo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza” (subrayas fuera de texto). ¿Cómo se acreditan estos supuestos?

37. Según el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. De manera similar, el artículo 769 del Código Civil prevé que “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria” y el artículo 835 del Código de Comercio que “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa”. Para efectos de fallar el presente caso, el Despacho considera necesario determinar en qué consiste la referida presunción de buena fe y cuáles son sus alcances en materia probatoria.

38. Se trata, como su mismo nombre lo indica, una especie de presunción, que debe ser analizada y aplicada de acuerdo con las reglas generales aplicables a esta clase de prueba. Entre otras, se debe recordar que, al igual que los indicios, las presunciones son juicios de inferencia lógica, que requieren que se pruebe un hecho (indicador) para inferir, con base en él otro hecho (indicado); pero este juicio, que proviene de las reglas de la experiencia en los indicios, en las presunciones es dado por el ordenamiento positivo. Por ello afirma la doctrina que toda “presunción exige la previa prueba de los hechos que le sirven de base”

39. En el caso de la presunción de buena fe, ¿cuáles son los hechos que le sirven de base y que deben estar probados en el proceso? La actitud diligente de quien la alega, que desplegó todas las actuaciones que le correspondía, en aras de crearse una certeza

razonable acerca de la situación en la que se encontraba. Solo quien ha obrado con la diligencia que le corresponde emplear puede alegar que obró de buena fe creadora de derechos. Y la carga de probar dicha diligencia corresponde a quien alega haber obrado de buena fe, pues según dispone el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.

vi) La presunción de buena fe se también se desvirtúa por la prueba de mala fe

40. Los artículos 769 del Código Civil y 835 del Código de Comercio disponen que la mala fe debe probarse. La parte demandada, en sus alegatos de conclusión, reiteró este aserto para aducir que en el presente caso no se había probado que el Banco de Occidente S. A. (entonces Leasing de Occidente S. A.) había obrado de mala fe, y por tanto, su presunción de buena fe sigue incólume.

41. Este aserto ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia en los siguientes términos: “Esta manera de considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como intención de legalidad y una creencia de legitimidad, -como lo ha dicho esta Sala— se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción de la fe que es buena. ‘El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma de los hechos en que funda su impugnación’ (Ricci). La creencia en cuya formación no intervienga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fides... sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor que se exige o es exigible la buena fe en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adaptada a las situaciones de cada caso...”.

vii) La buena fe también se desvirtúa cuando se acredita que el tercero debía conocer el mal estado de los negocios del deudor

42. La buena fe exige en quien la invoca, según se indicó previamente, que su comportamiento se haya ajustado a sus deberes, entre otros, los deberes mínimos de investigación que su rol, profesión, posición contractual o la misma ley le impone.

43. *En el caso de las acciones revocatorias, e incluso en el caso de la acción pauliana ordinaria, donde la prueba es más exigente frente a la actitud del tercero, la buena fe de este siempre se puede desvirtuar cuando se acredite que el tercero conocía el mal estado de los negocios del deudor. En efecto, el artículo 2491 del Código Civil, al referirse a los elementos de la acción pauliana, establece que deben actuar “de mala fe el otorgante y el adquirente”, situación que ocurre cuando el negocio se celebra “conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”.*

44. *Como es natural, el conocimiento del mal estado de los negocios se puede acreditar de muchas maneras, sea de forma directa, sea de forma indirecta. Prueba directa, como en aquellos casos en los que se cuente con una confesión por parte del tercero que adquirió el bien; prueba indirecta, cuando existan indicios que permitan inferir que él se enteró de dichas condiciones. “La prueba, respecto del fraude pauliano, como elemento subjetivo que es, generalmente es indirecta, como quiera que el fraude exista, como ya se vio, cuando las circunstancias demuestran que el deudor y el tercero adquirente, si el acto atacado es a título oneroso, no podían ignorar que se hacía insolvente o que el primero agravaba su estado de deterioro económico” .*

45. *Pero no es necesario probar que el tercero adquirente efectivamente conocía el mal estado de los negocios del deudor. Basta con probar que, en sus condiciones personales, profesionales, o en las demás circunstancias en que se celebró el negocio, este debía conocer dicha situación. Esta conclusión es un corolario natural del principio de buena fe objetiva, cualificada o creadora de derechos. Tal como ya se explicó más arriba, solo actúa de buena fe quien fue prudente y diligente en sus negocios, cuando a pesar de dicha su prudencia y diligencia le fue imposible descubrir los vicios en los que se hubiere podido incurrir.*

46. *Si el tercero, debiendo conocer el mal estado de los negocios del otorgante, no lo conoció, ello solo quiere decir que incumplió con sus deberes. Y el derecho no puede admitir que el incumplimiento de los deberes sirva de excusa válida para crear o consolidar derechos en cabeza de ese tercero. Sostener lo contrario sería tanto como decir que el adquirente que omitió sus deberes puede alegar su propia culpa a su favor; y ello sería contrario a principios básicos de nuestro sistema (como el ya reseñado nemo auditur propriam turpitudinem allegans).*

47. *Así las cosas, si aparece que, según las circunstancias del caso el adquirente debía conocer los síntomas de la crisis del otorgante, su actitud no puede estar amparada por el principio general de buena fe. Consideraciones que son perfectamente aplicables*

a las acciones revocatorias concursales, donde no se exige la prueba de un consilium fraudis”.

26. En el presente caso, no encuentra el Despacho que se haya acreditado que la sociedad R. Jaramillo C. SAS haya obrado de buena fe en la celebración del contrato de compraventa de 30 de octubre de 2012. Una pluralidad de elementos lleva al Despacho a esta conclusión:

a. En primer término, la demandada no acreditó que en haber obrado con la diligencia que sirve de base a la presunción de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, arriba explicado.

b. La sociedad R. Jaramillo C. SAS fue representada en el negocio de compraventa de 30 de octubre de 2012 por el señor Rodrigo Jaramillo Correa, quien aparece firmando el contrato de compraventa a folio 33, tanto a nombre de la sociedad Interbolsa S. A. como a nombre de la sociedad R. Jaramillo C. y Cía. SCA.

Se trata de un clásico ejemplo de lo que la doctrina denomina un “contrato consigo mismo”, en el que un negocio jurídico es celebrado por una sola persona física en representación de dos o más partes. Si bien esta clase de negocios no está prohibida por la ley, los contratos que celebre el mandatario solo son patrocinados por el derecho en la medida en que se cuente con autorización del mandante. Así, el artículo 839 del Código de Comercio expresa *“No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado”.*

En el presente caso, el Despacho no encuentra en el expediente que el señor Rodrigo Jaramillo Correa, quien firmó el contrato a nombre de ambas partes, haya contado con autorización expresa para realizar la mencionada operación. Todo lo anterior arroja nuevos indicios acerca de las condiciones en las que se celebró la operación, así como de la falta de cumplimiento de los requisitos legales que exige la buena fe en la celebración y ejecución de este tipo de negocios (artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio).

c. El señor Rodrigo Jaramillo Correa, en el momento de la celebración del negocio referido, ostentaba la calidad de administrador y representante legal

de Interbolsa S. A., según lo admite la misma demandada, al fundamentar que su remuneración como presidente de la compañía hoy concursada era la causa del contrato de compraventa.

27. De las anteriores circunstancias debe concluirse que no solo no se probó que la sociedad R. Jaramillo C. SCA haya obrado diligentemente en la adquisición del vehículo materia de estudio (con lo cual no es posible presumir la buena fe del comprador), sino que además existe una pluralidad de elementos que permite inferir que la demandada, a través de su socio gestor y representante legal Rodrigo Jaramillo Correa, conocía del mal estado de los negocios de Interbolsa S. A. que para entonces ya se estaba gestando, y a pesar de ello celebró un negocio lesivo para los intereses de dicha sociedad.

28. En los anteriores términos encuentra el Despacho que también se cumple el requisito relacionado con la ausencia de buena fe del tercero que adquirió el bien.

D. Consideraciones sobre la naturaleza y efectos de la decisión que accede a la revocatoria concursal

i. Naturaleza personal de las acciones revocatorias concursales. Las acciones revocatorias concursales no son acciones reales

29. Según lo ha expresado la jurisprudencia nacional, la acción pauliana, y en términos generales también la revocatoria, *“es una acción personal y no real”*³ que tienen por objeto atacar un acto o negocio jurídico celebrado entre el deudor y un tercero. Ello significa, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, que *“la acción aludida no tiene por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad en favor de quien la ejerce, ni tampoco en favor del deudor demandado, sino solamente, apoyándose en la inoponibilidad a aquel del negocio de disposición fraudulenta cuya revocación reclama, permitirle perseguir el bien o derecho que pasó a formar parte del patrimonio de un tercero y ejecutarlo hasta que se satisfaga el importe de su crédito”*⁴ (subrayas fuera del texto).

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de marzo de 200, M. P. César Julio Valencia Copete, Exp. 1100102030002006-02040-00.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de julio de 1991, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, G. J. CCVIII, p. 548.

30. Ahora, nuestro Código Civil define, en sus artículos 665 y 666, el contenido y objeto de las acciones reales y personales. La primera de tales normas dispone que las acciones reales nacen de los derechos del mismo nombre, es decir, de aquellos *“que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”*. Las acciones personales, por su parte, se derivan de los derechos personales, que *“son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”*.

31. El que la acción revocatoria sea una acción personal trae importantes consecuencias relacionadas con los alcances del fallo que en ella se profiera, y en especial, sobre la forma en que opera el restablecimiento de la prenda general de los acreedores que se sigue como consecuencia del fallo que acoge la revocatoria.

32. Dicho restablecimiento puede ser obtenido, según sea el caso, a través de acciones reales o de acciones personales. La acción reivindicatoria o de dominio, que es la acción real por excelencia, busca la protección de la propiedad sobre una cosa a través de su restitución al legítimo propietario. Por su parte, la resolución de contrato por incumplimiento, acción personal paradigmática, persigue, entre otras cosas, las restituciones mutuas de lo que las partes hubieren recibido en ejecución del contrato incumplido.

33. Pero el alcance de las pretensiones de restablecimiento es sustancialmente distinto en las acciones reales y en las personales. En las acciones reales, en las que se ejerce el atributo de persecución que tiene el titular de un derecho real sobre una cosa (*ius in re*), el restablecimiento se concreta en la restitución de una cosa específica, sin importar en manos de quién se encuentre. En las acciones personales, que solo dan el derecho a perseguir el patrimonio del deudor, el restablecimiento se materializa en un derecho a que la contraparte restituya los bienes que fueron extraídos del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores (es decir, *un ius ad rem*).

34. Al respecto, los tratadistas chilenos Alessandri y Somarriva, al hablar de las acciones personales de restitución, expresan que para ellas *“basta probar el vínculo obligatorio entre demandante y demandado; la prueba del dominio es innecesaria, pues se puede ser acreedor a la entrega de una cosa sin tener la calidad de dueño de ella”*. Agrega el Despacho que en el ejercicio de este tipo de acciones la entrega de la cosa puede incluso hacerse imposible, porque el bien ya no

existe física o jurídicamente en el patrimonio del demandado. En estos casos, la obligación de restituir el bien (débito primario) debe ser estimada en dinero (débito secundario), para que sean dichos valores los que se reintegren al patrimonio del deudor.

35. Por tratarse de una acción personal, la sentencia que la decida solo puede afectar el patrimonio de los sujetos obligados por el acto o negocio jurídico revocado. La revocatoria no implica la restitución de los bienes en manos de quien estén, sino solo en la medida en que aún hagan parte del patrimonio del demandado a quien el concursado los transfirió.

36. En efecto, *“Las acciones personales de restitución solo pueden entablarse cuando el demandado está ligado por una relación personal o de crédito con el demandante”*⁵; en este caso, en virtud del negocio jurídico cuya revocatoria se solicita. *“Por tanto, si se pide la restitución de la cosa de un tercero que la posee, forzoso es intentar la acción reivindicatoria”*⁶, pues esa sí tiene el carácter de acción real. *“Esta última está subordinada o no a una acción personal contra el causante del tercero, según que el reivindicador haya estado ligado o no por una relación personal con dicho causante. Ejemplo: (...) la acción de nulidad, que debe dirigirse contra el co-contratante: declarada la nulidad, procede la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, pues la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, restituye las partes al mismo estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el contrato nulo; el título de dominio del demandado desaparece y subsiste el del demandante, y en virtud de este se puede reivindicar la cosa del tercer poseedor”*⁷.

37. El mismo tratamiento recibe la acción revocatoria, cuyos efectos únicamente abarcan al negocio demandado; en caso en que haya un tercero sub-adquirente de la cosa materia del negocio, a ese tercero se le debe reclamar la cosa vía acción reivindicatoria. O, dicho de otra forma, la sentencia que ordena la revocatoria no produce efectos contra el tercero sub-adquirente de la cosa, a menos que él haya sido parte del negocio revocado.

38. En efecto, la sentencia que decide las acciones revocatorias no restablece automáticamente el derecho de dominio que tenía la concursada sobre los bienes dispuestos mediante el acto demandado, sino que se limita a imponer

5 Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Los bienes y los derechos reales. Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1974, p. 801.

6 Ibídem.

7 Ibídem.

a la demandada la obligación de restituir, y dicha obligación, según se dijo, se puede cumplir sea en especie, sea en dinero. Si la devolución del bien es posible, el adquirente lo deberá restituir en especie; pero si la devolución no es posible, el adquirente deberá devolver su valor en dinero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1731 del Código Civil.

39. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, las acciones revocatorias no pueden afectar los derechos de los terceros que no han sido partes del negocio revocado, ni sus causahabientes en las obligaciones derivadas de dicho acto. Es decir, quien no es parte en el negocio, o causahabiente de alguna de las partes del negocio demandado, no puede ser parte ni causahabiente en el proceso.

40. En armonía con lo anterior, este Despacho advierte que el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 prescribe, en su inciso tercero, que “[l]a sentencia que decreta la revocación o la simulación del acto demandado dispondrá, entre otras medidas, la cancelación de la inscripción de los derechos del demandado vencido y las de sus causahabientes, y en su lugar ordenará inscribir al deudor como nuevo titular de los derechos que le correspondan”. Dicha previsión, lejos de desnaturalizar la naturaleza personal de las acciones revocatorias, la confirma. La cancelación solo puede proceder frente al demandado con quien se celebró el acto o negocio revocado, o sus causahabientes; pero no cualquier causahabiente, sino solo a aquellos que sucedieron al demandado *en el acto o negocio revocado*.

41. Son causahabientes en el acto o negocio revocado aquellos que adquirieron los derechos u obligaciones derivados del mismo. Son causahabientes de este tipo quienes han celebrado una cesión (de créditos, de contratos, de derechos herenciales, de derechos litigiosos) sobre unos u otros; así como quienes han adquirido tales derechos y obligaciones en virtud de un acto a título universal, como los herederos o legatarios en una herencia, las sociedades beneficiarias de una fusión o escisión. Frente a este tipo de causahabientes la sentencia puede ordenar que se cancele la inscripción de su propiedad.

42. Caso distinto es el de los causahabientes *en los bienes o derechos reales* transferidos con fundamento en el acto o negocio revocado. Al no haber sido parte del negocio revocado, ni haber adquirido derechos ni obligaciones de este, la sentencia que decida sobre la revocatoria no puede producir efectos sobre ellos. Se reitera al respecto que la revocatoria ataca el negocio demandado;

no es una acción real, que persiga los bienes en manos de quien estén. Por tanto, la sentencia de revocatoria no puede ordenar la cancelación de las inscripciones en favor de esta clase de terceros.

ii. Efectos de la revocatoria en el caso concreto.

43. Teniendo en cuenta las consideraciones apenas expuestas acerca de la naturaleza personal, y no real, de las acciones revocatorias concursales, el Despacho concluye que la presente sentencia solo puede limitarse, en sus efectos, a revocar el acto o negocio jurídico en el que intervino el deudor Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, celebrado el 30 de octubre de 2012 con R. Jaramillo C. SAS.

44. Si bien con posterioridad a dicho negocio la adquirente R. Jaramillo C. SAS vendió el mencionado vehículo a la señora Sandra Rocío Celemín Ibáñez, ella no tiene la calidad de causahabiente en el negocio ni en las obligaciones derivadas de este.

45. La señora Sandra Rocío Celemín Ibáñez es apenas una causahabiente en los derechos reales sobre el vehículo automotor en cuestión, que no puede ser afectada en la sentencia que en una acción personal, como la presente, en la que solo se puede poner en discusión los *“actos o negocios realizados por el deudor”* que se encuentran en los supuestos establecidos en los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006.

46. A pesar de lo ya expresado, podría pensarse que las pretensiones segunda, cuarta, sexta, séptima y octava del grupo de pretensiones principales de la demanda tenían una naturaleza real, y buscaban una reivindicación, o la restitución del vehículo automotor en manos de quien estuvieran, en este caso, en manos de la señora Sandra Rocío Celemín Ibáñez. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse de entrada, entre otras, con fundamento en los límites de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

47. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han expresado que *“únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias*

precisas respecto de las cuales ello es posible"⁸. Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades tienen, por tanto, un carácter excepcional y restrictivo, que se concretan en dos aspectos: *"la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa"*⁹.

48. Por tanto, las atribuciones jurisdiccionales de esta Superintendencia son de interpretación restrictiva, y no pueden ampliarse indefinidamente para incluir en ellos todos los asuntos indirectamente relacionados con ella. Lo contrario *"sería tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general"*¹⁰.

49. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos *"actos o negocios realizados por el deudor"* cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. En este contexto, las facultades jurisdiccionales de esta Entidad solo llegan hasta la decisión de revocar un negocio dañino a los acreedores del concurso; pero en ningún momento pueden extenderse para comprender la reivindicación de los bienes transferidos en el negocio revocado y que estén en manos de un tercero subadquirente.

50. La Superintendencia de Sociedades no podría pronunciarse sobre una eventual pretensión reivindicatoria, ni siquiera por vía de interpretación de la demanda. Sus facultades solo le permiten decidir sobre la suerte del negocio demandado, mas no puede, bajo ningún aspecto, considerar la persecución de los bienes que se encuentren en manos de terceros. Así las cosas, esta entidad debe absolver a la demandada Sandra Rocío Celemín Ibáñez, quien no fue parte ni causahabiente en el negocio demandado.

51. Tampoco hay lugar, por las mismas razones, a pronunciarse sobre la subsistencia del negocio de 3 de abril de 2013, en el que la sociedad R. Jaramillo C. SAS transfirió el vehículo a Sandra Rocío Celemín Ibáñez, pues ese no es uno de los *"actos o negocios realizados por el deudor"* frente a los cuales es procedente la acción revocatoria.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo

9 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

10 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2013, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 0800122130002013-00456-01.

52. Como consecuencia de lo expresado en el presente capítulo, este Despacho negará las pretensiones segunda, cuarta, sexta, séptima y octava, incluidas dentro del grupo de pretensiones principales de la demanda. Asimismo, la pretensión quinta, relacionada con el reintegro de los derechos sobre el campero, solo se acogerá en la medida en que se refiera a los derechos derivados de la revocatoria.

iii. Sobre las demás pretensiones de la demanda

53. Teniendo en cuenta la prosperidad de las pretensiones primera, tercera, quinta y novena del grupo de pretensiones principales de la demanda, no hay lugar a pronunciarse sobre el segundo grupo de solicitudes, llamado por el demandante “Pretensiones Subsidiarias”.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Revocar el contrato de compraventa de 30 de octubre de 2012, celebrado entre Interbolsa S. A. hoy en liquidación judicial a favor de R. Jaramillo C. SCA (hoy SAS) negocio de transferencia de dominio del vehículo marca BMW, línea 320i, modelo 2006, placa BSL 281, número de serie: WBAVA71056PS01500, número de chasis: WBAVA71056PS01500.

Segundo. Reintegrar el patrimonio de Interbolsa S. A. en liquidación judicial con los derechos que se deriven de la revocatoria ordenada en el numeral anterior.

Tercero. Desestimar las pretensiones segunda, cuarta, sexta, séptima y octava del grupo de pretensiones principales, así como las pretensiones del grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto. Absolver a la demandada Sandra Rocío Celemín Ibáñez.

Quinto. Condenar en costas a la demandada R. Jaramillo C. SAS Liquidense por secretaría una vez en firme la presente sentencia. Para la liquidación

fíjense las agencias en derecho en la suma de dos millones de pesos moneda corriente (\$2'000.000,00).

Sexto. Remitir copias de la presente sentencia al Grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, con destino al expediente del proceso concursal de la sociedad Interbolsa S. A. Para el efecto, bastará con enviar copia simple de la presente sentencia, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Sentencia 480-000096 de 28 de julio de 2015

Demandante	Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S. A.
Demandado	Rodrigo Jaramillo Correa
Asunto	Superintendencia de Sociedades – Competencia para conocer la revocatoria de prestaciones derivadas de la relación laboral Acto gratuito – Prueba del carácter gratuito de las bonificaciones Período de sospecha – Forma de contabilizarlo Corrección monetaria – Procedencia

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La revocatoria pretendida es una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, que tiene como propósito reintegrarlo para mejorar una situación de insuficiencia de la prenda general de los acreedores. Ante la crisis del deudor, que se ha hecho patente en su situación de insolvencia y en el concurso que se ha iniciado como consecuencia de ello, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de retrotraer los efectos de los actos que la hayan ocasionado o empeorado, o de revelar el verdadero estado del patrimonio, cuando esta se haya enmascarado detrás de un acto para hacerla ver más grave.

2. Para que prosperen las mencionadas acciones, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006 establecen los siguientes requisitos: (i) que la demanda sea propuesta por un acreedor anterior al acto demandado, por el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito; (ii) que no haya operado la caducidad, de 6 meses desde la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos; (iii) que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general; (iv) que el acto se haya realizado durante un período de sospecha, que oscila entre los 18, 24 o 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo; y (v) que no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe.

3. La demanda se dirige a atacar 57 bonificaciones recibidas por el demandado de la compañía en concurso entre los meses de noviembre de 2010

y septiembre de 2012, que en opinión del demandante carecieron de una contraprestación. Para ello, en primer término este Despacho se ocupará de determinar su competencia para decidir sobre el asunto (A), para luego determinar la naturaleza –gratuita u onerosa– de los actos demandados (B), detenerse en cada uno de los elementos de la acción revocatoria frente al caso demandado (C) y, finalmente, determinar los efectos de esta decisión (D).

A. Competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer de acciones revocatorias de pagos extralegales hechos en virtud de relaciones laborales

4. Antes de cualquier otra consideración, y con miras a resolver sobre la excepción propuesta por la parte demandada en el presente proceso, este Despacho estima pertinente aclarar algunos aspectos sobre su competencia para conocer de los pagos de bonificaciones extralegales en ejercicio de la acción revocatoria de que tratan los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006.

5. Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos “actos o negocios realizados por el deudor” cuando se cumplen los supuestos allí establecidos.

6. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han expresado que “únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”. Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades tienen, por tanto, un carácter excepcional y restrictivo, que se La excepcionalidad de dichas funciones se concreta en dos aspectos: “la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa”. Por tanto, las atribuciones jurisdiccionales de esta Superintendencia son de interpretación restrictiva, y no pueden ampliarse indefinidamente para incluir en ellos todos los asuntos indirectamente relacionados con ella. Lo contrario “sería tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general”.

7. Sin embargo, este Despacho encuentra que en el presente caso la Superintendencia tiene plena competencia para conocer y decidir sobre la revocatoria solicitada, pues las pretensiones formuladas se ubican dentro de los límites impuestos por la ley para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

8. En efecto, el artículo 74 dispone, de manera general, que esta Entidad puede conocer, entre otras, sobre la revocatoria o simulación, tanto de “La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio” como de “Todo acto a título gratuito” realizado dentro de los respectivos períodos de sospecha.

9. La Ley 1116 de 2006 no limita los actos objeto de revocatoria por la naturaleza de la fuente que les dio origen. No restringe la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades para dejar por fuera actos de naturaleza laboral, como lo sostiene el demandado, ni dispone que las prestaciones otorgadas con ocasión de un contrato de trabajo sean inmunes al control por parte del juez del concurso. Si están acreditados los elementos para que proceda la acción revocatoria, no hay límite alguno para que la Superintendencia de Sociedades así lo pueda declarar.

10. Al respecto, y ante la redacción genérica que incorpora el artículo 74 este Despacho debe recordar que, según un criterio elemental de interpretación de la ley, el intérprete no puede distinguir donde el legislador no lo ha hecho (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

11. Así las cosas, y teniendo en cuenta que los actos demandados corresponden a pagos realizados al señor Rodrigo Jaramillo Correa, y que los mencionados actos son revocables a la luz de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, esta Superintendencia es competente para conocer de su revocación, cuando con ello se haya causado un daño al concurso y siempre y cuando se satisfagan los demás requisitos previstos en la ley para su procedencia.

B. Carácter gratuito de las bonificaciones demandadas

12. La demanda se dirige a atacar 57 bonificaciones recibidas por el demandado de la compañía en concurso entre los meses de noviembre de 2010

y septiembre de 2012, que en opinión del demandante carecieron de una contraprestación. En su oportunidad, el demandado estimó que los mencionados pagos tuvieron naturaleza laboral, constituyeron la retribución a su actividad como administrador de la compañía, y por tanto no pueden considerarse actos a título gratuito.

13. Si bien la demandada en su contestación sostuvo que los mencionados pagos no fueron a título gratuito, porque consistieron en la retribución del trabajo del demandado Rodrigo Jaramillo Correa en la gestión y posicionamiento de Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, más allá del contenido o de la veracidad de estas afirmaciones, el Despacho no encuentra acreditado que esa fuera la causa de las bonificaciones. Diversos elementos llevan a esa conclusión:

14. Es cierto que la legislación laboral prevé que las bonificaciones puedan cumplir con una finalidad retributiva de los servicios prestados al empleador. De esta manera, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo expresa que “Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

15. Ahora, el hecho de que las bonificaciones puedan tener un carácter retributivo y por ello mismo puedan incluso ser consideradas como salario no quiere decir que toda bonificación tenga dicha calidad. Pero ello supone que las sumas pagadas por este concepto sean la contraprestación por los servicios prestados al empleador, es decir, que tengan un carácter retributivo.

16. Teniendo en cuenta esta circunstancia ¿Quién tiene la carga de acreditar en el proceso si las bonificaciones fueron a título gratuito u oneroso? ¿La demandante, que alega su gratuidad? ¿O, por el contrario, el demandado, que alega su onerosidad?

17. Estima el Despacho que afirmar que un acto fue celebrado a título gratuito equivale a decir que no tuvo contraprestación. En la práctica, ello corresponde a una negación indefinida, que invierte la carga de la prueba (artículo 177 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil).

Por el contrario, afirmar que un acto fue celebrado a título oneroso es lo mismo que decir que existió una contraprestación determinada que le sirvió de contrapartida; o, lo que es igual, que el acto fue celebrado entre quienes fueron partes “gravándose cada uno a beneficio del otro”, según lo expresa el artículo 1497 del Código Civil. En estos casos opera el principio general de acuerdo con el cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (artículo 177 inciso primero del Código de Procedimiento Civil).

18. Analizado el proceso y el material probatorio allegado al expediente, el Despacho encuentra que las bonificaciones demandadas fueron actos a título gratuito, a través de los cuales se transfirieron recursos de la compañía al demandado sin causa distinta de la mera liberalidad. Diversos elementos conducen a esta conclusión:

a. En primer término, más allá de las afirmaciones de la demandada en su escrito de contestación y en sus alegatos de conclusión acerca del carácter retributivo de las, el demandado no aportó pruebas que demostraran la contraprestación que decía remunerarse con las mencionadas bonificaciones.

b. No son prueba de la existencia de una contraprestación las simples afirmaciones de los distintos testimonios practicados en el proceso, en los que se declara que las mencionadas bonificaciones no fueron a título gratuito sino a título oneroso. La onerosidad del acto es una conclusión de carácter jurídico que corresponde determinarla al juez del concurso con fundamento en los hechos y en las pruebas aportadas al mismo. Y ninguno de los elementos probatorios tiene la virtualidad de acreditar la existencia de la contraprestación prestada para tener derecho a la bonificación.

c. En esta medida, el Despacho desecha lo alegado de conclusión por la parte demandada, cuando se refirió a los testimonios practicados en la etapa probatoria del proceso.

d. Antes de cualquier otra cosa, se advierte que una buena parte de las respuestas de los testimonios citadas por el demandado en sus alegatos no puede ser tenida en cuenta por el Despacho, debido en parte a que las preguntas formuladas insinuaban a los testigos las respuestas, contrariando lo dispuesto en los artículos 226 y 228 del Código de Procedimiento Civil. Mal haría el

Despacho en tener en cuenta lo allí expresado, pues ello equivaldría a incurrir en un error de derecho en la valoración de la prueba.

e. Poco puede extraerse, por ejemplo, del testimonio de Luisa Fernanda Rivera Hoyos, quien manifestó no tener conocimiento directo sobre la contrapartida que prestaban a la compañía quienes recibían una bonificación, pues como ella misma admitió “yo recuerdo muy poco, primero porque mi responsabilidad de bonificación era mínimo, era solo operativizar un pago” (marca 0:08:00 de la grabación a folio 1168 del cuaderno principal número 5), que no tenía ninguna función en lo relacionado con el reconocimiento de las bonificaciones. En otro aparte del mismo testimonio se señala que “nunca conocí los acuerdos de eso ni llegué a saber de dónde se derivaban, o sea, nunca conocí qué era, de dónde, pues sí era un ingreso, pero ¿de dónde se derivaba? ¿Cómo se derivaba? Ni idea. ¿Cómo se acordó? Menos” (marca 29:10, *ibídem*).

f. Tampoco está demostrado en el testimonio de la ex secretaria general de Interbolsa S. A. Ruth Stella Upegui, que las bonificaciones tuvieran carácter retributivo. Tal como consta de la versión por ella rendida, ellas se daban por “mera liberalidad” del empleador, y no estaban atadas a los servicios prestados por la persona en favor de la cual se asignaban, sino a un sistema de “Balance Score Card de la empresa, es decir, dependiendo de los resultados uno tenía capacidad de recibir un bono” (marca 0:51:40, *ibídem*); por tanto, independientemente de lo hecho por el administrador, la bonificación se recibía “de acuerdo con una producción, había que esperar el resultado final de la parte financiera” (marca 0:51:22 *ibídem*); y a pesar de que para asignar la bonificación había otros criterios más personales (como las evaluaciones de desempeño y otros, marcas 1:02:40 y 1:04:52 *ibídem*), este no solía ser el criterio definitivo.

g. En el último testimonio citado, la interrogada hizo una distinción entre dos prestaciones que se reconocían a los administradores de Interbolsa S. A.: bonificaciones y asignaciones Salariales. Estos últimos eran cupos que se concedían a algunos funcionarios para alcanzar objetivos de desalarización. De los dos conceptos solo el segundo tenía carácter retributivo: “la bonificación era de mera liberalidad; la asignación Salarial, que era un cupo donde iba una parte por la nómina y otra parte por el manejo de desalarización, era lo que se había pactado al comienzo de la relación contractual” (marca 1:10:51 *ibídem*, se resalta).

Analizado el material probatorio, se encuentra que los pagos demandados corresponden al primer tipo, no solo porque así consta en los soportes aportados con la demanda, sino porque la demandada no desvirtuó dicha naturaleza ni probó que se hubiera pactado la naturaleza de asignación salarial al comienzo de la relación contractual.

“Liberalidad”, sobra advertirlo, es sinónimo de gratuidad (entendida esta en los términos del artículo 1497 del Código Civil, como ausencia de contraprestación), por cuanto consiste en la “Disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya”, según lo define el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

h. Por otro lado, no aparece que las bonificaciones recibidas por Rodrigo Jaramillo Correa hubieran seguido ni el trámite ni la periodicidad que se usaba para dar las bonificaciones a los directivos de la compañía, según consta en el testimonio de César Alberto Mendoza Sáenz, a marca 1:36:40 de la grabación a folio 1168 del cuaderno principal número 5. No sobra advertir que el interrogado no conocía tampoco del procedimiento para determinar la procedencia y el monto de las bonificaciones para los vicepresidentes de la compañía (marca 1:39:30 *ibídem*), ni para el presidente, de quien no se refirió. Con todo, a lo largo de la totalidad del mencionado testimonio siempre se remarcó el carácter preponderante de Rodrigo Jaramillo Correa en la determinación de las bonificaciones.

i. Refuerza lo anterior el hecho de que los soportes de las bonificaciones recibidas por Rodrigo Jaramillo Correa no surtieron el trámite de aprobación por parte de la gerencia administrativa de la sociedad, como lo narra el testigo César Alberto Mendoza Sáenz: “estos documentos eran firmados directamente por Rodrigo Jaramillo y Luisa Fernanda. No tienen ni mi visto bueno ni pasaron por mis manos. Él al ser el presidente del grupo tenía las facultades para solicitar a cualquier persona sin necesidad de llevar el conducto regular. No las conocía, no tienen un visto bueno mío, una aprobación mía. [Luisa Fernanda Rivera, que las firmó] como representante del empleador, me imagino que por ser la encargada del área de gestión humana, debe tener esas características, obviamente, como cualquier persona que dirija el área de gestión humana es quien representa al empleador en frente a los trabajadores o a los empleados” (marca 1:44:14 *ibídem*). Según continúa el testigo, las instrucciones de Rodrigo Jaramillo Correa al respecto no tenían que pasar

por su revisión, sino que eran comunicadas directamente por el presidente de la compañía a un subalterno del área administrativa.

j. El Despacho encuentra, asimismo, que la contraprestación por la labor desempeñada por el señor Rodrigo Jaramillo Correa como gerente de Interbolsa S. A. estaban definidos en el contrato de trabajo a término indefinido cuya copia se encuentra a folio 26 del cuaderno principal, celebrado el 1 de agosto de 1995, fecha en la cual se fijó como salario integral la suma de \$5'000.000,00. De admitirse que las bonificaciones tenían un carácter retributivo, y que a través de ellas se pagó la labor del demandado al frente de la compañía hoy en concurso, sería tanto como admitir que se estaba pagando dos veces el mismo servicio: una, a través de un salario previamente pactado; otra a través de bonificaciones “por una única vez”.

k. Tampoco probó la demandada que las bonificaciones retribuyeran labores distintas de las que estaban amparadas en el contrato de trabajo, con lo que se refuerza lo dicho en el literal anterior.

l. Resulta muy dicente además para el Despacho que ninguno de los comprobantes de las bonificaciones a folios 27 a 76 del cuaderno principal número 1 expresen el concepto por el cual se pagaron las bonificaciones. Por el contrario, se observa que, salvo por los valores y las fechas, todos los mencionados soportes tienen un contenido idéntico: “A los (...) días del mes de (...) del año (...), el señor (a) Rodrigo Jaramillo Correa en calidad de trabajador de Interbolsa S. A., por una parte, y Luisa Fernanda Rivera Hoyos en calidad de representante del empleador, han acordado que la suma de la que hace entrega la empresa, la cual asciende a (...), tiene carácter de bonificación y se entrega por una única vez. / En consecuencia las partes acuerdan que la suma entregada al trabajador mediante el presente acto no constituye salario para ningún efecto legal de acuerdo con lo normado en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990”.

m. Nuevos indicios que desvirtúan el carácter retributivo de las bonificaciones alegado por la demandada pueden extraerse del carácter errático, ocasional y hasta antojadizo de los citados pagos, muchos de los cuales, sin relación alguna, eran realizados en varios contados del mismo día. No está demostrado que exista ninguna relación entre las sumas desembolsadas a Rodrigo Jaramillo Correa y una labor específica que se haya recibido en contraprestación.

n. Una nueva inferencia indiciaria se puede extraer de los certificados de ingresos y retenciones de Rodrigo Jaramillo Correa aportados en los años 2011 y 2012, a folios 87 y 88 del cuaderno principal número 1.

En dichos documentos se observa una desproporción evidente entre las sumas recibidas por concepto de salarios (ellas sí con carácter retributivo de sus servicios como trabajador de la concursada) y lo recibido por “Otros ingresos originados en la relación laboral”. Los segundos rubros son cerca de cinco veces superiores a los salarios: así, en 2011, mientras los salarios ascendían a \$329'124.000,00, sus “Otros ingresos” llegaban a \$1.595'208.054,00; tendencia que se mantuvo en 2012, donde las cifras llegaban a \$336'260.121,88 y \$1.680'010.437,42, respectivamente.

En otras palabras, tan solo un 17% de los ingresos percibidos por Rodrigo Jaramillo Correa de Interbolsa S. A. correspondían a salarios; es decir, el 83% restante correspondía a otros ingresos, entre ellos las bonificaciones demandadas.

o. Finalmente, y en cuanto al argumento alegado por el demandado, que soporta en las declaraciones de varios de los testigos, según el cual es costumbre usual remunerar a los directivos de las compañías a través de bonificaciones, el Despacho considera que tampoco es suficiente para probar la onerosidad de los pagos.

Los mencionados testimonios probaron, si acaso, que es usual que se remunere a los directivos de las compañías a través de bonificaciones; sin embargo, tales afirmaciones no acreditan que en el caso concreto de Rodrigo Jaramillo Correa las bonificaciones demandadas hubieran tenido carácter retributivo.

19. Como consecuencia de lo anterior, concluye el Despacho que las mencionadas bonificaciones no tuvieron carácter retributivo, sino que se trataron, por el contrario, de actos a título gratuito.

C. Sobre el conflicto de interés alegado por la demandante

20. Este Despacho recuerda que el conflicto de interés consiste en la concurrencia, en una misma persona, de dos intereses que difícilmente pueden

ser satisfechos de manera simultánea en la misma operación: uno, el de la sociedad; otro el de su representante.

21. Los conflictos de interés son una situación que se encuentra prohibida por el régimen general de los administradores de las sociedades, previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que les impone el deber de participar en actividades que impliquen un conflicto de interés.

22. Se advierte, sin embargo, que la infracción de esta prohibición es una causal de invalidez del negocio viciado de conflicto de interés por infringir una norma de carácter imperativo; dicha sanción es de una naturaleza y tiene una serie de consecuencias muy distintas de la revocatoria y la simulación concursal.

23. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para este Despacho que el debate sobre los conflictos de interés escapa a las facultades jurisdiccionales otorgadas a esta Superintendencia, que tienen carácter restrictivo y que se contraen al conocimiento de las pretensiones revocatorias y de simulación, así como las pretensiones conexas.

D. Análisis de los elementos de la acción revocatoria

24. En el presente caso, del análisis del acervo probatorio resulta lo siguiente:

i) Legitimación en la causa. La acción fue iniciada por el liquidador de las sociedades concursadas, quien se encuentra legitimado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006.

ii) Oportunidad de la acción. La demanda que dio inicio al presente proceso fue interpuesta en el 3 de marzo de 2014, antes de vencerse los seis meses posteriores a la ejecutoria del Auto 405-014907 de 4 de septiembre de 2013, que calificó y graduó los créditos dentro del proceso de liquidación judicial de la concursada. En consecuencia, no había operado el término de caducidad previsto en el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006 y la demanda se considera iniciada en tiempo.

iii) Daño a los acreedores. Sobre este punto, el Despacho se pronunciará de manera más extensa en el capítulo siguiente.

iv) Período de sospecha. Sobre este punto, el Despacho también se pronunciará de manera más extensa más adelante.

v) Sobre la buena fe del tercero. Al tratarse de un acto a título gratuito, no es necesario analizar este elemento, según lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, que solo lo exige en los actos a título oneroso.

25. Para efectos de decidir sobre el fondo del presente proceso, el Despacho se detendrá para analizar, con mayor detalle, si las operaciones demandadas causaron un daño a los acreedores de las concursadas y si las demandadas actuaron de buena fe.

E. Sobre el daño a los acreedores

i) Consideraciones generales sobre el daño a los acreedores.

26. El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 dispone que la acción revocatoria concursal procede, entre otras, para controvertir “todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio” dentro del período de sospecha de 18 meses anteriores al concurso.

27. Lo primero que debe recordarse, antes de hacer cualquier otro análisis, es que las acciones revocatorias únicamente atacan aquellos actos que hayan causado un daño a los acreedores del concurso, es decir, que estas solo proceden cuando con el acto demandado haya causado o agravado la insuficiencia patrimonial del deudor, o que haya alterado el orden legal de prelación de créditos y con ello haya afectado a los demás acreedores, con los cuales debe regir el principio de la *par condicio creditorum*.

28. En términos generales, un acto del deudor ocasiona daño a sus acreedores cuando causa que los activos disponibles sean insuficientes para satisfacer los créditos existentes. Puede tratarse, por ejemplo, de casos de adquisición de nuevos pasivos por la deudora, o de la enajenación de bienes, cuando no exista contrapartida, esta no sea la adecuada, o cuando la enajenación contraríe el criterio de agregación de valor.

29. En el presente caso, de las pruebas recaudadas encuentra el Despacho que el acto demandado corresponde a diversos pagos por concepto de boni-

ficaciones, hechos por la sociedad Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, sin que se haya acreditado una contrapartida. La suma nominal de los mencionados pagos asciende a una cifra cercana a los tres mil millones de pesos.

30. Lo anterior, enfrentado a la precaria situación patrimonial de Interbolsa S. A., hace evidente el daño sin necesidad de un mayor análisis. En el auto 405-014907 de 4 de septiembre de 2013, en la que se aprobó la calificación y graduación de créditos de la liquidación judicial de Interbolsa S. A. es evidente dicho desbalance patrimonial, que se refleja en un total de activos por \$160.165'012.379,00 y pasivos por \$236.296'740.089,00. El mencionado documento fue consultado en la información que obra e en los archivos y las bases de datos de que tratan los artículos 9 y 15 del Decreto Ley 019 de 2012, de lo cual se deja constancia en el expediente.

31. De todos los anteriores elementos, es fuerza concluir que las bonificaciones demandadas causaron un daño a la masa de los acreedores del concurso de Interbolsa S. A., y que este elemento de la acción revocatoria se cumple.

F. Sobre el período de sospecha

32. En un reciente pronunciamiento, este Despacho explicó de manera detallada la forma en que deben contabilizarse el período de sospecha previsto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, según se transcribe a continuación:

“A este punto, el Despacho debe realizar algunas consideraciones acerca de la forma como se deben contabilizar los plazos a que hace referencia el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, para determinar si los actos demandados fueron realizados dentro del período de sospecha. Para efectos de determinar con plena certeza dicha época, el intérprete debe dar una lectura armónica de diversas disposiciones del Código Civil, el Código de Régimen Político y Municipal, el Código de Procedimiento Civil y de la propia ley de insolvencia empresarial.

El artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 expresa que los actos revocables a título oneroso deben haberse realizado “durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial”. Esta disposición establece un término que se cuenta hacia el pasado, a partir del inicio del concurso, como punto de referencia.

El inicio del concurso se determina por una decisión del juez de insolvencia: el “auto de iniciación del proceso por parte del juez del concurso” (artículo 18 de la Ley 1116 de 2006) o la providencia de apertura de la liquidación judicial.

Sin embargo, la sola expedición de la providencia de inicio no es suficiente para efectos de contabilizar el término. Según el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil “[t]odo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda”, o “el día siguiente a la notificación del auto que resuelva el recurso”, cuando se haya propuesto alguno. Así, el primer día del período de sospecha es el día siguiente al de la notificación por estado del auto que da inicio al proceso de reorganización o de liquidación judicial, o del que resuelva los recursos contra él, cuando procedan. A partir de dicho día se contabilizarán, hacia atrás, los 18 meses de que trata el régimen de insolvencia empresarial.

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 67 del Código Civil, 59 y 62 del Código de Régimen Político y Municipal y 121 del Código de Procedimiento Civil, los plazos en meses se deben contabilizar de acuerdo con el calendario, manteniendo en todo caso el mismo número en el mes respectivo.

En conclusión, el período de sospecha abarca el lapso comprendido entre el día siguiente a la notificación del auto de inicio de la reorganización o de apertura de la liquidación y el mismo día del décimo octavo mes anterior”.

33. De acuerdo con lo dispuesto en el literal b) del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, en el caso de los actos a título gratuito, los términos del período de sospecha son de 24 meses; de resto, es aplicable en su totalidad lo allí expresado.

34. Ahora, en el caso de Interbolsa S. A., el proceso de reorganización de dicha compañía inició por auto 400-015955 de 16 de noviembre de 2012, notificado por anotación en estado 415-000188 de 20 de noviembre del mismo año. En aplicación de los criterios explicados arriba, el período de sospecha para los actos a título gratuito corrió entre el 21 de noviembre de 2010 y el 21 de noviembre de 2012.

35. Ahora, los pagos cuya revocatoria se solicita ocurrieron entre el 16 de noviembre de 2010 y 28 de septiembre de 2012, de acuerdo con la relación aportada por la demandante y que se transcribe en el siguiente cuadro (...)

36. Observa el Despacho que, salvo las dos primeras bonificaciones, pagadas el 16 y el 18 de noviembre de 2010, todo el resto se encuentran dentro del período de sospecha y frente a ellas procede la acción revocatoria.

G. Efectos de la revocatoria

37. En virtud de lo expuesto, habrán de prosperar las pretensiones de la demanda, salvo por los dos primeros pagos enlistados por el demandante, ocurridos por fuera del período de sospecha.

38. Como consecuencia de la revocatoria, el demandado deberá reintegrar al patrimonio de Interbolsa S. A. el valor de las bonificaciones recibidas durante el período de sospecha, según lo solicitado en la pretensión tercera de la demanda.

39. Para efectos de establecer la condena en concreto, y en vista de que lo solicitado recae sobre “el valor” de las bonificaciones, el Despacho tendrá en cuenta el valor actualizado de las cifras nominales pagadas, con fundamento, entre otras, en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, que “alrededor de las mentadas restituciones la doctrina jurisprudencial de la Corporación ha proclamado la idea de evitar el aludido enriquecimiento, también ha propendido, en aplicación de principios como el de la justicia y la igualdad que dimanen de la interpretación de los principios generales de derecho, porque ellas se satisfagan mediante la aplicación de la correspondiente actualización monetaria conforme a las circunstancias prácticas que ofrezca cada caso en particular y en la medida en que las mismas lo permitan; ello equivale a decir que en presencia de una de dichas eventualidades la prestación restitutoria no se efectúe en la cifra nominal sino debidamente actualizada, como mecanismo idóneo que permite preservar la equidad aun en este tipo de obligaciones, contrarrestando de esta manera las inevitables consecuencias del envilecimiento del dinero, como así, ciertamente, se consideró en sentencia de 9 de septiembre de 1999, al señalar cómo ‘ante la ausencia de norma expresa que prohíje la corrección monetaria en nuestra legislación y dado que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio nominalista, el cual,

de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables iniquidades, ha concluido la Corte, que ineludibles criterios de justicia y equidad imponen condenar al deudor a pagar en ciertos casos, la deuda con corrección monetaria¹.

40. Así las cosas, habrá de actualizarse el valor de los pagos hechos al demandado, y que este debe ahora restituir al patrimonio de la concursada, de acuerdo con el IPC, según la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$$

Donde VA = Valor Actualizado; VH = Valor Histórico, es decir, el valor de la condena en agencias en derecho fijada en la sentencia; IPC Inicial = el IPC al momento de la sentencia; e IPC Final = el IPC a la fecha.

(...)

41. De lo anterior, el monto actualizado de los valores que debe reintegrar el demandado asciende a la suma de \$ 3.262.552.022,07.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. No estimar las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

Segundo. Denegar las pretensiones de la demanda relacionadas con los pagos hechos a Rodrigo Jaramillo Correa los días 16 y 18 de noviembre de 2010, por encontrarse por fuera del período de sospecha.

Tercero. Revocar los pagos hechos por Interbolsa S. A., hoy en liquidación judicial, a Rodrigo Jaramillo Correa, por concepto de bonificaciones entre los días 14 de diciembre de 2010 y 28 de septiembre de 2012., según lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de septiembre de 1999, M. P. Jorge Castillo Rugeles, G. J., t. CCLXI, Volumen I, pp. 280-281.

Cuarto. Condenar al demandado Rodrigo Jaramillo Correa al reintegro de la suma de tres mil doscientos sesenta y dos millones veintidós mil pesos y siete centavos \$ 3.262.552.022,07 al patrimonio de la sociedad Interbolsa S. A. en liquidación judicial.

Quinto. Condenar en costas a la demandada. Liquídense por secretaría una vez en firme la presente sentencia. Para la liquidación, fíjense las agencias en derecho en la suma de treinta y dos millones seiscientos mil pesos moneda corriente (\$32'600.000,00).

Sexto. Remitir copias de la presente sentencia al Grupo de Liquidación Judicial de la Superintendencia de Sociedades, con destino al expediente del proceso concursal de la sociedad Interbolsa S. A. Para el efecto, bastará con enviar copia simple de la presente sentencia, que surtirá efectos de comunicación, sin necesidad de oficio.

Auto 400-010246 de 3 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso	Pollos PLG S. A.S.
Asunto	Ineficacia-Definición Clases de acuerdos ineficaces

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El instituto de la ineficacia concursal reviste unas particularidades, tanto sustanciales como procesales, que imponen la necesidad de hacer varias precisiones respecto de la procedencia de su sanción judicial.

2. En primer lugar, la ineficacia, in genere, congloba una serie de patologías del negocio que impiden o limitan la generación de los efectos jurídicos que, en atención a su naturaleza, el negocio está llamado a producir. Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *“los acuerdos ineficaces en términos globales son los no llamados a generar los efectos que en condiciones normales debieran producir o que están destinados a modificar o a extinguir, cuyas causas son de diversa magnitud”*¹.

3. En sentido amplio, en el género de la ineficacia se distinguen tres clases de acuerdos ineficaces, a saber, *“los inexistentes, los inválidos y los inoponibles”*², y cada uno de estos supuestos está sometido a reglas particulares de interpretación e integración normativa cuya aplicación se materializa en consecuencias jurídicas distintas, según el fundamento de ineficacia de que se trate. Estas distintas consecuencias son *“precisamente, las que propician la necesidad de distinguir entre condiciones para la existencia, la validez y la eficacia”*³.

4. Ahora, la ley mercantil prevé casos especiales en los cuales la ineficacia opera de pleno derecho, ope legis, sin que se precise declaración judicial que dé cuenta de ello. Esta ineficacia en sentido estricto tiene aplicación cuando la propia norma prevé dicha consecuencia de manera expresa, como lo tiene

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 2002-00189.

2 Ibidem.

3 Ibidem.

dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: ***“La “ineficacia de pleno derecho” (artículo 897, C. de Co.), en tanto un acto “no produce efecto alguno” (arts. 297, 918, 1045, 1055, 1137 y 2003 C. de Co.), “será ineficaz” (arts. 110-4, 122, 190, 433, 1244 y 1613 C. de Co, 16, 17 y 48, Ley 1116 de 2006), “so pena de ineficacia” (arts. 390, 366 y 1210, C. de Co.), carecerá “de toda eficacia” (artículo 435, C. de Co.), “no producirá efectos” (arts. 524, 670, 712, 1005 y 1031, C. de Co.), se tendrá no escrito (arts. 141, 150, 198, 200, 294, 318, 362, 407, 501, 655, 678, 962, 1328 y 1617, C. de Co; 11, Ley 1328 de 2009), o no puesto (arts. 655 y 717, C. de Co.), recoge “multitud de supuestos de hecho que, en estricto sentido, deberían generar nulidad u otro tipo de vicio, dado que no en todas las eventualidades donde en ese estatuto legal ‘se exprese que un acto no produce efectos’, se está, necesariamente, ante la falta de algún elemento estructural del acto o contrato, como sucede, verbi gratia, en las hipótesis contempladas en los artículos 110, numeral 4º, 122, numeral 2º, 190, 297, según los cuales, serán ineficaces o no producirán efecto alguno ‘la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel’, ‘todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos’, ‘las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186’, ‘los actos que infrinjan los dos primeros ordinales del artículo’ 298 ‘respecto de la sociedad ni de los demás socios’, para citar apenas algunos, que el legislador, en ejercicio de su potestad, quiso ubicar dentro de la mencionada ineficacia” (Cas. Civ. sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 05001-3103-017-2002-00189-01), es decir, comprende disímiles situaciones que, en su ausencia, en la disciplina normativa del negocio jurídico tendrían tratamiento específico (inexistencia, nulidad, anulabilidad e inoponibilidad del negocio jurídico), en particular por quebranto del ius cogens, normas imperativas protectoras de determinados intereses”⁴ (énfasis añadido).***

5. En materia concursal, el régimen de ineficacia está determinado, en términos generales, por las siguientes normas:

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de septiembre de 2011, Exp. 2000-04366.

<p>Artículo 5.10</p>	<p>“Facultades y atribuciones del Juez del Concurso. Para los efectos de la presente ley, el juez del concurso, según lo establecido en el artículo siguiente de esta ley, tendrá las siguientes facultades y atribuciones, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones:</p> <p>“(…)</p> <p>“10. Reconocer, de oficio o a petición de parte, los presupuestos de ineficacia previstos en esta ley”</p>
<p>Artículo 16</p>	<p>“Ineficacia de estipulaciones contractuales. 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 deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias.</p> <p>“Las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas por el juez del concurso.</p> <p>“De verificarse la ocurrencia de la ineficacia y haber intentado hacer efectiva la cláusula el acreedor, el pago de los créditos a su favor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos dentro de dicho proceso, y el juez de considerarlo necesario para el logro de los fines del proceso, podrá ordenar la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el deudor o por terceros para caucionar los créditos objeto de la ineficacia” (énfasis añadido).</p>
<p>Artículo 17</p>	<p>“Parágrafo 2°. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el parágrafo anterior” (énfasis añadido).</p>
<p>Artículo 46</p>	<p>“A partir de la fecha de convocatoria de la audiencia de incumplimiento, deberán suspenderse los pagos previstos en el acuerdo de reorganización, so pena de ineficacia de pleno derecho de los mismos” (énfasis añadido).</p>

<p>Artículo 48</p>	<p>“Providencia de apertura. La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá:</p> <p>“(…)</p> <p>“2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos. Los actos celebrados en contravención a lo anteriormente dispuesto, serán ineficaces de pleno derecho” (énfasis añadido).</p>
<p>Artículo 50</p>	<p>“Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:</p> <p>“(…)</p> <p>“10. La prevención a los deudores del concursado de que solo pueden pagar al liquidador, advirtiendo la ineficacia del pago hecho a persona distinta.</p> <p>“11. La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decreta, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el Juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan”.</p>
<p>Artículo 76</p>	<p>“Presupuestos de ineficacia. El Juez del concurso, según el caso, de oficio o a solicitud de parte, podrán reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en la presente ley”.</p>
<p>Artículo 105</p>	<p>“Efectos del reconocimiento de un proceso extranjero principal. A partir del reconocimiento de un proceso extranjero que sea un proceso principal:</p> <p>“2. Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes, salvo el caso de un acto u operación que corresponda al giro ordinario de los negocios de la empresa. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención de lo dispuesto en este numeral, será ineficaz de pleno derecho y dará lugar a la imposición de multas sucesivas hasta por doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes por parte de la autoridad colombiana competente, hasta tanto reversen la respectiva operación. De los efectos y sanciones previstos en el presente numeral, advertirá la providencia de reconocimiento del proceso extranjero” (énfasis añadido).</p>

6. En lo atinente al aspecto procesal de la ineficacia de pleno derecho, conviene hacer dos precisiones, así, (i) como la norma no previó cuerda procesal ex profeso para tramitar la ineficacia, su adelantamiento debe surtirse a través de incidente, según lo previsto en el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006⁵; y (ii) *“la ineficacia de pleno derecho a que hace alusión el artículo 897 del Código de Comercio se caracteriza porque actúa exclusivamente cuando la ley “...expresa que un acto no producirá efectos...”; y opera de modo automático, esto es, ope legis, sin necesidad de reconocimiento judicial, de suerte que la decisión emitida por un funcionario, si es que así sucede, no tiene índole declarativa ni constitutiva, sino de constatación de hechos que pudieran dar lugar al fenómeno”*⁶.

7. En lo que respecta al caso concreto, mediante escrito 2013-01-493305 de 28 de noviembre de 2013, el apoderado especial de Pollos PLG SAS, en liquidación judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción revocatoria concursal, de que trata el artículo 74 del estatuto de insolvencia, en la que solicitó, como pretensión consecuencial, que se *“declare la Revocatoria (sic) de la Dación en Pago (sic) realizada entre Pollos PLG y Entregass SAS”*.

8. Mediante Sentencia de 8 de mayo de 2015, este Despacho resolvió desestimar tanto las pretensiones de la demanda como las excepciones propuestas. El razonamiento del Despacho se enderezó a establecer la concurrencia de los requisitos de procedencia de la revocatoria concursal de que trata el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

9. Sin embargo, en la calificación del acto demandado el Despacho concluyó que el mismo no era pasible de ser revocado porque, en realidad, no produjo efecto ninguno por ser ineficaz de pleno derecho, debido a que se celebró y perfeccionó después de haber sido admitida la sociedad enajenante a un proceso de reorganización, luego la revocatoria carecía de objeto.

10. Habida cuenta de lo anterior ¿Es suficiente el pronunciamiento, en sede de acción reconstitutiva, en el apartado considerativo de la providencia, sobre la constatación de la ineficacia? Estima el Despacho que no, por dos ra-

5 Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto 400-006349 de 26 de junio de 2012. En esta providencia se aclara la procedencia del trámite incidental, aunque en este caso para la revocatoria concursal oficiosa, ex artículo 75, parágrafo, de la Ley 1116 de 2006. El mismo razonamiento se impone respecto del reconocimiento o constatación de los presupuestos de ineficacia en clave concursal.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, citada.

zones, a saber, (i) la ineficacia concursal no tiene prevista cuerda procesal independiente o paralela al proceso de insolvencia, como sí ocurre con la revocatoria y la simulación, ex artículo 74 del estatuto concursal, luego su trámite debe ser incidental; y (ii) en la medida en que el proceso instruido versó sobre un supuesto específico de sanción negocial –la revocatoria–, y sobre ese objeto litigioso discurrió el proceso, mal podría el Juez avalar que se adjudiquen consecuencias patrimoniales adversas al extremo pasivo sin que haya podido formular su defensa procesal en punto a la ineficacia concursal.

11. En atención a lo expuesto, el Despacho procederá a iniciar de oficio el incidente, según lo previsto en el artículo 5.10 de la Ley 1116 de 2006, a efectos de constatar, con garantía plena del debido proceso, la configuración del supuesto de ineficacia de que trata el artículo 17 *ejusdem*.

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

RESUELVE

Primero. Abrir incidente de ineficacia concursal para determinar lo pertinente respecto del negocio jurídico celebrado entre PLG SAS y Entregass SAS, consistente en una dación en pago.

Segundo. Ordenar la notificación personal de la sociedad Entregass SAS.

Tercero. Correr traslado de esta providencia a las sociedades PLG SAS, en liquidación judicial, y Entregass SAS, esta última una vez notificada, en los términos previstos en el artículo 137.2 C. P. C., por tres (3) días.

Cuarto. En atención a lo previsto en los artículos 8 y 9 del Decreto 019 de 2012, el Despacho considerará, para su decisión, las pruebas que obran en el expediente 2013-802-017.

Auto 400-010343 de 5 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso

Camilo Ernesto Martínez Pinilla

Asunto

Amparo de pobreza

Fijación de honorarios auxiliares de la justicia. Decreto 962 de 2009

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El artículo 6° de la Ley 1116 de 2006 dispone que la Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política, conocerá del proceso de insolvencia como Juez del Concurso para el caso de sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.
2. La Ley 1116 de 2006 y sus decretos reglamentarios no regulan la insolvencia de las personas naturales, las cuales tienen su propio régimen en la Ley 1564 de 2012, Título IV.
3. No obstante, de manera excepcional puede una persona natural no comerciante ser sujeto del proceso de reorganización, cuando tenga la condición de controlante de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, evento en el cual su insolvencia se sujetará al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006.
4. Esta competencia excepcional se asume para que aquella persona natural no comerciante que resultó afectada por la crisis de la sociedad, busque la solución integral a su situación bajo el mismo régimen de la sociedad, y en procesos coordinados siempre que el juez lo considere procedente, pues debe respetarse la competencia natural asignada a los centros de conciliación y notarias para conocer de la insolvencia de las personas naturales no comerciantes.
5. Hechas las precisiones anteriores, y teniendo en cuenta que el recurrente fue admitido al proceso de reorganización en coordinación con la sociedad

Materiales Colombia SAS, se debe aclarar que los fines de la Ley 1116 de 2006 son la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

6. En tal sentido, es potestativo para la persona natural acogerse al proceso de reorganización de la sociedad de que es controlante, y si se somete, acepta tanto las cargas como los beneficios que la ley otorga, pues la ley concede derechos e impone deberes, por lo que no es dable el desconocimiento del pago de los honorarios al auxiliar de la justicia.

7. Adicionalmente, la fijación de honorarios se dio en cumplimiento al Decreto 962 de 2009, que regula los honorarios de los auxiliares de justicia en insolvencia. En consecuencia, en el caso concreto los honorarios fueron fijados teniendo en cuenta los activos reportados en el Balance General allegado por la compañía y, por su parte, en el caso de la persona natural Camilo Ernesto Martínez Pinilla, se tomaron los activos reportados en la solicitud de admisión bajo radicado 2014-04-014257 de 20 de noviembre de 2014, y son distintos de los de la sociedad Materiales Colombia SAS, pues, como lo manifestó el mismo recurrente, en su caso particular los activos están conformados por las acciones de las cuales es titular. Además, el monto fijado no fue el máximo que la ley permite para la categoría del recurrente y así quedó explicado y sustentado en el auto recurrido.

8. Respecto del argumento según el cual las acciones de las cuales es titular también sirvieron de base para la fijación de los honorarios del promotor, este Despacho aclara que dentro del Balance General de las sociedades en general, las acciones que representan el capital de los accionistas se ven reflejadas en la cuenta del Patrimonio y no en los Activos, pues no le pertenecen a la sociedad sino a la persona a favor de quien fueron expedidos los títulos accionarios, esto es, el señor Camilo Ernesto Martínez Pinilla.

9. En punto al argumento según el cual el pasivo a reestructurar por el promotor es el mismo para el caso de la sociedad concursada y de la persona natural y por ello no hay lugar a doble pago, baste recordar que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios (artículo 98, inciso 2 del Código de Comercio). Son sujetos de derecho distintos y, como tales, las relaciones negociales en que intervienen son diferentes y diferenciables.

10. Respecto de la pretensión subsidiaria, esto es, el reconocimiento del amparo de pobreza, considera el Despacho que esta figura, como muchas otras previstas en el estatuto procesal, resulta incompatible con la naturaleza del proceso concursal, porque (i) la estructura misma del proceso de insolvencia difiere de la del proceso civil regulado en el estatuto procesal, porque el primero no busca que se declaren derechos o ejecuten obligaciones, sino el salvamento de empresas viables y la normalización de las relaciones comerciales y crediticias del insolvente, de suerte que mal podría decirse que el regulado por la Ley 1116 de 2006 sea un proceso civil¹; además, (ii) el proceso de reorganización, de suyo, supone la capacidad, si bien menguada por la crisis, del concursado para asumir los costos y gastos propios del mismo, ya que eso hace parte necesaria del plan de salvamento y de la continuidad del desarrollo del objeto social. En efecto, una vez admitido un sujeto a reorganización, la lógica misma del sistema de recuperatorio supone la causación de obligaciones posteriores que deben ser necesariamente satisfechas bajo el concepto de gastos de administración, ex artículo 71 ejúsdem, y resulta que los honorarios del promotor tienen la calidad de gastos de administración por haberse causado con posterioridad a la admisión del proceso de reorganización². Esto explica, además, que el estatuto de insolvencia haya previsto la posibilidad de subsidio para el liquidador, pero no para el promotor (artículo 122, inciso 2, Ley 1116 de 2006). Así las cosas, el amparo de pobreza no tiene cabida en sede de reorganización, y en ese sentido se resolverá esta solicitud.

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

1 *“La institución del amparo de pobreza no tiene finalidad distinta a la de proteger el derecho a la igualdad de las personas que por sus condiciones económicas se encuentran en debilidad manifiesta, e impedidos para acceder a la administración de justicia al no estar en capacidad de asumir las cargas y costas procesales propias de cada juicio y establecidas por el legislador en virtud de la cláusula general de competencia, frente a quienes sí tienen capacidad económica para sufragarlas.*

“Con el amparo de pobreza establecido en el ordenamiento procesal civil, en sus artículos 160 y siguientes aplicable a cualquier proceso civil se garantizan precisamente los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad” (énfasis añadido)

2 *“Artículo 71. Obligaciones posteriores al inicio del proceso de insolvencia. Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial (...)” (énfasis añadido).*

RESUELVE

Confirmar en todas sus partes el Auto 400-002753 de 17 de febrero de 2015, por medio del cual se rechazó la solicitud de ajustar los honorarios del promotor.

Auto 400-010391 de 6 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso	Germán Martínez Pinilla
Asunto	Amparo de pobreza Fijación de honorarios auxiliares de la justicia- Decreto 962 de 2009

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El artículo 6° de la Ley 1116 de 2006 dispone que la Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política, conocerá del proceso de insolvencia como Juez del Concurso para el caso de sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.
2. En tal sentido se deriva que la Ley 1116 de 2006 y sus decretos reglamentarios no regulan la insolvencia de las personas naturales, las cuales tienen su propio régimen en la Ley 1564 de 2012, Título IV.
3. No obstante, de manera excepcional puede una persona natural no comerciante ser sujeto del proceso de reorganización, cuando tenga la condición de controlante de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, evento en el cual su insolvencia se sujetará al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006.
4. Esta competencia excepcional se asume para que aquella persona natural no comerciante que resultó afectada con la crisis de la sociedad, busque la solución integral a su situación bajo el mismo régimen de la sociedad, y en procesos coordinados siempre que el juez lo considere procedente, pues debe respetarse la competencia natural asignada a los centros de conciliación y notarías para conocer de la insolvencia de las personas naturales no comerciantes.
5. Hechas las precisiones anteriores, y teniendo en cuenta que el recurrente fue admitido al proceso de reorganización en coordinación con la sociedad

Materiales Colombia SAS, se debe aclarar que los fines de la Ley 1116 de 2006 son la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

6. En tal sentido, es potestativo para la persona natural acogerse al proceso de reorganización de la sociedad de que es controlante, y si se somete, acepta tanto las cargas como los beneficios que la ley otorga, pues la ley concede derechos e impone deberes, por lo que no es dable el desconocimiento del pago de los honorarios al auxiliar de la justicia.

7. Adicionalmente, la fijación de honorarios se dio en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 962 de 2009, que regula lo relativo a los honorarios de los auxiliares de la justicia en insolvencia. En consecuencia, en el caso concreto, los honorarios se establecieron a partir de los activos reportados en el Balance General aportado por la compañía y, de otro lado, por el señor Germán Alonso Martínez Pinilla.

8. En punto al argumento según el cual el pasivo a reestructurar por el promotor es el mismo para el caso de la sociedad concursada y de la persona natural y, por ello, no hay lugar a doble pago, baste recordar que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios (artículo 98, inciso 2 del Código de Comercio). Son sujetos de derecho distintos y, como tales, las relaciones negociales en que intervienen son diferentes y diferenciables.

9. Respecto de la pretensión subsidiaria, esto es, el reconocimiento del amparo de pobreza, considera el Despacho que esta figura, como muchas otras previstas en el estatuto procesal, resulta incompatible con la naturaleza del proceso concursal, porque (i) la estructura misma del proceso de insolvencia difiere de la del proceso civil regulado en el estatuto procesal, porque el primero no busca que se declaren derechos o ejecuten obligaciones, sino el salvamento de empresas viables y la normalización de las relaciones comerciales y crediticias del insolvente, de suerte que mal podría decirse que el regulado por la Ley 1116 de 2006 sea un proceso civil¹; además, (ii) el proceso

1 *“La institución del amparo de pobreza no tiene finalidad distinta a la de proteger el derecho a la igualdad de las personas que por sus condiciones económicas se encuentran en debilidad manifiesta, e impedidos para acceder a la administración de justicia al no estar en capacidad de asumir las cargas y costas procesales propias de cada juicio y establecidas por el legislador en virtud de la cláusula general de competencia, frente a quienes si tienen capacidad económica para sufragarlas.*

“Con el amparo de pobreza establecido en el ordenamiento procesal civil, en sus artículos 160 y siguientes aplicable a cualquier proceso civil se garantizan precisamente los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad” (énfasis añadido), Corte Constitucional, Sentencia C-808 de 2002

de reorganización, de suyo, supone la capacidad, si bien menguada por la crisis, del concursado para asumir los costos y gastos propios del mismo, ya que eso hacer parte necesaria del plan de salvamento y de la continuidad del desarrollo del objeto social. En efecto, una vez admitido un sujeto a reorganización, la lógica misma del sistema recuperatorio supone la causación de obligaciones posteriores que deben ser necesariamente satisfechas bajo el concepto de gastos de administración, ex artículo 71 *ejusdem*, y resulta que los honorarios del promotor tienen dicha calidad por haberse causado luego de la admisión al proceso de reorganización². Esto explica, además, que el estatuto de insolvencia haya previsto la posibilidad de subsidiar la labor del liquidador, pero no del promotor (artículo 122, inciso 2, Ley 1116 de 2006). Así las cosas, el amparo de pobreza no tiene cabida en sede de reorganización.

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

RESUELVE

Confirmar en todas sus partes el Auto 400-002690 de 16 de febrero de 2015, por medio del cual se rechazó la solicitud de ajustar los honorarios del promotor.

2 “Artículo 71. Obligaciones posteriores al inicio del proceso de insolvencia. **Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización** o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial” (énfasis añadido).

Auto 400-010397 de 6 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso	Calamar Constructora de Obras S.A.S.
Asunto	Régimen de insolvencia- objetivos básicos Grupo empresarial - consecuencias de su existencia

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006, tiene como objetivos básicos, de política legislativa, (i) la protección del crédito y (ii) la recuperación y conservación de la empresa, como fuente de riqueza y de empleo formal. El proceso de reorganización pretende preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, administrativa, y de activos y pasivos; propiciando y protegiendo la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general.
2. En atención a dicho objeto y a la función económica del régimen de insolvencia, el legislador facultó ampliamente al juez concursal para *“Ordenar las medidas pertinentes a (sic) proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor”*, así como *“para dirigir el proceso y lograr que se cumplan las finalidades del mismo”*, según lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1116 de 2006.
3. En el mismo sentido, tanto el Código de Procedimiento Civil (artículo 37.1) como el Código General del Proceso (artículo 42.1) prevén el deber especial del Juez de *“Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran”*.
4. Como se ve, el juez concursal tiene el deber de dirigir el proceso y asegurar su eficacia, y para ello cuenta con la facultad de tomar todas las medidas pertinentes encaminadas a proteger el patrimonio del deudor.
5. Este esquema integrado por el poder de dirección general y los poderes especiales asignados ex artículo 5 del estatuto de insolvencia, suponen para

el Juez del Concurso un amplio espectro decisonal que se materializa, en la práctica, en la posibilidad de emitir cualquier tipo de orden que persiga “*proteger, custodiar y recuperar*” bienes del deudor.

6. Con todo, estima el Despacho que el ejercicio de esa ancha facultad no puede implicar el desconocimiento de criterios de ponderación aplicables a situaciones judiciales análogas, razón por la cual el citado artículo 5 del estatuto de insolvencia debe armonizarse, *mutatis mutandis*, con lo previsto en el régimen de medidas cautelares contenido en el artículo 590 C. G. P., en lo que respecta a los principios que informan la actuación, los criterios de valoración y la finalidad de la orden cautelar.

7. Con base en lo indicado, de la integración de la norma concursal con la procesal derivan subreglas aplicables al proceso de reorganización, cuando lo que se propone el Juez del Concurso es ejercer sus facultades de dirección en general, y de preservación de activos, en particular.

8. En consecuencia, como lo indica el literal c del citado artículo 590 C. G. P., las medidas razonables que puede tomar el juez deben buscar la **protección** del derecho en litigio, la **prevención** de daños, la **cesación** de conductas lesivas y el **aseguramiento** de la efectividad de la pretensión, y deben valorarse aspectos como la **aparición de buen derecho**, la **necesidad**, la **efectividad** y la **proporcionalidad** de la orden.

9. En el caso concreto, la existencia de un grupo empresarial implica la configuración de un verdadero sistema, no solo administrativo, sino patrimonial, operado por los controlantes. De esta forma, las decisiones de índole patrimonial que estos tomen respecto de alguno o algunos de los vinculados al grupo repercuten de forma necesaria en la situación patrimonial de los demás, aun sin menoscabo de las individualidades jurídicas de los integrantes del grupo.

10. Tanto es así, es decir, tan relevante es la situación de grupo en sede de insolvencia, que el Decreto 1749 de 2011 se ocupó de desarrollar, precisamente, este supuesto, es decir, el de la complejidad subjetiva pasiva en el proceso de insolvencia. En efecto, el artículo 2.1 del citado reglamento define lo que ha de entenderse por grupo de empresas, para efectos del proceso concursal, y las normas siguientes asignan varias consecuencias particulares, todas en clave de visión de conjunto del proceso de insolvencia. Esto es así al punto

de que la norma prevé la figura de la consolidación patrimonial para la liquidación del grupo.

11. En reorganización, por supuesto, la consolidación patrimonial de que tratan los artículos 25 y siguientes del Decreto 1749 de 2011 no tiene aplicación, luego cada sujeto del grupo conserva su individualidad jurídica y patrimonial, pero eso no significa que se hallen en compartimientos estancos cuando varios de ellos se encuentren en trámite recuperatorio, o unos en recuperación y otros en liquidación, ya que el sistema de grupo empresarial supone, en la práctica, una relativa comunidad de suerte.

12. Con base en esto, es evidente que cualquier desplazamiento patrimonial que ocurra en una sociedad integrante de un grupo empresarial, así dicha sociedad no sea sujeto de insolvencia, compromete la situación patrimonial de los otros integrantes, al menos de manera potencial.

13. Para el caso *sub examine*, el Despacho tuvo noticia de una eventual negociación inmobiliaria en la que las enajenantes serían dos compañías del Grupo Empresarial declarado mediante resolución 300-001480 de 5 de mayo de 2015, proferida por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades.

14. Dicha eventual negociación, por parte de compañías no sujetas a procesos de insolvencia, sería irrelevante para este Despacho. Sin embargo, la declaración de grupo califica la situación al punto de relieves su impacto en la reorganización de las sociedades sometidas a dicho trámite.

15. Con base en lo visto, estima el Despacho que resulta necesario y proporcional prevenir una eventual despatrimonialización del Grupo Empresarial declarado vía enajenación de activos, razón por la cual, en aplicación de lo previsto en el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, resulta procedente integrar las facultades oficiosas del Juez del Concurso con las reglas cautelares del Código general del Proceso, y así lo hará, en el siguiente sentido:

a. Se ordenará inscribir en los folios de matrícula de los bienes inmuebles que en la parte resolutoria se precisan, la prohibición de su enajenación.

b. Se requerirá a las sociedades Los 7 SAS e Inversiones Aguablanca SAS el envío de cierta información.

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

RESUELVE

Primero. Ordenar la inscripción de la siguiente anotación en los folios de matrícula inmobiliaria que en seguida se refieren: “El titular del derecho de dominio no puede enajenar este bien inmueble hasta que se levante esta inscripción”.

Oficina de Registro	Matrícula Inmobiliaria
Medellín – Zona Sur	001-53532
Medellín – Zona Sur	001-482494
Medellín – Zona Sur	001-477449

Remítase copia de esta providencia a la Oficina de Instrumentos Públicos de Medellín - Zona Sur, por el medio más expedito.

Remítase copia de esta providencia a la Superintendencia de Notariado y Registro, por el medio más expedito.

Segundo. Ordenar a las sociedades Los 7 SAS e Inversiones Aguablanca SAS, la remisión de la siguiente información, respecto de cada uno de ellas, (i) Balance general, estado de resultados, flujo de efectivo, acompañado de las notas respectivas a 30 junio de 2015, todos suscritos por representante legal, contador y revisor fiscal en caso de estar obligado a tenerlo legal o estatualmente; (ii) Relación detallada de los acreedores, actualizada a 30 de junio de 2015, con indicación de la naturaleza de cada obligación, nombre del acreedor, número de identificación, dirección de notificación, ciudad, saldo por pagar por capital, intereses, sanciones, valor vencido, fechas de origen y vencimiento, domicilio. En caso de existir garantes, codeudores, fiadores o avalistas, informar sus datos de contacto. Esta relación deberá presentarse suscrita por representante legal, contador y revisor fiscal, en caso de estar obligado a tenerlo legal o estatualmente. (iii) Relación de las operaciones de crédito o de garantía de cada una de las sociedades con otras compañías o sujetos del grupo empresarial.

Esta información deberá ser remitida a este Despacho, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia.

Auto 400-010679 de 13 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso	Sismografía y Petróleos de Colombia S. A.S.
Asunto	Principio de Universalidad - Proyección objetiva y subjetiva Anticipo - Concepto Anticipo y pago anticipado – Diferencia

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El proceso de liquidación judicial se rige por el principio de universalidad, contemplado en el numeral 1 del artículo 4° de la Ley 1116 de 2006, que tiene dos proyecciones, a saber, una objetiva y otra subjetiva. La universalidad objetiva implica que todos los activos de la sociedad quedan vinculados al proceso desde su inicio, y la subjetiva, que deben concurrir todos los acreedores del deudor.
2. De manera excepcional, el artículo 55 del estatuto de insolvencia establece un listado de situaciones jurídicas en que se hallan algunos bienes que, a pesar de encontrarse en poder de la sociedad al momento del inicio del proceso, no son de su propiedad y por tanto deben ser excluidos de la masa a liquidar, siguiendo el procedimiento del artículo 56 ejusdem. Así las cosas, el numeral 8 del mencionado artículo 55 establece que las especies que, aun en poder del deudor, pertenezcan a otra persona, deberán ser restituidos, previa acreditación del supuesto de exclusión.
3. Bajo este contexto normativo se encuentra la solicitud de exclusión de bienes hecha por la sociedad Hocol S. A., que manifiesta que la concursada tenía, al momento del inicio del contrato, dineros correspondientes a saldos a favor derivados de la ejecución del Contrato C13-0197, que fueron entregados como gastos reembolsables y, por lo tanto, tienen la naturaleza de anticipos.
4. El liquidador informó que, efectivamente, la suma aproximada de USD\$220.134.29 constituye un saldo a favor de la sociedad Hocol S. A., valor que se obtiene luego de ejecutar el contrato. No obstante, también manifestó

que la misma sociedad reclamante es, a su vez, deudora de la sociedad en liquidación y que a la fecha no ha pagado su obligación.

5. Para el Despacho, con base en la información suministrada por el liquidador, quien es el representante legal de la sociedad en insolvencia y tiene a su disposición la contabilidad de la misma, no queda duda de que el dinero en mención constituye un crédito por la suma de USD\$220.134.29, efectivamente adeudada a Hocol S. A., razón por la que este debe seguir la suerte de los demás acreedores en el contexto del concurso.

6. Vale la pena indicar que, aunque los dineros entregados son considerados por el peticionario como un anticipo, razón por la que solicita sean excluidos de la masa, 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 liquidación judicial.

7. En efecto, 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 1993¹, 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

1 “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

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”².

8. Esta diferencia de base también se manifiesta en el tratamiento asegurativo 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”³.

9. 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

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de junio de 2001, Exp. 13436.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 29205.

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”⁴.

10. 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”⁵.

11. En este orden de ideas, es claro que los dineros que fueron entregados por Hocol S. A. a la sociedad en insolvencia hacen parte del precio pactado, afirmación que encuentra sustento en el contrato suscrito, específicamente en la cláusula cuarta, que indica un sistema de precios unitarios que remuneran la totalidad de las actividades y/o suministros constitutivos del objeto.

12. Así, se entiende que la suma de USD\$220.134.29, es el saldo que resta del precio en proporción a lo que se alcanzó a ejecutar del contrato, esto es, una parte que debe restituirse, que genera una deuda a cargo de la sociedad en liquidación y a favor de Hocol S. A.. Por lo demás, en el expediente obra la factura que fue presentada a Hocol S. A. y con base en la cual esta entregó el dinero.

13. En lo que respecta a la condición de deudora que ostenta Hocol S. A. frente a la sociedad en liquidación, según informó el auxiliar, y la ausencia de pago de la obligación, se ordenará a Hocol S. A. lo que corresponde.

4 José Antonio Causa, *Revista de Derecho*, 2004, Universidad del Norte, n.º. 21, 96 a 105.

5 *Ibidem*, p. 99.

14. Finalmente, en relación con el pronunciamiento solicitado por el apoderado de Hocol S. A. respecto de la vigencia del contrato de fiducia que hace parte de la prestación de servicios que generó la deuda objeto de esta providencia, es preciso recordar que uno de los efectos de la apertura del proceso de liquidación, ex artículo 50.4 de la Ley 1116 de 2006, es la terminación de los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios celebrados por el deudor en calidad de fideicomitente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo aquellos respecto de los que se haya obtenido autorización para continuar su ejecución.

15. En este orden de ideas, el contrato de fiducia celebrado terminó como consecuencia del inicio del proceso, por lo que los bienes que se encuentran en el patrimonio autónomo deben ser incorporados a la masa a liquidar. Así, no es posible acceder a la petición de devolución de los saldos del patrimonio ni sus rendimientos, por cuanto hacen parte del activo a liquidar. Sobre este particular se resolverá en el sentido mencionado.

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

RESUELVE

Primero. Rechazar la solicitud de exclusión de la masa a liquidar de la suma de USD\$220.134.29.

Segundo. Ordenar a Hocol S. A. que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, acredite el pago de sus obligaciones para con la sociedad Sismografía y Petróleos SAS, en liquidación judicial, mediante la constitución de títulos de depósito judicial en el Banco Agrario de Colombia - Cuenta 110019196110, Superintendencia de Sociedades – Grupo de Liquidaciones.

Tercero. Rechazar la solicitud de devolver los saldos finales que se encuentra en el patrimonio autónomo constituido como resultado del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, celebrado entre Fiduciaria Davivienda S. A. y la sociedad en Liquidación, como parte de la ejecución del contrato C13-0197, como se expresó en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Ordenar al patrimonio autónomo constituido como resultado del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, celebrado entre Fiduciaria Davivienda S. A. y la sociedad en Liquidación, como parte de la ejecución del contrato C13-0197, la restitución de los bienes que se encuentran allí a la sociedad en insolvencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, según fue expuesto.

Quinto. Requerir al liquidador para que gestione la devolución de los bienes que se encuentran en el mencionado patrimonio autónomo.

Auto 400-011115 de 24 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso Hernando Horta Díaz

Asunto Liquidador - Funciones (gestión eficiente y efectiva), honorarios, remuneración

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

a. Respecto del origen de la adjudicación de bienes

1. La orden adjudicación de bienes prevista en el artículo 37 de la Ley 1116 de 2006, subrogado por el artículo 39 de la Ley 1429 de 2010, surge como consecuencia de tres eventos que pueden darse en el curso de un proceso de reorganización:

a) Cuando no se presenta el acuerdo de reorganización dentro del término de ley, esto es, al cabo de los cuatro meses siguientes a la aprobación de los proyectos de calificación y graduación y de créditos y derechos de voto.

b) Cuando, luego de improbad el acuerdo, no se presenta dentro de los ocho días siguientes a la audiencia el acuerdo corregido y aprobado por los acreedores.

c) Cuando, luego de no aprobarse el acuerdo en audiencia, se presenta en el término el acuerdo corregido y aprobado por los acreedores pero el juez no lo confirma.

2. Surgido uno cualquiera de los tres eventos citados, fracasa el proceso de reorganización como mecanismo recuperatorio empresarial, dando paso a un trámite que persigue una finalidad distinta, para lo cual debe el Juez del Concurso proferir auto con las órdenes del artículo 37 de la Ley 1116 de 2006¹. En este nuevo trámite cambia de manera radical el rol del auxiliar de justicia que venía ejerciendo como promotor.

¹ El artículo 37 de la Ley 1116 de 2006 dispone que, en el auto que profiera el juez, se ordene lo siguiente: 1) Designar al liquidador. A menos que el proceso se hubiere adelantado con promotor, caso

1

2 Conforme al artículo 1° de la Ley 1116 de 2006, el régimen de insolvencia tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias.

3

4 El artículo 532 de la Ley 1564 de 2012 permite que las personas naturales no comerciantes tramiten su insolvencia bajo las reglas de la Ley 1116 de 2006, siempre y cuando estén bajo los supuestos de la regla excepcional de competencia, esto es que se trata de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas.

3. En efecto, el nuevo trámite exige que para cumplir con la finalidad de cierre de la actividad empresarial no solo se atiendan las previsiones del artículo 37, sino también las del artículo 38 del mismo estatuto concursal, las que en su conjunto demuestran no solo un cambio en el estado del deudor, que pasa a estar en disolución y, por ende, a que se encaminen sus actos a la liquidación del patrimonio, y se produce una separación inmediata de sus administradores, quienes deben entregar los bienes y la contabilidad al liquidador, quien asume la representación legal de la empresa o del patrimonio del deudor si este no ejercía actividad empresarial, como ocurre en el caso de las personas naturales no comerciantes que tramitan su insolvencia bajo la Ley 1116 de 2006²⁴.

4. El liquidador se convierte, entonces, en un verdadero administrador de bienes ajenos, con una finalidad determinada en la ley cual es la de entregarlos a los acreedores respetando las reglas y procedimiento que ella misma

en el cual hará las veces de liquidador; 2) Fijar plazo para la presentación del inventario valorado; 3) Ordenar la actualización de los gastos causados durante el proceso de reorganización; 4) Ordenar traslado del inventario valorado y de los gastos actualizados; 5) Ordenar la presentación del acuerdo de adjudicación; 6) Fijar reglas para la enajenación especial y excepcional de bienes; y 7) Hacer remisión expresa a los efectos que produce el inicio del proceso de liquidación judicial.

2 Conforme al régimen de insolvencia colombiano, el proceso de liquidación persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

fija, como mecanismo de extinción y pago de las obligaciones insolutas que permite poner punto final al concurso de acreedores.

5. Dentro de las distintas funciones que debe asumir el liquidador para lograr el propósito de la adjudicación, el Despacho resalta de manera especial las siguientes:

a) Elaborar el inventario de bienes y presentar al juez la terna de evaluadores para que este designe el idóneo que fijará el valor sobre el cual se hará la adjudicación a los acreedores. Esta labor quedó de manera completa a partir de la reforma introducida en la Ley 1429 de 2010 al artículo 13 del régimen de insolvencia³.

b) Presentar la lista de pasivos insolutos causados con posterioridad al inicio de la reorganización de acuerdo con la prelación legal de pagos, lo que significa que debe hacer un estudio del origen y soporte de cada obligación haciendo una verdadera calificación y graduación de créditos, distinta a la aprobada en el proceso fracasado.

c) Elaborar la propuesta de adjudicación de bienes a los acreedores, buscando su apoyo mediante el voto de aquellos que lleguen a tener vocación de pago; de lo contrario le corresponde al juez hacer la adjudicación.

d) En general, ejercer el debido cuidado como custodio y administrador de los bienes a adjudicar, al punto de que su gestión debe estar amparada con una póliza que garantice el cubrimiento de los perjuicios que pueda generar a los acreedores en su administración.

6. Puede decirse, entonces, que en la orden de adjudicación de bienes convergen los dos procesos de insolvencia, esto es, el recuperatorio que fracasa y finaliza en cuanto a su objetivo de salvar la empresa, y el de liquidación por adjudicación que nace provisto de menos etapas que la liquidación judicial, pero que persigue el mismo fin de pago y extinción de obligaciones con los bienes que conforman el patrimonio de la concursada.

3 A partir de la modificación que al efecto introdujo la Ley 1429 de 2010, la presentación del inventario valorado de bienes del deudor no hace parte de los documentos que se deben acompañar con la solicitud de inicio del proceso de reorganización.

7. Es entonces en este nuevo papel que debe desempeñarse el auxiliar de justicia, con cargas adicionales y de naturaleza distinta. Pese a que en ambos procesos es un órgano de la insolvencia, no puede obviarse el grado de responsabilidad que asume frente a los acreedores, al patrimonio del deudor y frente al juez que, como conductor del proceso, le imparte órdenes y debe aprobar su gestión final al presentar la rendición de cuentas previo traslado y objeciones de acreedores.

8. En resumen, la adjudicación de bienes comprende el despliegue de todas las actuaciones propias de la liquidación judicial reseñadas, y otras como diligencias de embargo y secuestro, aprehensión de libros, aseguramiento de bienes, venta de activos perecederos o respecto de los que se tema razonablemente su deterioro y/o pérdida, conciliación de objeciones, presentación de acciones judiciales, defensa técnica de la empresa en liquidación, etc. Todas estas son funciones distintas a las que venía ejerciendo el promotor y sobre las cuales se había fijado una remuneración en la reorganización, que no compensan o remuneran la gestión en la liquidación por adjudicación, razón suficiente para que el Despacho fije honorarios de acuerdo al comportamiento que tuvo el auxiliar en el curso del proceso.

b. Ponderación para fijar honorarios de un liquidador

1. Partiendo de la realidad según la cual las naturalezas del cargo del promotor y del de liquidador son distintas, conviene precisar la forma de remuneración de cada uno de estos auxiliares.

(i) El artículo 67 de la Ley 1116 de 2006 dispone que el valor de los honorarios de los promotores no podrá exceder del cero punto dos por ciento (0.2%) del valor de los activos de la empresa insolvente.

(ii) El Decreto 962 de 2009, reglamentario de la Ley 1116 de 2006, consagra en el artículo 22 la forma de pago de la remuneración del promotor, y condiciona el pago del 60% a la firmeza de la providencia que confirma el acuerdo de reorganización o el de adjudicación de los bienes del deudor. Lo dicho no contradice la causación de los honorarios, pues se trata de dos eventos distintos: la gestión cumplida hasta la etapa de celebración del acuerdo de reorganización que genera o causa el costo de honorarios, y el de pago que solo se pueda dar en el momento procesal regulado en la ley, que prevé incluso el

fracaso y el inicio del nuevo trámite de cierre donde se debe satisfacer todo el pasivo causado hasta ese momento, incluyendo los honorarios del promotor.

(iii) Es decir, en el proceso de liquidación por adjudicación el liquidador debe incluir en su calificación de gastos de la reorganización, los honorarios del promotor causados y no pagados en el proceso fracasado.

2. En cuanto a la remuneración del liquidador, el Decreto 962 de 2009 dispone en el artículo 23 que la misma se fija de acuerdo al activo del deudor insolvente, tomando como tal el valor de venta o el de adjudicación de los bienes inventariados, el recaudo de cartera y el dinero existente. Contempla además la norma algunos incentivos en la fijación de honorarios cuando se han realizado actos de conservación de unidades económicas o ventas por mayor valor al de avalúo.

3. En consecuencia, partiendo de un hecho palmario y cierto como es que la gestión del auxiliar en la fase de liquidación o cierre es distinta a la que desempeñó como promotor, sobre la cual ya se causaron los honorarios pendientes de pago, este Despacho considera razonable analizar la gestión desempeñada por el liquidador para fijar su remuneración, no prohibida para la nueva gestión de administrador concursal, valorando que en su desarrollo se atienden normas relativas a la liquidación judicial por tratarse de trámites con la misma finalidad de pago, extinción de obligaciones y cierre de la actividad empresarial.

4. Analizada la gestión desplegada por el auxiliar Álvaro Escobar Ferro, como liquidador del patrimonio del deudor Hernando Horta Díaz, encontramos que habiendo vencido la etapa de aprobación a la calificación de los gastos insolutos de la reorganización y el inventario valorado de bienes, debe establecerse el gasto de la liquidación consistente en su remuneración:

a. El artículo 23 del Decreto 962 de 2009 establece las siguientes categorías de los deudores objeto del proceso del concurso, según el monto de activos a la fecha de la solicitud (...).

b. En ningún caso la remuneración del liquidador podrá exceder del seis por ciento (6%) del valor de los activos del deudor insolvente, sin ser inferiores a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes (20 SMLMV) ni superiores a dos mil trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.300 SMLMV).

(...)

c. Determinación del activo patrimonial liquidable

a) El artículo 31 del Decreto 962 de 2009 señala que para los efectos de la aplicación de los artículos 8, 24, 27 y 32, el activo se determinará sin tener en cuenta los siguientes rubros:

- a) Crédito mercantil formado,
- b) Marcas formadas,
- c) *Know how*,
- d) Derechos litigiosos,
- e) *Good will* formado,
- f) Activos diferidos,
- g) Cartera de más de 360 días de vencida,
- h) Cuentas por cobrar a socios no garantizados, y
- i) Valorizaciones en el caso de la liquidación judicial.

b) El liquidador que realice operaciones de conservación del activo en los términos del parágrafo 2° artículo 22 del Decreto 962, para el mantenimiento de la empresa como unidad de explotación económica, si estas implican un acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación judicial o la venta de la empresa como unidad de explotación económica, previa consideración del Juez del Concurso, tendrá derecho a que se incremente en un diez por ciento (10%) el valor de sus honorarios, siempre y cuando no sea superior al máximo previsto en esta ley.

c. Fijación y pago de honorarios definitivos de la liquidación

Teniendo en cuenta lo aprobado en la providencia 400-009604 del 15 de julio de 2015, el valor del activo patrimonial liquidable de la persona natural concursada ascendió a la suma de \$2.837.237.496,00.

Una vez obtenido el activo patrimonial liquidable, se establece que la categoría a la que pertenece la persona natural para efectos de la fijación de los honorarios definitivos de la liquidación es la categoría C descrita en la tabla

del artículo 23 del Decreto 962 de 2009, por cuanto su activo patrimonial liquidable equivale a 4.403,27 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en la cual el porcentaje de honorarios definitivos de la liquidación va de mínimo 20 SMLMV hasta el 6% del activo patrimonial liquidable, sin que sea mayor a 600 SMLMV.

(...)

Aspectos a considerar para fijar los honorarios definitivos

La gestión eficiente y efectiva del liquidador, es decir, los resultados obtenidos por el auxiliar de la justicia tendiente a facilitar la preparación y realización de la liquidación del patrimonio rápida y progresiva. Dentro de los actos de gestión que sirven de base para calificar la gestión del liquidador como buena o aceptable, es de considerar:

El menor tiempo empleado para terminar la liquidación, de suerte que entre menos dure el proceso mayores serán sus honorarios.

Las actividades realizadas por el auxiliar de la justicia al inicio de la liquidación, orientadas a evitar el deterioro de los activos.

La celebración de acuerdos tendientes a reactivar la empresa o a entregarla en bloque o en estado de unidad económica a los acreedores, respetando en todo caso la prelación y los privilegios de ley. De no ser posible lo anterior, la enajenación que haya efectuado en bloque o en estado de unidad económica.

El cumplimiento que el liquidador haya dado a los plazos establecidos en la ley y a las órdenes impartidas por el juez del concurso, referentes a las etapas procesales contempladas en la Ley 1116 de 2006.

Con base en lo anterior, el Despacho procede a analizar la gestión del liquidador en los siguientes términos:

1. Álvaro Escobar Fierro tomó posesión del cargo como promotor el día 13 de mayo de 2014, tal como consta en el acta n.º 415-001043, y como liquidador el día 17 de febrero de 2015, tal y como consta en el Acta 415-000288 de ese día.

2. El liquidador ha cumplido con lo establecido en el Auto 400-002539 del 12 de febrero de 2015 que ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de los bienes de la persona natural concursada.

3. El auxiliar de la justicia allegó el inventario valorado de los activos de la persona natural no comerciante con la radicación 2015-01-250997 del 19 de mayo de 2014 y con la radicación 2015-01-218195 del 29 de abril de 2015 manifestó que no existe saldo alguno correspondiente a gasto de administración de la reorganización que quedara insoluto.

4. El traslado (415-000168) del inventario valorado y de la relación de gastos de administración se surtió entre el 22 y el 26 de mayo de 2015, presentándose objeciones a los mismos.

5. Mediante escrito radicado en este despacho con el número 2015-01-264522 del 1° de junio de 2015 y 2015-01-312184 de 9 de julio de 2015, el liquidador manifiesta que concilió la objeción presentada, en su totalidad.

6. A través de Auto 400-009604 de 15 de julio de 2015 se aceptó la conciliación de la objeción presentada al inventario, se aprobó el inventario valorado y no se reconocieron gastos de administración de la reorganización que hubiesen quedado insolutos dada la ausencia de estos, de la persona natural concursada.

7. Revisado el expediente de la persona natural no comerciante en liquidación por adjudicación, se aprecia que el juez del concurso impartió órdenes al liquidador en todos los temas de la liquidación que consagra la Ley 1116 de 2006, sobre los cuales se pronunció oportunamente, cumpliendo los términos ordenados por el Despacho.

8. El proceso de reorganización duró algo menos de nueve meses y el proceso de liquidación por adjudicación desde su inicio lleva seis meses.

9. Álvaro Escobar Fierro ha desempeñado función de promotor y liquidador, sin recibir queja de los acreedores externos ni del deudor.

Por lo expuesto, se aprecia que el auxiliar de justicia se desempeñó como promotor y liquidador; en lo que va corrido del proceso de liquidación, se observa que el mismo se ha surtido plenamente dentro de los términos de

ley, que el liquidador ha dado cumplimiento a las funciones que por ley le han sido asignadas y a las órdenes impartidas por el juez del concurso.

Ahora, teniendo en cuenta la complejidad del proceso de liquidación por adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 962 del 20 de marzo de 2009, el juez del concurso estima pertinente fijar como porcentaje de honorarios del liquidador de la persona natural Hernando Horta Díaz –en liquidación por adjudicación–, el cinco por ciento (5%) del activo patrimonial liquidable de la persona natural concursada que equivale a la suma de ciento cuarenta y un millones ochocientos sesenta y un mil ochocientos setenta y cuatro pesos con ochenta centavos (\$141.861.874,80), considerando que dicho porcentaje refleja de manera justa el desempeño del liquidador.

d. Forma de pago de honorarios

Este Despacho encuentra que la gestión de Álvaro Escobar Fierro, liquidador de la sociedad, si bien recae en cabeza de un solo auxiliar de la justicia, ha ejercido dos roles diferentes, trabajo que han sido remunerados así:

Como promotor, con el Auto 400-006507 del 5 de mayo de 2014, por el que se fijaron honorarios en la suma de \$12.000.000.00, quedando un saldo pendiente por pagar por valor de \$7.200.000.00

Como liquidador, conforme esta decisión, se fijan honorarios en suma de \$141.861.874,80.

Pues bien, la gestión del liquidador será pagada en la forma en que se explica a continuación:

Al valor fijado como honorarios que corresponde como liquidador en la suma de \$141.861.874,80, habrá de descontarse el valor de los honorarios que como promotor le fueron fijados en suma de \$12.000.000.00, quedando como saldo por honorarios la suma de \$129.861.874,80, ese habrá de incrementarse por cuenta de los honorarios fijados causados y no pagados como promotor correspondientes a \$7.200.000.00, valor que en conjunto dejan en favor del liquidador un saldo por pagar por valor de \$139.061.874,80, suma que cubija el pago total por la gestión del auxiliar de la justicia.

e. Determinación de la provisión y constitución del depósito para pago de honorarios definitivos

De conformidad con lo expuesto en el artículo 25 del Decreto 962 de 2009, cuando la disponibilidad de recursos lo permita, el liquidador del concurso procederá a constituir un depósito judicial, a nombre de la persona natural en liquidación por adjudicación y a órdenes del Juez del Concurso por el sesenta por ciento (60%) del valor total de los honorarios fijados, si hubiere dinero para ello, esto es, por el valor de ochenta y dos millones doscientos treinta y siete mil ciento veinticuatro pesos con ochenta y ocho centavos (\$82.237.124.88).

(...)

Si por carencia total o parcial de liquidez, el valor total o parcial de los honorarios debe cancelarse en todo o en parte con activos de la liquidación, el liquidador los incluirá en el acuerdo de adjudicación, o en su defecto el Juez del Concurso, en la providencia de adjudicación.

f. Finalmente, se autorizará el pago de los honorarios al auxiliar de la justicia, una vez se encuentre ejecutoriado el auto que apruebe la rendición de cuentas finales del proceso concursal.

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

RESUELVE

Primero. Fijar en el cinco por ciento (5%) del activo patrimonial liquidable de la persona natural Hernando Horta Díaz, en liquidación por adjudicación, el porcentaje correspondiente a los honorarios definitivos del liquidador de la concursada, esto es, la suma de ciento cuarenta y un millones ochocientos sesenta y un mil ochocientos setenta y cuatro pesos con ochenta centavos (\$141.861.874.80), en los términos del Decreto 962 de 2009 y de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Al valor fijado como honorarios, habrá de descontarse el valor de los honorarios que como promotor le fueron fijados en suma de \$12.000.000.00, quedan-

do como saldo por honorarios la suma de \$129.861.874,80, valor que habrá de incrementarse por cuenta de los honorarios fijados causados y no pagados como promotor correspondientes a \$7.200.000, valor que en conjunto deja en favor del liquidador un saldo por pagar por valor de \$139.061.874,80, suma que cobija el pago total por la gestión como auxiliar de la justicia

Segundo. Ordenar al doctor Álvaro Escobar Fierro, liquidador de la persona natural Hernando Horta Díaz, en liquidación por adjudicación, constituir un título de depósito judicial a órdenes de esta Superintendencia, si existiere dinero disponible para ello, por la suma de ochenta y dos millones doscientos treinta y siete mil ciento veinticuatro pesos con ochenta y ocho centavos (\$82.237.124.88), correspondiente al 60% de los honorarios, para garantizar el pago de los mismos, de conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Decreto 962 de 2009.

Tercero. Advertir al doctor Álvaro Escobar Fierro, liquidador de la persona natural Hernando Horta Díaz –En liquidación por adjudicación–, que bajo ninguna circunstancia podrá pagarse el valor de los honorarios definitivos hasta la firmeza del auto que aprueba la rendición de cuentas finales.

Cuarto. Advertir al doctor Álvaro Escobar Fierro, liquidador de la persona natural Hernando Horta Díaz –en liquidación por adjudicación–, que en el artículo cuarto del Auto 400-009604 del 15 de julio de 2015 se le ordenó presentar dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de ésta Providencia, el acuerdo de adjudicación aprobado, a efectos de impulsar el proceso liquidatorio hacia la terminación del mismo, por lo que deberá obrar en consecuencia.

Auto 400-011398 de 28 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso	C.I. South Commerce Group SAS y otros
Asunto	Exclusión de sujetos en intervención Supuestos a los que no se extiende la intervención

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Analizados los documentos que reposan en el expediente 77503 a propósito del “Incidente de exclusión n.º 1 José Ignacio Bohórquez Chaves”, se tiene que:

1. La Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con el literal a) artículo 13 del Decreto 4334 de 2008, dispuso la remisión a esta entidad, para los efectos de su competencia, de la actuación administrativa dentro de la cual dictó la Resolución 1135 de 8 de julio de 2014, por medio de la cual adoptó medida administrativa respecto de la sociedad C.I. South Commerce Group SAS NIT 900172309-2, y ordenó la suspensión inmediata de las operaciones de captación o recaudo de dineros.
2. Posteriormente, mediante Auto 400-012274 de 27 de agosto de 2014, esta Delegatura decretó la apertura del proceso de Toma de Posesión como medida de Intervención de la sociedad C.I. South Commerce Group SAS y otras personas naturales entre las cuales se encuentra el señor José Ignacio Bohórquez Chaves, de conformidad con los artículos 1º y 7º literal a) del Decreto 4334 del 2008, sin necesidad de analizar su responsabilidad individual en relación con las operaciones de captación, comoquiera que en virtud del artículo 5 del Decreto 4334 del 2008, son sujetos de intervención: *“las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente”*, por lo que, revisado el respectivo Certificado de Existencia y Representación de la sociedad C.I. South Commerce Group SAS, la medida de intervención se extendió al incidentante en calidad de miembro de la Junta Directiva.

Por esta razón, corresponde al sujeto intervenido desvirtuar su responsabilidad, que es precisamente lo que en esta oportunidad ocupa al Despacho.

3. Ahora, respecto de los fundamentos de la solicitud de exclusión, encuentra el Despacho que si bien la mayor parte de su vinculación laboral se desarrolló frente al objeto lícito de la sociedad intervenida, también lo es que en ejercicio de las funciones a su cargo como gerente suplente, firmó algunos contratos de cesión parcial de derechos y las correspondientes boletas de operación comercial que, en síntesis, constituyen “hechos objetivos” de los que se infirió la entrega masiva de dineros en operaciones de captación no autorizadas, por medio de las cuales la sociedad intervenida adquirió la obligación de retornar dineros recibidos más el pago de los intereses pactados sin estar atados a los resultados de la comercialización internacional de materias primas.

4. El juicio de responsabilidad que cabe en estos eventos es *sui generis*, tiene ciertas particularidades que vale la pena relieves, a efectos de alinderar los contornos del razonamiento judicial que lleva a decidir si es viable o no la exclusión de un sujeto del proceso de intervención de que trata el Decreto 4334 de 2008, por lo que procede el Despacho a dicha elaboración, en los siguientes términos:

a. El ámbito de aplicación personal del régimen de intervención se extiende a *“las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”* (artículo 5, Decreto 4334 de 2008).

b. Como se ve, se trata de un amplio elenco cuyo común denominador radica en la vinculación directa con el esquema defraudatorio, sin importar la calidad en que el sujeto participe. La norma, acotada por la jurisprudencia constitucional, prevé dos supuestos a los que no se extiende la intervención: (i) cuando la vinculación es indirecta, en el entendido de que se trate de *“terceros proveedores de bienes y servicios que hayan actuado de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales”*¹, y (ii) aquellos cuyo único vínculo

1 Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2009.

consista en la entrega de dinero, quienes son considerados, por el contrario, afectados.

c. Bajo este contexto, a *contrario sensu*, aquellos sujetos que no tengan las calidades tipificadas en la norma arriba transcrita, no son sujetos de intervención, de manera que la causa eximente de responsabilidad que cabe oponer a efectos de una exclusión del proceso de intervención, se contrae a desvirtuar la condición que se endilgó al sujeto en el auto de apertura del proceso o de vinculación a él.

d. Por lo demás, el régimen no prevé escenarios de valoración conductual como para que se permita la exclusión del proceso, por ejemplo, por haber actuado de manera diligente o sin mala fe. Se trata, como se ve, de un criterio puramente objetivo, que prescinde de valoraciones de otra índole.

e. En efecto, el legislador extraordinario del Decreto 4334 de 2008 optó por prescindir de elementos subjetivos de ponderación, pero es dable advertir que dichas consideraciones no estuvieron ausentes del raciocinio del redactor, en la medida en que la lista de sujetos, *numerus apertus*, que propone el texto, tiene como contexto la profesionalidad de la actividad comercial, de suerte que el criterio responsabilista que subyace al régimen parte de la premisa según la cual quienes intervienen en esquemas de captación son profesionales, comerciantes o liberales, que o bien sabían ora debían saber lo que ocurría en el negocio. Entonces, la norma parte de la condición profesional para colegir la necesidad de vinculación al proceso, de suerte que la única vía de exención, como se dijo, viene dada por la demostración en el proceso de que el sujeto intervenido no es de aquellos que la norma prevé como sujetos pasibles de intervención.

5. De acuerdo con lo anteriormente esbozado, es claro que el señor Bohórquez Chaves es, en realidad, sujeto de intervención, pues era miembro de Junta Directiva, administrador suplente y accionista de la sociedad intervenida, y se entiende que, como director, tenía injerencia en las actividades, operaciones y negocios de la sociedad intervenida.

6. En consecuencia, como el incidentante no demostró en esta sede tener una calidad distinta de cualesquiera de las previstas en el artículo 5 del Decreto 4334 de 2008, esta Delegatura rechazará la solicitud de exclusión del proceso

de Toma de Posesión como medida de Intervención del señor José Ignacio Bohórquez Chaves, identificado con C.C. 94.316.230.

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

RESUELVE

Primero. Negar la solicitud de exclusión del proceso de Toma de Posesión como medida de intervención, efectuada por José Ignacio Bohórquez Chaves, identificado con C.C. 94.316.230, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Cerrar el incidente de exclusión abierto mediante Auto 400-000284 de 31 de marzo de 2015.

Auto 400-011479 de 31 de agosto de 2015

Sujeto del Proceso	Edospina S. A.S.
Asunto	Representante legal asume funciones

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Dada la naturaleza de las peticiones elevadas por el representante legal de la deudora, todas relacionadas con la gestión que debe emprender el deudor concursado, el Despacho debe precisar que:

a. A partir de la modificación al régimen de insolvencia por la Ley 1429 de 2010¹, las funciones que de acuerdo con la Ley 1116 corresponden al promotor serán cumplidas por el representante legal de la persona jurídica deudora, salvo que el juez designe un promotor.

b. El proceso de reorganización busca la preservación de empresas viables y la normalización de sus relaciones comerciales y crediticias. Para conseguir esta finalidad, el estatuto de insolvencia consagra, además de las prohibiciones que surgen para el deudor y los acreedores, los efectos derivados del inicio².

1 Ley 1429 de 2010, artículo 35: *“Intervención de promotor en los procesos de reorganización. Las funciones que de acuerdo con la Ley 1116 de 2006 corresponden al promotor serán cumplidas por el representante legal de la persona jurídica deudora o por el deudor persona natural comerciante, según el caso.*

“Excepcionalmente, el juez del concurso podrá designar un promotor cuando a la luz de las circunstancias en su criterio se justifique, para lo cual tomará en cuenta entre otros factores la importancia de la empresa, el monto de sus pasivos, el número de acreedores, el carácter internacional de la operación, la existencia de anomalías en su contabilidad y el incumplimiento de obligaciones legales por parte del deudor (...).”

2 La Ley 1116 de 2006 contiene distintas normas que gobiernan la estructura del proceso de recuperación, dentro de los cuales se resaltan las siguientes: a) artículo 17, que prohíbe al deudor realizar las operaciones allí señaladas o pagos distintos al del giro ordinario de los negocios; b) artículo 20, que prohíbe a los acreedores continuar o iniciar procesos de ejecución por obligaciones causadas antes del inicio del proceso; c) artículo 21, que prohíbe a los contratistas del deudor decretar la terminación unilateral de un contrato por haber iniciado la reorganización; d) artículo 22, que prohíbe que se adelanten procesos de restitución de tenencia sobre bienes con los que el deudor desarrolle su objeto social, siempre que la causal invocada fuere la mora de obligaciones sujetas al concurso; e) artículo 40, que obliga a los acreedores ausentes y disidentes a someterse al acuerdo de reorganización celebrado por la mayoría de los acreedores; f) artículo 71, que se ocupa de la forma en que deben atender las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso.

c. El régimen de insolvencia no consagra dentro de sus efectos la separación de los administradores de sus cargos, precisamente porque el más interesado en que se cumpla la finalidad del proceso debe ser el mismo deudor, quien además ha elegido a su representante y a sus órganos de administración. Por tanto, la figura del promotor no desplaza a los órganos de administración ni de fiscalización de la sociedad.

d. El Despacho, en el auto de apertura, profiere una serie de órdenes en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1116 de 2006, y otras como conductor del proceso. En dicha providencia se da cuenta, de manera clara, de quién es el encargado de cumplir cada una de las órdenes, así:

i. El grupo de Apoyo Judicial de la Superintendencia de Sociedades ejerce la función de secretaría de la Corte de Insolvencia y tiene la función de librar los oficios definidos en la providencia, cuyo cumplimiento el deudor y las partes podrán verificar mediante la consulta directa del expediente.

ii. El Deudor tiene otras funciones específicas en la ley y algunas de ellas se recogen en la providencia de apertura del proceso. Su cumplimiento es obligatorio, no solo por obedecer a un mandato legal, sino también por corresponder a órdenes impartidas por el juez y su desatención conlleva la imposición de sanciones³.

e. Revisado el Auto 400-008840 de 24 de junio de 2015, mediante el cual se admitió la solicitud de inicio de proceso de reorganización de Edospina SAS, advierte el Despacho unas órdenes dirigidas a distintos sujetos y, frente a las solicitudes objeto de estudio, se tiene que:

i. El Grupo de Apoyo Judicial libró oficios a las entidades y autoridades, que pueden ser consultados en el expediente. Igualmente fijó el aviso en Secretaría para informar a todos los acreedores del inicio del proceso.

ii. El Despacho profirió Oficio 430-096693 de 23 de julio de 2015, para que fuera inscrita la medida cautelar sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1271135.

3 El artículo 5.5 de la Ley 1116 de 2006, faculta al juez del concurso para imponer sanciones o multas a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

iii. El promotor también es destinatario de órdenes en el auto de apertura del proceso, de manera que si el proceso se adelanta sin este auxiliar, sus funciones las asume el representante legal del deudor, como ocurre en el caso presente y su incumplimiento también puede acarrear sanciones.

iii. Quien debe librar los oficios a las autoridades jurisdiccionales, fiduciarias, notarios, cámaras de comercio y a todos los acreedores, incluyendo aquellos acreedores garantizados que se encuentre ejecutando su garantía por medio de mecanismo de pago directo, es el representante legal del deudor, como deudor en posesión, es decir, fungiendo como administrador de su propia insolvencia.

iv. La Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso, no tiene dentro de sus funciones la de ordenar al ICBF y al Ministerio de Trabajo conceder plazos u otorgar permisos.

v. El levantamiento de medidas cautelares es un trámite que puede darse en el proceso de insolvencia, siempre que medie solicitud de autorización previa del deudor, soportada en verdaderas razones de necesidad, urgencia y conveniencia, y que la medida cautelar se halle a disposición del Despacho. Lo anterior porque sobre los embargos decretados en procesos ejecutivos que cursan en juzgados ordinarios solo puede disponerse cuando han sido remitidos para su incorporación al proceso de reorganización.

f. Por lo anterior, la solicitud del representante legal de ordenar el levantamiento de medidas cautelares decretadas en los procesos ejecutivos adelantados por Delta Ingeniería SAS; Servifabril Ltda., y Construcciones y Montajes Interventorías Servicios Suministro de Personal Diseños y Obra Civil Ltda., no será atendida, ya que los mencionados procesos no han sido incorporados al proceso de reorganización.

g. Esta entidad interviene en las acciones de tutela en que sea vinculada en su calidad de juez del concurso o cuando considere que se están lesionando los intereses del proceso.

2. En el auto de inicio del proceso, el Despacho reconoció a una profesional de derecho como apoderada del deudor, quien tiene el deber profesional de asesorar y acompañar a su cliente en el curso del mismo, ejerciendo el mandato que le fue conferido y reconocido.

La existencia de esta asesoría especializada fue uno de los criterios tomados en cuenta por esta Delegatura para acceder a que la propia concursada administrara su insolvencia, de manera que de ella depende que el Despacho

persista en esta decisión o la revoque. No es carga del Despacho atender las solicitudes elevadas y que en esta providencia se resuelven, sino del deudor en posesión, quien debe entender la lógica de su rol como tal en el sentido de adelantar las gestiones que corresponden al promotor, pero además como garante de los intereses de los acreedores.

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

RESUELVE

Rechazar las solicitudes elevadas por el representante legal de la concursada.

Auto 400-011860 de 08 de septiembre de 2015

Sujeto del Proceso Qualiteam Catering S. A.

Asunto El auto de admisión a reorganización produce efectos una vez haya sido notificado en debida forma

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El artículo 5 de la Ley 1116 de 2006 asigna al Juez del Concurso la facultad de reconocer, de oficio o a petición de parte, los presupuestos de ineficacia previstos en la ley.
2. A su vez, el artículo 17 *ejusdem* lista los actos prohibidos para el deudor en concurso a partir del inicio del proceso, al tiempo que define el efecto en caso de realizar cualquiera de las operaciones descritas sin previa autorización del juez.
3. El artículo 18 de la Ley 1116 de 2006 dispone que el proceso de reorganización comienza el día de expedición del auto que declara la apertura del proceso por parte del juez del concurso. A pesar de la claridad meridiana del texto normativo, el Despacho entiende que, habida cuenta de los múltiples e importantes efectos, tanto sustanciales como procesales, y tanto individuales (deudor) como colectivos (acreedores), de la norma en cita, no basta con la mera expedición de la providencia de admisión al proceso recuperatorio, sino que es indispensable su notificación en debida forma, como lo dispone el artículo 313 C. P. C.
4. En el caso que nos ocupa, el pago se dio con ocasión de la decisión de un juez de la república, en el marco de un proceso ejecutivo que no había sido incorporado al concurso, proceso en el que era parte el deudor, quien estaba representado a través de apoderado, quien guardo silencio respectó de la apertura del proceso de reorganización.
5. De lo visto concluye el Despacho que no tiene vocación de prosperidad la solicitud de reconocimiento de las consecuencias derivadas de la ineficacia

de que trata el párrafo 2 del artículo 17 del estatuto de insolvencia, porque el acto respecto del que se predica la ineficacia es un acto judicial que goza de las presunciones de acierto y de validez y que no está listado en el inciso primero de la norma en cita, luego no es susceptible de la sanción pretendida por el incidentante. No se trata de un acto dispositivo del deudor, sino de una orden judicial proferida al cabo de un proceso de ejecución singular que no ha sido anulado. Este acto, entonces, excede el ámbito objetivo de aplicación de la norma, y en ese sentido se resolverá.

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

RESUELVE

Primero. Desestimar la solicitud presentada por la representante legal y el promotor de Qualiteam Catering S. A., en reorganización.

Segundo. Cerrar el incidente de ineficacia.

Auto 430-012214 de 17 de septiembre de 2015

Sujeto del Proceso	Banacol S. A.
Asunto	Artículo 17, Ley 1116 de 2006. Sanciones a los administradores. Efectos de la admisión al proceso de reorganización. Ineficacia de pleno derecho. Apertura del proceso de reorganización

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006, “El Régimen de Insolvencia Empresarial tiene por finalidad, la protección del crédito, la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo”, y puntualiza, frente al proceso de reorganización, que este “pretende, a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”.

2. El régimen de insolvencia está orientado por principios¹ entre los que se cuentan el de universalidad, en virtud del cual la totalidad de los bienes del deudor (universalidad objetiva), así como todos sus acreedores (universalidad subjetiva), quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación; y el de igualdad, que implica un tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso.

3. Como forma de realización de los principios de universalidad y de igualdad, el artículo 17 del estatuto de insolvencia, adicionado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, regula los efectos derivados de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización, y en especial la conducta del deudor durante el lapso que transcurre entre tal solicitud y la admisión. 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 cau-

¹ Artículo 4º, Ley 1116 de 2006.

ciones 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 faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

“La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

“La celebración de fiducias mercantiles u otro tipo de contratos que tenga por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, deberán obtener autorización de la autoridad competente.

“La emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, a través de patrimonios autónomos o de cualquier otra manera, deberán obtener adicionalmente la autorización de la autoridad competente.

“Tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, no se requerirá la autorización a que se refiere este artículo. Tampoco se requerirá en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.

“Parágrafo 1. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 8° de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.

“Parágrafo 2. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será

ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el párrafo anterior.

“Párrafo 3. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.

“Párrafo 4. En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor”.

4. En atención a la importancia cardinal de esta norma, estima el Despacho necesario desagregar sus principales elementos a efectos de precisar el alcance de las distintas situaciones jurídicas en ella reguladas. Se trata, ciertamente, de un periodo de tiempo especialmente sensible; es el momento en que el deudor concurre al foro de insolvencia debido a la configuración de alguno de los supuestos objetivos de admisibilidad, es decir, la cesación de pagos o la incapacidad inminente de pago. Naturalmente, la ley tuvo que ocuparse de este período sensible para prevenir comportamientos oportunistas del deudor o de sus acreedores. Así, del texto normativo transcrito se deducen las siguientes reglas:

5. La radicación, ante la Superintendencia de Sociedades, de la solicitud de admisión al proceso de reorganización, como acto jurídico-procesal, genera efectos inmediatos respecto de quien sabe que eso ha ocurrido, es decir, respecto del deudor, y no se requiere pronunciamiento alguno del Despacho.

6. En el momento de la radicación emerge una prohibición de fuente legal cuyo destinatario es el administrador de la sociedad solicitante respecto de la ejecución de (i) actos sustanciales y (ii) procesales.

7. Los actos sustanciales cuya ejecución les queda vedada a los administradores, son (a) reformas estatutarias; (b) constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor; (c) compensaciones, (d) pagos, (e) arreglos; (f) enajenaciones de bienes; (g) operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables.

8. Los actos procesales prohibidos para los administradores, son (a) desistimientos; (b) allanamientos; (c) terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; (d) conciliaciones; (e) transacciones.

9. La prohibición, sin embargo, no es absoluta. La norma prevé la posibilidad de que el juez del concurso autorice la ejecución de los actos jurídicos y procesales referidos, previa solicitud motivada en ese sentido.

10. Los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 17 del estatuto concursal regulan la situación de operaciones negociables que tienen por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores, en el sentido de prever la necesidad o no y la concurrencia o no de la autorización adicional de la autoridad competente, esto es, la Superintendencia Financiera.

11. Los párrafos primero y segundo prevén diversas consecuencias jurídicas aplicables en caso de contravención a la prohibición, según que la violación se verifique antes o después del acto de admisión al proceso de reorganización. La aplicación de este régimen sancionatorio se sujeta a las siguientes reglas:

a. En el periodo comprendido entre la radicación de la solicitud de reorganización y la admisión al proceso, en caso de que el administrador incurra en alguna de las conductas negociales o procesales referidas en la norma, se pueden generar las siguientes consecuencias: (i) remoción de los administradores; (ii) extensión de su responsabilidad al grado de solidaridad, respecto de todos los perjuicios irrogados a la sociedad, sus socios o sus acreedores; (iii) multas, no solo al deudor sino al acreedor, y a los administradores de uno y otro, hasta que la operación sea reversada; (iv) postergación del pago de las acreencias que hayan sido solucionadas vía los negocios prohibidos. El juicio sancionatorio de que trata este párrafo se tramita mediante incidente.

b. A partir de la admisión al proceso de reorganización, la sanción es la ineficacia de pleno derecho, sin perjuicio de las numeradas en el párrafo primero.

12. Estas reglas tienen como propósito proteger el patrimonio del deudor y sancionar los actos que no correspondan al normal desarrollo de la empresa. Ahora, una aplicación adecuada del régimen del artículo 17 del estatuto de insolvencia supone determinar con precisión el momento de admisión al proceso recuperatorio. En efecto, este es el momento que separa los ámbitos de eficacia del párrafo 2° y del párrafo 3°. En ese sentido, conviene establecer si para la determinación de la fecha de admisión al proceso de insol-

vencia se puede recurrir a la norma prevista en el artículo 18 de la misma ley que dispone que *“el proceso de reorganización comienza el día de expedición del auto de iniciación del proceso por parte del juez del concurso”*.

13. Considera este Despacho que, a pesar del tenor literal del artículo 18 citado, para los efectos de la puesta en marcha del régimen del artículo 17, la admisión al proceso de insolvencia no ocurre el día de expedición del auto de iniciación del proceso, sino el día de la notificación del mismo, sin importar la manera como ella se produzca.

A tal solución se llega si se tiene en cuenta que la notificación del auto de iniciación del proceso de insolvencia pone en conocimiento de los acreedores la situación del deudor. Una vez los acreedores han tenido conocimiento del cambio de situación jurídica del deudor, no pueden recibir pagos provenientes del deudor ni concurrir a la realización de los negocios jurídicos listados, porque el ordenamiento jurídico sanciona estos pagos como ineficaces de pleno derecho.

14. Ahora, este Despacho aclara que el entendimiento aquí propuesto se inscribe en la línea interpretativa que ya había sido trazada, cuando se consideró que *“habida cuenta de los múltiples e importantes efectos, tanto sustanciales como procesales, y tanto individuales (deudor) como colectivos (acreedores), no basta la mera expedición de la providencia de admisión al proceso recuperatorio, sino que es indispensable su notificación en debida forma, como lo dispone el artículo 313 C. P. C.”*². Ahora, tanto en la providencia que viene de citarse, como en la presente, se trata de evitar que acreedores que no han sido informados de la admisión al proceso de insolvencia se vean afectados por la ineficacia de pleno derecho de que trata el parágrafo 2° del artículo 17.

15. Esta regla, no debe confundirse con la norma que busca fijar el momento a partir del cual, con base en la información contable y financiera de la compañía, se distinguen las obligaciones que hacen parte del proceso de reorganización de los gastos de administración. En efecto, esta última norma busca determinar la información necesaria para concebir los proyectos de calificación y graduación de créditos y para establecer los derechos de voto. Esta determinación se produce por medio de la actualización del inventario de la que habla el artículo 19.3 de la ley de insolvencia.

² Auto 400-011860 de 8 de septiembre de 2015.

En otras palabras, la aplicación del régimen del artículo 17 supone determinar con exactitud el momento de admisión del proceso de insolvencia, pues consecuencias jurídicas diferentes se desprenden según si la actuación se verifica antes o después de ese momento. Pero esa determinación temporal no se confunde con la determinación del momento que separa las obligaciones de la reorganización de los gastos de administración. Ello explica que este Despacho ordene sistemáticamente, en el auto de admisión al proceso de reorganización, que se presente un inventario actualizado que comprenda el período entre la fecha de solicitud de admisión y el día anterior de la fecha de expedición del mencionado auto.

16. Hecha la aclaración anterior, conviene preguntarse ahora si concurren los presupuestos sancionatorios previstos en el artículo 17 del estatuto de insolvencia en los pagos realizados por la sociedad concursada a varios de sus acreedores por valor de \$4.851.060.411, entre el 7 y el 28 de marzo de 2014. A ese efecto el Despacho advierte que, para respetar el régimen planteado por la norma en cuestión, es necesario clasificar los pagos en dos grupos de la siguiente manera:

- a. Pagos realizados a acreedores, entre la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización y la admisión a dicho proceso; y
- b. Pagos realizados a acreedores, después de la admisión de dicho proceso.

17. Con respecto al primer grupo, el juez del concurso tendrá que determinar si los pagos fueron realizados o no por fuera del giro ordinario de los negocios. Es necesario entonces dilucidar a qué corresponde la noción de “giro ordinario de los negocios”. Naturalmente, esta noción no supone un contenido estático, es decir, no puede ser aplicada de la misma manera en todos los procesos concursales y con respecto a todos los deudores. Sin embargo, aunque el contenido de la noción sea dinámico, conviene fijar algunos criterios de interpretación con el objetivo de permitir al operador dotar de contenido la noción en cada caso, para efectos de determinar si proceden o no las sanciones del artículo 17 de la ley de insolvencia.

18. La noción de “giro ordinario de los negocios” no es propia del derecho concursal. Por el contrario, esta noción es utilizada en varias otras áreas del derecho, tanto público como privado. Este Despacho observa que la noción

aquí estudiada es analizada frecuentemente recurriendo a otra noción del derecho societario: el objeto social. De hecho, por ejemplo, el artículo 32 párrafo 1° de la Ley 80 de 1993 utiliza textualmente la expresión “*giro ordinario de las actividades propias de su objeto social*” para determinar que algunos contratos –aquellos que correspondan al mencionado giro ordinario- celebrados por ciertas entidades financieras de carácter estatal no están sujetos al estatuto de contratación pública sino a las disposiciones legales que corresponden a tales actividades financieras.

19. Esta posición, que analiza el “*giro ordinario de los negocios*” a la luz del objeto social no ha sido ajena al razonamiento propuesto por la Superintendencia de sociedades³. Sin embargo, este Despacho no puede dejar de anotar que el acercamiento entre estas dos nociones, aunque puede ser de utilidad, no es suficiente para determinar con certeza si una operación hace parte o no del giro ordinario de los negocios del deudor. En efecto, la noción de giro ordinario hace referencia a la rutina normal en la que se enmarca la vida de la sociedad. Desde luego, las actividades que hacen parte de la rutina normal estarán, las más de las veces, comprendidas dentro de su objeto. Sin embargo, existen también actividades que aunque no hagan parte de la rutina normal de los negocios, son también realizaciones del objeto social. La insuficiencia del análisis propuesto se hace aún más evidente en el caso de las sociedades por acciones simplificadas, pues como se sabe estas son frecuentemente de objeto indeterminado⁴, luego sería imposible concluir cuándo una operación tuvo lugar dentro del giro ordinario, o lo que es lo mismo, todas las operaciones harían parte de este giro.

20. En ese orden de ideas, la pregunta que debe hacerse el juez del concurso, a la hora de decidir sobre la pertenencia o no de una determinada operación al giro ordinario de los negocios del deudor, es aquella que busque determinar si la operación hace parte de la rutina normal de este. Los ejemplos de los que habla el artículo 17 del estatuto concursal, en su párrafo 3°, ilustran a la perfección este criterio: son del giro ordinario las operaciones de naturaleza fiscal y laboral, así como aquellas que vinculan al deudor con sus proveedores. Si la operación no hace parte de la rutina normal del deudor sino que, por el contrario, se trata de una operación puntual o incluso ocasional,

3 Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficios 220-53338 de 25 de agosto de 2000; 155-054236 de 27 de diciembre de 2001; 220-055759 de 11 de octubre de 2006.

4 Artículo 5.5, Ley 1258 de 2008.

no podrá decirse de ella que hace parte del giro ordinario de los negocios. En ese caso, se tratará de una operación extraordinaria que deberá contar con la autorización del juez del concurso para ser celebrada o ejecutada.

21. Puesto que hemos dicho que la noción de giro ordinario debe ser dotada de contenido en cada caso concreto, uno de los criterios a los que puede atender el juez en el momento de efectuar el análisis correspondiente, consiste en determinar si la operación analizada es asimilable a las operaciones que habitualmente la sociedad ha realizado en el pasado. Una operación que ha sido frecuentemente realizada debe ser interpretada por el juez del concurso como perteneciente al giro ordinario de los negocios del deudor.

22. La situación es diferente cuando se trata del segundo grupo de pagos al cual hace referencia el numeral 16b de esta providencia, esto es, los pagos realizados a acreedores después de la admisión al proceso de insolvencia. En ese caso, este Despacho entiende que el deudor no puede realizar ningún pago que corresponda a obligaciones causadas antes de la iniciación del proceso de insolvencia. En otras palabras, la iniciación es el momento preciso en el que las obligaciones del deudor se dividen entre aquellas que hacen parte de la reorganización (es decir, aquellas causadas antes de la iniciación) y aquellas que hacen parte de los gastos de administración (es decir, aquellas causadas después de la iniciación).

23. Quiere decir lo anterior que puesto que la iniciación del proceso de insolvencia fija el patrimonio objeto de la reorganización, el deudor no podrá efectuar pagos que correspondan a obligaciones causadas antes de la iniciación, pues ello alteraría su situación patrimonial. Es por esa razón que, independientemente de que dichas obligaciones sean entendidas como pertenecientes al giro ordinario de los negocios, si son pagadas, ese pago es ineficaz de pleno derecho.

24. Si tomamos en consideración el análisis aquí propuesto, podemos concluir que el primer grupo de pagos, esto es, los realizados entre la fecha de solicitud y la fecha de admisión al proceso concursal, son del giro ordinario de los negocios pues corresponden a operaciones habitualmente desarrolladas por la compañía de acuerdo a los documentos que reposan en el expediente, en especial los aportados con la solicitud de admisión al proceso realizada por el empresario el 30 de diciembre de 2013, que al haber sido pagadas con anterioridad a la notificación de inicio del proceso, cumplen

los presupuestos del parágrafo 3 del artículo 17. Los pagos referidos en este numeral se encuentran relacionados en el Tabla 1 de esta providencia.

25. En cambio, en lo que atañe al segundo grupo de pagos, es decir, aquellos realizados después de iniciado el proceso y que ascienden a la suma de \$1.639.224.308 por acreencias que corresponden a aquellas del giro ordinario de los negocios, la conclusión a la que llega este Despacho es que éstos son ineficaces de pleno derecho por corresponder a pagos realizados desde el 11 al 28 de marzo de 2014. En efecto, la fecha de su causación es anterior a la iniciación del proceso de insolvencia y su pago posterior a esta, lo que implica que son obligaciones que hacen parte del acuerdo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Ley 1116 de 2006, y por tanto no podían ser pagadas sin autorización del juez del concurso.

26. Como consecuencia de lo anterior, de la suma total de los pagos objeto del auto que aperturó el incidente de ineficacia, por valor de \$4.851.060.411, los acreedores deberán restituir a la masa del concurso la suma de \$1.639.224.308, por corresponder a pagos ineficaces realizados desde el 11 al 28 de marzo de 2014, es decir desde la notificación del auto de admisión al proceso de reorganización. Los pagos mencionados están relacionados en el Tabla 2 de este auto.

27. Este Despacho observa que en el escrito de descurre n.º 2014-02-026960 de 23 de octubre de 2014, el empresario justificó el pago de ciertas obligaciones manifestando que ellas tenían por fuente, de un lado, varios contratos de mandato bajo el modelo de consignación de fruta para exportación, y de otro lado, un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pago.

28. Sin embargo, este Despacho considera que para efectos del análisis del régimen del artículo 17 de la ley de insolvencia, la calificación del negocio jurídico no tiene importancia pues –como se ha venido repitiendo en la presente providencia– lo verdaderamente relevante es determinar en qué momento del procedimiento de insolvencia se produce el pago de la obligación. Si el pago se produce entre la presentación de la solicitud y la admisión al proceso las consecuencias jurídicas son unas, mientras que si se produce después de la admisión, las consecuencias jurídicas son otras.

29. Asimismo, el Despacho encuentra oportuno aclarar al empresario que conforme al artículo 32 de la ley 1429 de 2010, el pasivo por retenciones de

carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social, es el único pasivo que por ley, no hace parte de la reorganización siendo su pago fundamental para la confirmación del acuerdo.

30. Por lo visto en esta providencia, el Despacho en ejercicio de sus facultades legales⁵ procede a imponer una multa de diez (10) salarios mínimos legales vigentes equivalente a la suma de \$6.443.500 a cada uno de los administradores de la sociedad en reorganización, señores Víctor Henríquez Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 70.547.299, en su calidad de presidente; Santiago Martínez Estrada identificado con cédula de ciudadanía 98.564.481, en su calidad de primer suplente, y Juan Diego Trujillo Botero identificado con cédula de ciudadanía 71.611.335, en su calidad de segundo suplente, por contravenir lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

31. La anterior multa deberá ser cancelada en el término de tres (3) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia y a órdenes de esta Entidad en la cuenta de depósitos judiciales N°110019196108 del Banco Agrario.

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

RESUELVE

Primero. No estimar la ocurrencia de presupuestos de ineficacia respecto de los pagos efectuados antes de la notificación de la apertura del proceso de reorganización.

Segundo. Reconocer los presupuestos de ineficacia de pleno derecho, por conductas contrarias al párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, por los pagos realizados entre el 11 y el 28 de marzo de 2014 correspondientes a la suma total de \$1.639.224.308.

Tercero. Ordenar a los acreedores titulares de las obligaciones pagadas por la sociedad en concurso con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, la devolución de las referidas sumas a la masa del concurso.

5 Parágrafos 1 y 2 del artículo 17 y numeral 5 del artículo 5 de la Ley 1116 de 2006.

Cuarto. Ordenar al representante legal de la sociedad en concurso que realice los ajustes necesarios en la contabilidad, en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, el cual deberá ser acreditado en dicho término.

Quinto. Requerir al auxiliar de la Justicia para que de manera conjunta con el representante legal de la sociedad en concurso procedan a hacer los ajustes respectivos en calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, los cuales deberán ser radicados nuevamente en el término de tres (3) días contados a partir del momento en que reciba la respectiva información remitida por parte del empresario.

Sexto. Ordenar al Grupo de Apoyo Judicial notificar el contenido de la presente providencia a los acreedores relacionados en el Anexo 2 de esta providencia, de acuerdo a los términos previstos en los artículos 314 y 315 del Código de Procedimiento Civil.

Séptimo. Imponer una sanción de diez (10) salarios mínimos legales vigentes equivalente a la suma de \$6.443.500, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 17 de la ley 1116 de 2006, a cada uno de los administradores de la sociedad en reorganización, señores Víctor Henríquez Velásquez identificado con cédula de ciudadanía 70.547.299, en su calidad de presidente; Santiago Martínez Estrada identificado con cédula de ciudadanía 98.564.481, en su calidad de primer suplente, y Juan Diego Trujillo Botero identificado con cédula de ciudadanía 71.611.335, en su calidad de segundo suplente.

Octavo. Ordenar que el valor de la multa impuesta sea cancelado dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, remitiéndose a la página web de la Superintendencia de Sociedades, www.supersociedades.gov.co, en servicios electrónicos, estado de cuenta y pago y realizar el pago a través del mecanismo PSE (Pago Seguro en Línea).

Noveno. Ordenar al grupo de Apoyo Judicial notificar personalmente el contenido de la presente providencia a los señores Víctor Henríquez Velásquez en su calidad de presidente; Santiago Martínez Estrada, en su calidad de primer suplente, y Juan Diego Trujillo Botero, en su calidad de segundo suplente, de acuerdo a los términos previstos en los artículos 314 y 315 del Código de Procedimiento Civil.

Décimo. Ordenar al grupo de Apoyo Judicial remitir a los grupos de Gestión de cobro persuasivo y coactivo de esta Superintendencia copia de la presente providencia una vez se encuentre ejecutoriada para lo de su competencia.

Decimoprimer. Advertir que el incumplimiento de lo ordenado en la presente providencia dará lugar a imponer sanciones hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la postergación de los créditos de los acreedores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.5 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con el párrafo 1 del artículo 17 de la misma ley.

Decimosegundo. Cerrar el trámite incidental.

Auto 400-012509 de 24 de septiembre de 2015

**Sujeto
del Proceso**

Campollo

Asunto

Notificación del auto de apertura del proceso de reorganización

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El proceso de reorganización es de carácter jurisdiccional, se rige por la Ley 1116 de 2006, y en lo no previsto ahí, por las normas del estatuto procesal civil, por remisión directa, ex artículo 124 de la ley concursal.

2. Nuestro sistema procesal dispone un modelo taxativo de causales de nulidad, de manera que solo se pueden considerar vicios invalidantes de una actuación procesal aquellos supuestos expresamente señalados por el legislador¹, de suerte que cualquiera otra irregularidad no prevista expresamente como causa de nulidad, deberá ser alegada mediante los mecanismos de impugnación contenidos en el régimen procesal.

3. El sistema restrictivo de nulidades garantiza la seguridad jurídica y la celeridad procesal, a partir de la presunción de acierto de las decisiones judiciales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a una de las causales específicamente previstas en la ley, evitando que proliferen incidentes de nulidad sin fundamento alguno.

4. El estudio de viabilidad de una nulidad debe abordarse a partir de dos supuestos básicos, a saber, interpretación restrictiva de las causales de nulidad y taxatividad de las mismas².

1 “Es el legislador quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas. Al mantener la Corte la expresión “solamente” dentro de la referida regulación normativa, respeta la voluntad política del legislador, en cuanto reguló de manera taxativa o específicamente las causales legales de nulidad en los procesos civiles”, Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 1995.

2 “La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: En primer lugar, de la naturaleza taxativa de las nulidades se desprende que su interpretación debe ser restrictiva.

5. Para saber si la actuación atacada está viciada de nulidad, el Despacho hace las siguientes precisiones:

5.1. La ley de insolvencia no prevé la notificación personal o individual para los acreedores del auto de apertura, sino que se limita a definir los medios de impugnación que proceden contra la providencia que decreta la iniciación del proceso, en los términos del artículo 18 del estatuto concursal.

5.2. El concurso recuperatorio tiene un régimen de publicidad procesal particular, que difiere en parte de las normas generales de notificación previstas en el estatuto procesal civil.

5.3. Para el caso en estudio, se trata del acto de comunicación de la providencia de apertura del proceso, regulado de manera expresa por el artículo 19.9 de la Ley 1116 de 2006, en cuya clave se ordena a los administradores de la sociedad concursada y al promotor que *“a través de los medios que estimen idóneos en cada caso, informen a todos los acreedores la fecha de inicio del proceso de reorganización”*.

5.4. Como se ve, se trata de un acto de comunicación procesal³ con libertad de forma, siempre que sea efectivo en términos procesales, esto es, que se pueda probar.

5.5. Ahora, la orden de informar que se da en el auto de admisión es cosa distinta a la notificación de la providencia que califica la solicitud de admisión al proceso de reorganización.

5.6. En efecto, el auto de inicio de un proceso de insolvencia se notifica, no de forma personal, porque no hay norma que lo prevea, sino por estado en la secretaría del Despacho, esto es, el Grupo de Apoyo Judicial. Además, esta providencia debe inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio del deudor, como medio de publicidad general del estado del comerciante.

En segundo lugar, el juez solo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso. Es por ello que en reiteradas oportunidades tanto esta Corte, como el Consejo de Estado han revocado autos que declaran nulidades con fundamento en causales no previstas expresamente por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 29 de la Constitución”, Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2010.

3 Cfr. Devis Echandía, Hernando, Compendio de derecho procesal, T. I., Bogotá, Temis, 2012, p. 491.

5.7. Es a partir de la notificación del auto de apertura del proceso que se cuenta el término para las actuaciones impugnatorias de que trata el inciso segundo del artículo 18 del estatuto de insolvencia.

6. El acto de información individual que se ordena cursar frente a los acreedores, no constituye un medio de notificación de la decisión judicial que comporta la apertura de la insolvencia. De acuerdo con la doctrina especializada, la notificación es “un acto generalmente secretarial, mediante el cual se pone en conocimiento de las partes y en ocasiones de terceros, las providencias que el juez dicta para iniciar el proceso, para adelantar su trámite y para ponerle fin (...). Se trata de un acto procesal de suma importancia, pues sin esa comunicación las providencias serían secretas y las partes carecerían de oportunidad para contradecirlas y por lo tanto para ejercitar el derecho constitucional de defensa”⁴.

7. Entonces, las comunicaciones a que refiere el artículo 19 del estatuto concursal, son un simple medio adicional de información, no formas de notificación. Admitir lo contrario, será tanto como pensar que: (i) el auto de inicio no podría quedar ejecutoriado sino cuando se hubieran notificado todos los acreedores de manera individual; (ii) que la previsión del artículo 18 *ejúsdem* tampoco se podría dar y por ello el proceso no comenzaría el día de la expedición del auto de inicio; (iii) tampoco podrían cumplirse las órdenes impartidas en la providencia de apertura, y (iv) menos ocurriría la separación de obligaciones en el tiempo, según su fecha de causación, propia de los regímenes de insolvencia.

8. En este caso, la providencia de apertura del proceso de reorganización, esto es, el Auto 400-003908 de 14 de marzo de 2014, fue notificada en estado 415-000053 de 18 de los mismos mes y año.

9. El memorialista invocó como causal de nulidad la prevista en el numeral 8 del artículo 140⁵, sobre la base de que esta notificación corresponde a la establecida en el artículo 19.9 de la ley de insolvencia, la cual no se realiza simplemente con la publicación del aviso, sino a través de un medio idóneo y, para el caso de su representada, debe tenerse presente que es una entidad

4 Devis Echandía, Cit.

5 “Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquel o de este, según sea el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición”.

financiera comercial existente según las leyes de los Estados Unidos de América y con domicilio en ese país.

Aduce además que las gestiones adelantadas con el fin de lograr la notificación de su representada fueron ineficaces e indebidas, toda vez que su poderdante no recibió en su domicilio o correo electrónico registrado la información a la que se refiere la norma, señalada en el auto de apertura.

10. Resalta el Despacho frente a los argumentos expuestos lo siguiente:

a) La comunicación que se libra a los acreedores es una simple información que no constituye notificación de la providencia de inicio.

b) La Ley 1116 no ordena la notificación personal a los acreedores vinculados al proceso de insolvencia.

c) La circunstancia particular del domicilio en el extranjero de un acreedor no supone para él un tratamiento especial. Lo contrario atentaría contra el principio de igualdad de los acreedores previsto en el artículo 4 del régimen de insolvencia.

d) El aviso y su fijación en las instalaciones de la deudora no constituye la notificación del auto de apertura del proceso. Se trata, como las comunicaciones a los acreedores, de mecanismos de publicidad adicionales que no suplen la notificación por estado.

e) El desconocimiento del auto de inicio del proceso, pese a su notificación, no puede invocarse como pretermisión de la oportunidad para hacerse parte. En el proceso de reorganización no existe una etapa de reclamación o presentación de créditos, como sí ocurre en el proceso de liquidación judicial. Cosa distinta es la carga que tienen los acreedores de estar atentos al traslado secretarial de los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto para presentar sus objeciones. De no presentarse estas, los acreedores tienen las vías señaladas en el artículo 26 de la Ley 1116 de 2006, pero esto no configura un vicio procesal que funde una pretensión de nulidad.

f) No existe violación al derecho de defensa y al debido proceso. Por el contrario el proceso se ha surtido con estricto rigor, sujeto a las reglas y procedi-

mientos previsto en la Ley 1116 de 2006, y en lo no previsto en ella, a las del Código de Procedimiento Civil.

g) Siendo el proceso concursal de carácter jurisdiccional, regido por normas procesales y especiales, las mismas son de obligatorio acatamiento para el juez y las partes, por mandato del artículo 6° C. P. C., de suerte que no se configura la causal de nulidad invocada, y en ese sentido se resolverá.

11. Con todo, al margen de las consideraciones jurídicas que se vienen de precisar, el Despacho advierte, ciertamente, temeridad en la actuación procesal del memorialista ya que, como lo pusieron de presente la apoderada y la promotora de la concursada, es claro que la información sobre la admisión al proceso de reorganización se cursó a varios correos electrónicos de acreedores el 21 de marzo de 2014, entre los cuales figuran los siguientes: George@drakefinance.com y carevalo@drakefinance.com. En este sentido, el Despacho previene a los sujetos procesales para que se abstengan de promover actuaciones de este tenor.

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

RESUELVE

Primero. Reconocer al Dr. Luis Hernando Gallo Medina, portador de la tarjeta profesional de abogado 21.479 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la sociedad Drake Finance Group Inc.

Segundo. Desestimar la solicitud de nulidad propuesta por Drake Finance Group Inc.

Tercero. Cerrar el incidente de nulidad.

Auto 400-012962 de 30 de septiembre de 2015

Sujeto del Proceso

Geofísica Sistemas y Soluciones S. A. GSS

Asunto

Nulidad por falta de motivación de la providencia
Admisibilidad de la causal

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El problema jurídico que se somete a examen del Despacho, es el siguiente, ¿la “ausencia de motivación” es causal de nulidad procesal? De la respuesta que se asigne a esta pregunta depende la decisión de confirmar el auto que rechazó la nulidad formulada o darle curso a la misma.
2. Encuentra el Despacho que la respuesta al citado problema es sí, como pasa a explicarse.
3. El régimen de nulidades procesales previsto, en su estructura básica, en el artículo 140 C. P. C. contiene un listado numerus clausus de causales de nulidad procesal. La taxatividad es uno de los principios básicos del todo el régimen¹, y aunque son varias y distintas las hipótesis, lo cierto es que son solo las contenidas en la norma citada².
4. Con todo, por vía pretoriana se ha establecido una notable y muy específica y restringida excepción, como dice la doctrina: *“No obstante el sentido uniforme de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en torno a la regla de la taxatividad, observamos que tal corporación ha considerado que la ausencia absoluta de motivación en la sentencia, constituye causal de nulidad de la misma”*.
5. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, como lo reseña el autor citado, en fallo de 1988 admitió esta posibilidad sobre la base de que *“es cierto que la nulidad procesal puede originarse en la sentencia, conforme se desprende del artículo 154 [hoy 142] C. P. C. Y es así mismo cierto que una de las causales de la aludida in-*

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de mayo de 2005, Exp. 7495.

2 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-491 de 1995 y T-125 de 2010, entre otras.

*validez viene a estar constituida por la falta de motivación de la sentencia*³; y agrega enseguida que *“según lo han enseñado concorde y unánimemente doctrina y jurisprudencia, para que sea posible hablar de falta de motivación de la sentencia como vicio invalidativo del proceso, se requiere que aquella sea total o radical. Por mejor decirlo, es posible que en caso dado a los razonamientos del juzgador les quepa el calificativo de escasos o incompletos, sin que por tal razón sea dable concluir que la sentencia adolece de carencia de fundamentación”*⁴.

6. En más recientes providencias, la Corte ha consolidado esta línea de decisión, diciendo que *“la nulidad en la sentencia puede provenir de la falta radical, absoluta o total de fundamentación de la providencia e insiste en que no se trata de una motivación parca, corta e insatisfactoria, sino de su completa ausencia o inexistencia, pues, se repite, el juzgador no suministró ningún elemento de juicio que remotamente apuntara a soportar este punto de la providencia, con lo que emerge la comisión de un vicio de actividad o in procedendo que viene a determinar el éxito de la censura”*⁵.

7. Con todo, la regla según la cual la ausencia de motivación constituía causa de nulidad procesal se ha ido morigerando –o agravando, según la perspectiva– en el sentido de que la mera comprobación de que existe motivación ya no es suficiente para resguardar a las providencias judiciales de una eventual nulidad, sino que se precisa un examen más detallado y cualitativo de la argumentación del operador judicial. Es así como, por ejemplo, se indicó en relevante providencia de 2008 que *“no basta la presencia objetiva de argumentos en la sentencia para que el fallo quede blindado y a resguardo de la nulidad, pues la mirada debe penetrar en la médula misma del acto de juzgamiento, para averiguar si la motivación puesta apenas tiene el grado de aparente, y si de ese modo puede encubrir un caso de verdadera ausencia de motivación”*⁶.

8. Esta última posición ha sido depurada en el sentido de indicar que la motivación de la providencia es solo aparente, y por ende ausente, cuando la misma es deficiente, contradictoria o impertinente, conceptos que ha definido de la siguiente forma: *“entiende la Corte que la “impertinencia” de la motivación apunta, expresamente, a razones que no vienen al caso, o que no guardan conexión con la problemática de que trata el proceso. De esta forma, la cuestión desborda el marco*

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de abril de 1988.

4 *Ibidem*

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de enero de 2006, Exp. 5969.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 agosto de 2008, Exp. SR-085.

del vicio in iudicando para quedar circunscrita a la determinación del cumplimiento de las exigencias formuladas por el legislador en punto del contenido de la sentencia (artículo 304 del Código de Procedimiento Civil), las cuales remiten al campo de la lógica, por cuanto se utilizan premisas extrañas que no conducen a fundamentar con un mínimo de racionalidad la conclusión adoptada.

“Es “deficiente” la motivación, cuando los argumentos ofrecidos son tan parciales o inconclusos, que más se aproximan a lo inexistente, o a lo irreal, en vista de que lo que les falta, el complemento argumentativo que está ausente, no puede lógicamente suponerse, no está implícito ni se puede dar por sobreentendido, de forma que no es posible establecer una conexión racional y unívoca con lo decidido.

“Incorre en «contradicción» en su parte considerativa, el fallo que simultáneamente adopta a nivel de premisas o de conclusiones parciales, ideas, entidades o conceptos que se repelen, que resultan antagónicos, encontrados o de imposible aplicación simultánea, y que por ello, solo uno, si acaso, podría conducir a la solución adoptada en la decisión, mediante desarrollos que no se encuentran explicitados”⁷.

9. A partir de esta última regla, el máximo tribunal ordinario concluyó que, en el caso concreto, *“a los efectos de calificar la argumentación en la cual el Tribunal sustentó la orden de restituir las sumas pagadas por la demandante, concluye la Sala que la misma no puede tenerse por impertinente, deficiente o contradictoria, toda vez que existe una más que razonable ilación lógica entre considerar como ineficaz un acto o negocio jurídico y la condena a restituir las prestaciones que las partes hubieren efectuado por cuenta del mismo, a punto de que ello se encuentra expresamente previsto como consecuencia natural de la nulidad, en el artículo 1746 del Código Civil, precepto que, en ausencia de norma especial, resulta aplicable por analogía a las otras formas de patología negocial que determinan la privación radical de los efectos del acto o contrato, concretamente a la inexistencia y la ineficacia consagradas por los artículos 897 y 898 del estatuto mercantil”⁸ (subrayas añadidas).*

10. En suma, adolece de vicio invalidante la sentencia que (i) carezca de motivación o (ii) cuya la motivación sea impertinente, deficiente o contradictoria.

11. Ahora, a efectos de desatar el recurso, conviene repasar la sucesión de actos procesales que se surtieron en la audiencia de 16 de julio de 2015, como pasa a desarrollarse.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de julio de 2015, Exp. 10097.

8 Ibidem

12. En el registro en video de la audiencia de resolución de objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación del inventario valorado, celebrada el 16 de julio de 2015, según Acta 405-001433 de 31 de julio de 2015, se evidencia cómo el apoderado de Turkish Petroleum International Company Limited sucursal Colombia, interpuso recurso de reposición contra la decisión del Despacho de no estimar la objeción formulada por él en nombre de su poderdante (4 horas y 47 minutos); dicho recurso fue resuelto por el Despacho en el sentido de confirmar la decisión (5 horas 25 minutos); frente a la notificación en estrados de esta providencia, el apoderado solicitó adición de la misma, de forma previa a deprecar la nulidad del auto (5 horas 27 minutos) por la que estimó como “ausencia absoluta de motivación”; la solicitud de adición fue desestimada por el Despacho y enseguida se rechazó la nulidad propuesta, porque la causal invocada no está prevista en el catálogo taxativo del artículo 140 C. P. C. ni se fundó en el artículo 29 de la Constitución Política (5 horas 36 minutos); frente a esta decisión, la de rechazar la nulidad formulada, el apoderado interpuso el recurso de reposición que en esta providencia se resuelve (5 horas 41 minutos).

13. Al efecto, adujo que en realidad sí existe la causa de nulidad que invocó, derivada de una regla jurisprudencial, y que en ese sentido, la decisión debe ser revocada y proceder el Despacho a tramitar la nulidad formulada.

14. El Despacho encuentra que la causal invocada por el nultante en efecto ha sido reconocida por vía pretoriana y se predica de la providencia en sí misma, según se desarrolló en los ordinales iniciales de este apartado de consideraciones. Es claro que el apoderado flaqueó al delimitar los contornos de la causal, en atención a que tiene venero jurisprudencial que no fue precisado, pero esa omisión no supone, per se, la consecuencia del rechazo liminar, y en ese sentido se resolverá.

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

RESUELVE

Primero. Estimar el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de rechazar la nulidad propuesta por el apoderado de Turkish Petroleum In-

ternational Sucursal Colombia, en la audiencia de resolución de objeciones, reconocimiento de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación del inventario valorado dentro del proceso de la sociedad Geofísica, Sistemas y Soluciones S. A. (GSS) en liquidación judicial, según consta en el Acta 405-001433 del 31 de julio de 2015.

Segundo. Ordenar que, a través del Grupo de Apoyo Judicial de esta Superintendencia, se corra traslado de la nulidad formulada, en los términos del inciso 5 del artículo 142 C. P. C., por tres días.

Auto 400-013184 de 3 de octubre de 2015

Sujeto del Proceso

Key Market S. A.S.

Asunto

Cesión de crédito. Efecto concursal de la cesión.
Incorporación al expediente

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. El crédito, como elemento patrimonial¹, es disponible y transmisible. Como indica el profesor Hinestrosa, “Durante su vida, el acreedor en cuanto tal puede disponer de su crédito (*ius abutendi*), análogamente a como puede realizar actos de enajenación, a cualquier título, respecto de todos los derechos que posee y cuyo traslado no se encuentre prohibido por las leyes. Puede también constituir sobre aquel, igual que sobre estos, derechos de goce o de disfrute o de garantía, estos para garantizar el cumplimiento de obligaciones suyas o ajenas, y asignarlos testamentariamente”².

2. El Código Civil regula esta institución, en lo que toca a la transmisión por acto entre vivos³, en siete artículos, del 1959 al 1966, en los que no la definen, pero describen sus elementos, sujetos y efectos. Por lo demás, este régimen debe integrarse con otras normas del propio Código Civil, como el 761, respecto de la tradición de los derechos personales⁴, de donde deriva el carácter real del negocio de cesión, y otras del Código de Comercio que disciplinan una figura similar pero distinta, a saber, la cesión de contratos⁵.

3. A la cesión de créditos la define la doctrina como “un contrato por el cual el acreedor cedente, gratuita o retributivamente, transfiere a la otra parte, cesionario, el crédito, considerado como un bien incorporal (...). Sus partes son el acreedor cedente y el tercero cesionario. El deudor no es parte en la cesión,

1 Hinestrosa, Fernando, Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 399 y ss.

2 Ibídem, p. 401.

3 Los artículos 1967 y 1968 aluden a la transmisión por causa de muerte y los artículos 1969 a 1972, a la cesión de derechos litigiosos.

4 Cfr. Carbonnier, Jean, Derecho Civil, T. II, V. III, Barcelona, Bosch, 1971, pp. 183 y ss.

5 Artículos 131, 523, 887 a 896.

es un extraño a ella, a la que no se puede oponer, a la que su asentimiento no agrega ni quita nada, y con la que su único contacto es la notificación que ha de hacersele para que le sea oponible, así como para darle la oportunidad de hacer reserva de sus excepciones personales frente al cedente”⁶.

4. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia indica que se trata de “un negocio jurídico típico que permite al acreedor transferir su derecho personal a un tercero, mediante la entrega del instrumento donde estuviere incorporado, al que se insertará la atestación del traspaso, con la identificación del cesionario, bajo la firma del cedente, y en el evento de no constar en documento habrá de otorgarse uno en el que se plasmen los elementos necesarios sobre su existencia; produciendo efectos entre tales sujetos a partir de la entrega; en cambio frente al deudor y terceros, solo a partir de la comunicación al primero, o de su aceptación expresa o tácita”⁷.

5. Ahora, siendo, como es, un negocio jurídico bilateral, de contenido patrimonial, de carácter abstracto⁸, formal⁹ y real¹⁰, conviene determinar su eficacia en sede concursal, es decir, establecer si su estructura sufre alguna alteración o precisa un alcance especial cuando el deudor es sujeto de insolvencia.

6. A este efecto, es importante precisar que el estatuto de insolvencia, contenido en la Ley 1116 de 2006, dispone en su artículo 28 que “La subrogación o cesión de créditos traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios y accesorios en los términos del artículo 1670 del Código Civil.

6 Hinestroza, Op. cit. p. 429.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1° de diciembre de 2011, Exp. 2004-00428.

8 “La cesión es un negocio abstracto, ya que es independiente de causa y autónomo del contrato originario del cual se deriva. Esto quiere decir que la razón de ser o causa, bien sea una compraventa, permuta o donación, no deben ser expresadas en el título donde conste la cesión”, Acevedo Rehbein, Alberto, La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 55.

9 “La cesión es un negocio formal, dado que exige para su validez solemnidades especiales, consistentes en su documentación con la firma del cedente; si el crédito es documentado, es decir, si consta en un documento, allí se inscribirá la nota correspondiente, y en caso contrario, se extenderá uno a propósito, que puede ser la propia carta de pago (...) y en ambas oportunidades con la expresión inequívoca del traspaso a favor del cesionario, sin ‘exigencia de frases sacramentales’, que suscribirá el acreedor cedente”, Hinestroza, Op. cit., pp. 430 y 431.

10 “La cesión, además, es un negocio real, por cuanto ‘no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título’ (artículo 741 c.c.), o sea, con la ‘tradición’ de la cosa, en este caso, con la entrega del documento: aquel en que corre el crédito, al que se le puso la nota correspondiente, o el elaborado para la cesión”, *Ibidem*, p. 431.

El adquirente de la respectiva acreencia será titular también de los votos correspondientes a ella”.

7. La norma transcrita, además de reiterar los efectos del negocio de cesión de créditos, alude a un efecto adicional que solo se explica en el contexto concursal, cual es la natural asunción del cesionario de los derechos de voto del cedente en la reorganización. Se trata de una precisión que no sobra, ya que el derecho de voto no es uno de los derechos naturalmente anejos a los créditos cesibles, sino solo de aquellos inmersos en un concurso de acreedores.

8. Por lo demás, la ley de insolvencia no trata el tema más allá de lo expuesto, luego se trata de un negocio particular al que concurren cedente y cesionario y que, en principio, en nada altera la realidad concursal ni patrimonial del deudor. En efecto, como lo indica con precisión Gómez Estrada, “Por la mutación del sujeto activo no se ve agravada su condición de deudor, que sigue siendo la misma que antes”¹¹.

9. Con todo, es claro que en la cesión de créditos convergen varias y distintas relaciones jurídicas¹². Una es la relación que emerge del acto de cesión entre el titular del crédito y su recipiente, cedente y cesionario; otra la que une a cesionario y deudor; otra la del cedente y el deudor, a las que se suman las de terceros afectados por el movimiento patrimonial, como los acreedores del cedente o los del cesionario.

10. Por otro lado, el juez del concurso no es el juez del contrato de cesión; lo que corresponde a este operador no es aprobar o improbar cesiones de créditos, no solo porque no hay norma que prevea tal competencia, sino porque a efectos del concurso es indiferente quién es el titular de un crédito reconocido o en tránsito de serlo, sujeto que en todo caso tiene que concurrir al proceso, en atención al principio de universalidad subjetiva que irradia el régimen de insolvencia, tanto recuperatoria como liquidatoria.

11. En este sentido, es carga del cesionario concurrir al proceso a arrimar el soporte de la cesión para que sea incorporado al expediente, y es carga del deudor, del promotor y de los demás acreedores controlar dicha incorporación. El juez del concurso no puede inmiscuirse en un negocio dispositivo en

11 Gómez Estrada, César., De los principales contratos civiles., Bogotá, Temis, 1999, p. 149

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de mayo de 1941.

el que no es parte el deudor, salvo que se trate de una circunstancia verdaderamente excepcional, cuando así lo ponga de presente cualquiera de los sujetos intervinientes en el proceso. En todo caso, esta regla no mengua el poder oficioso del Despacho para controlar y dirigir el proceso, de suerte que en ejercicio del control de legalidad, inicialmente previsto en la Ley 1285 de 2009, e incorporado expresamente en la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, artículo 42.12, sobre los deberes del juez, el viable revisar los soportes de las cesiones incorporadas.

12. En conocimiento de los sujetos intervinientes en el proceso las distintas cesiones de créditos, en la etapa de negociación del acuerdo deberá tenerse en cuenta quién es el actual titular del crédito para que manifieste su consentimiento a la propuesta de pago del deudor y pueda configurarse la mayoría exigida en la ley. Por su parte, el juez deberá analizar si quienes votaron el texto son los verdaderos titulares del derecho de crédito, so pena de que descuente el voto que no se encuentre debidamente soportado.

13. En los procesos de liquidación, el liquidador deberá también revisar los documentos de cesión agregados al expediente, a fin de identificar quiénes son los titulares de los créditos. El juez, al hacer control de legalidad de la distribución de los bienes a los acreedores, deberá revisar los soportes de las cesiones para que el auto de adjudicación, que suple la escritura pública en caso de bienes sujetos a registro, individualice de manera precisa al adjudicatario.

14. Cuando el liquidador acredite el pago, deberá indicar el nombre del acreedor que debe coincidir con el reconocido en la calificación de créditos, o el cesionario según documentos que deben reposar en el expediente y sobre los cuales ha de hacerse el estudio para definir el cumplimiento y aprobar la rendición de cuentas del auxiliar.

15. Entonces, al no haber norma que disponga que este Despacho debe pronunciarse en algún sentido respecto de las enajenaciones de créditos, el trámite que corresponde a la incorporación de nuevos acreedores vía cesión de créditos al expediente concursal es secretarial, y asigna al administrador de la insolvencia la carga de depuración de los proyectos de calificación y graduación de créditos, así como los ajustes subsecuentes en atención a los cambios que se verifiquen en la asignación de derechos de voto.

16. En este sentido, en caso de que lleguen al Despacho escritos de cesión de créditos adjuntos a memoriales judiciales, la orden se contraerá a disponer la incorporación de esos soportes al expediente, para conocimiento del promotor, el deudor y los acreedores. En este caso, la concurrencia al foro concursal a través de la incorporación de la nota de cesión al expediente, para lo cual, se reitera, no es necesario pronunciamiento judicial ninguno, suple la notificación de que trata el artículo 1961. Ahora, en cuanto al requisito esencial¹³ de la exhibición del título, es claro que el mismo debe reposar en el expediente o ser aportado; de lo contrario no habría lugar a reconocer el crédito mismo.

17. Otra cosa ocurre cuando el acuerdo de reorganización está en ejecución, caso en el cual el cesionario deberá notificar en debida forma al deudor para efectos de recibir su pago y el juez pueda posteriormente declarar el cumplimiento del acuerdo de reorganización, o su incumplimiento en el evento de que el pago se haga a persona distinta, si no está debidamente acreditada la cesión.

18. En general, el juez solo deberá hacer control a los documentos de una cesión o transferencia de derechos de créditos, cuando en el curso del proceso deban tomarse decisiones por parte de los acreedores.

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

RESUELVE

Incorporar al expediente concursal los instrumentos de cesión o subrogación para conocimiento de los sujetos del proceso y del auxiliar de la justicia.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1° de diciembre de 2011, citada.

Auto 400-014040 de 21 de octubre de 2015

Sujeto del Proceso	Petroleum Exploration International S. A. - Sucursal Colombia
Asunto	Nulidad procesal Compensación legal

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Como se ve, la disputa atinente al incumplimiento del contrato 5206287 y a la puesta en marcha de la cláusula penal por parte de Ecopetrol S. A. contra Pexin y los efectos que ello pudiera tener en la insolvencia de esta última sociedad han sido intensos y recurrentes. Por esta razón, y para zanjar los debates que se han producido alrededor de estos hechos, este Despacho procederá, en primer lugar, a hacer unas consideraciones de orden formal, y continuará enseguida con otras de orden sustancial.

i. Consideraciones de orden formal

2. El representante de Ecopetrol elevó la petición de restitución de las sumas de dinero que fueron puestas a disposición de Pexin, argumentando que tal pago en beneficio de la sociedad concursada adolece de nulidad. Como ya es sabido, la sanción de la nulidad tiene en nuestro ordenamiento jurídico una doble vertiente. Por un lado, la nulidad sustancial y, por el otro, la nulidad procesal.

3. La nulidad sustancial es una sanción que corresponde a los actos y declaraciones de voluntad, que, por carecer de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez, deben ser retirados del ordenamiento jurídico.

4. La nulidad procesal, por su parte, busca sancionar irregularidades del proceso judicial. En efecto, la nulidad procesal, en palabras de la Corte Constitucional implica la existencia de *“irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso, y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente– les ha atribuido la consecuencia –sanción– de*

*invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso*¹.

5. En ese orden de ideas, es claro que la nulidad que el solicitante deprecia es una nulidad procesal y no sustancial. Ahora, la nulidad procesal es una institución jurídica que obedece a unas normas precisas y detalladas que se encuentran consignadas en el Código de Procedimiento Civil.

Para los efectos de la decisión que ocupa al Despacho, es necesario resaltar que las nulidades procesales son de naturaleza taxativa. Quiere ello decir que quien desee invocar una nulidad procesal debe fundamentar su petición en una de las causales que establece el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“el proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos”* (énfasis añadido). El vocablo *“solamente”* que por demás fue declarado ajustado a la Constitución Política², da cuenta de la taxatividad de las nulidades procesales. Este principio de taxatividad ha sido relativizado por vía jurisprudencial para incluir, como causas de nulidad, de manera restringida y precisa, la violación al debido proceso³ y a la ausencia de motivación de las sentencias.

6. Se concluye de lo anterior que una solicitud fundamentada en una nulidad procesal podrá prosperar si y solo si el solicitante justifica la ocurrencia de una de las nueve causales de nulidad del artículo 140 C. P. C., la causal que contiene el artículo 29 de la Constitución Política o la causal consistente en ausencia de motivación de la sentencia. En palabras de la Corte Constitucional, *“el legislador eligió un sistema de causales taxativas de nulidad con el fin de preservar los principios de seguridad jurídica y celeridad en los procesos judiciales”*⁴.

7. El Despacho, al examinar el escrito que solicitó el decreto de la nulidad, encuentra que se omitió invocar con precisión la causal de nulidad procesal sobre la que descansa la petición. En efecto, el solicitante se limita a afirmar escuetamente que *“la orden impartida por la Superintendencia de Sociedades, en el auto del 8 de octubre de 2014 vulnera el ordenamiento jurídico y se extralimita en las funciones que como liquidador debe asumir”*. Puesto que la vulneración del

1 Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2010.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 1995.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2010.

4 Corte Constitucional, sentencia C-491 de 1995.

ordenamiento jurídico –expresado en esos términos tan abstractos– no es una causal de nulidad procesal, este Despacho concentrará su análisis en la afirmación según la cual el juez del concurso se ha extralimitado en sus funciones.

8. Sin embargo, antes de entrar a analizar si la supuesta extralimitación de funciones puede encausarse en alguno de los numerales del artículo 140 C. P. C., el Despacho se ve obligado a llamar la atención del solicitante de la nulidad en lo que se refiere a las debilidades procesales de las que adolece su solicitud. En efecto, el no invocar la causal de nulidad procesal que justifica la solicitud y por consiguiente el no desarrollarla proponiendo argumentos pertinentes, entorpece la labor de administración de justicia y crea ineficiencias en el proceso, las cuales afectan negativamente el procedimiento concursal. En realidad, las debilidades de la solicitud son tales, que bien podría el juez del concurso limitarse a rechazar de plano la misma. Ahora, este Despacho se rehúsa a tomar ese camino, especialmente porque *“al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”*⁵.

9. En ese orden de ideas, este Despacho se plantea de qué manera podría encuadrarse el argumento del solicitante, referente a la extralimitación de funciones, dentro de las causales de nulidad referidas. La extralimitación de funciones podría encauzarse a través de las causales primera o segunda. En efecto, según la primera, el proceso es nulo “cuando corresponde a distinta jurisdicción” o –según la segunda– “cuando el juez carece de competencia”. Falta de jurisdicción o falta de competencia podrían ser, entonces, las dos razones por las cuales el juez del concurso anule las actuaciones procesales surtidas.

10. Según la doctrina, *“se entiende por falta de jurisdicción el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente de la civil, por ejemplo: laboral, contencioso-administrativa, familia, penal, mientras que la falta de competencia se presenta cuando el conocimiento corresponde a autoridad diferente, pero de la misma rama civil, v. gr., que deba actuar el juez civil del Circuito y no el juez civil municipal”*⁶. Así, es evidente que estas ideas aplicadas a los hechos expuestos en los antecedentes de esta providencia, podrían analizarse a la luz de la causal primera de nulidad procesal, es decir, la falta de jurisdicción.

5 Artículo 4º, Código de Procedimiento Civil.

6 López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. I, Bogotá, Dupré, p. 895.

11. En efecto, la problemática que se ha puesto en conocimiento de este Despacho tiene que ver con la terminación anticipada, por incumplimiento del contrato 5206287, a la que procedió Ecopetrol S. A., en virtud de la prerrogativa contenida en la cláusula vigésima novena del texto contractual en análisis y la consiguiente puesta en marcha de la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula vigésima cuarta. Esta disputa contractual está llamada a tener efectos jurídicos en el proceso de insolvencia del cual Pexin es objeto, pues en ejercicio de sus prerrogativas contractuales, Ecopetrol S. A. compensó las sumas que se le adeudaban por concepto de la cláusula penal, con las sumas que adeudaba por concepto de saldos a favor del contratista por desmovilización final del contrato.

12. La disputa contractual referida arriba fue puesta en conocimiento del Tribunal Administrativo del Meta. En efecto, mediante una acción contractual, la sociedad concursada elevó, entre otras, las siguientes pretensiones: (i) que se declare nula la Resolución de 29 de noviembre de 2010 mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato 5206287 y que de contera se declare que Pexin no incumplió el citado contrato; (ii) que se declare que al no haber incumplido la contratista el contrato 5206287 no está sujeta al pago de la cláusula penal equivalente al diez por ciento del valor ejecutado del contrato; (iii) que por ser abiertamente ilegal, declare la nulidad de la liquidación unilateral que por el supuesto incumplimiento del contrato realizó Ecopetrol S. A.

13. Puesto que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para dirimir la disputa contractual que enfrenta a Ecopetrol S. A. y Pexin, este Despacho, en su calidad de juez del concurso, no tiene jurisdicción⁷ para pronunciarse sobre ella. En otras palabras, este Despacho no puede pronunciarse sobre si hubo o no incumplimiento, o sobre si existió o no la obligación de pagar la cláusula penal que dio origen a la compensación legal. Las actuaciones contractuales que surtieron las partes, y en especial la manera como procedió Ecopetrol S. A. haciendo uso de las cláusulas provenientes del contrato 5206287, se encuentran por fuera del ámbito decisional del juez del concurso.

⁷ La doctrina procesal autorizada considera en efecto que el numeral 1° del artículo 140 utiliza la expresión jurisdicción como sinónimo de competencia por ramas. *Ibidem*, p. 895.

En ese orden de ideas, es forzoso concluir que las actuaciones contractuales adelantadas por las partes hasta este momento son existentes y válidas, y hasta que el juez del contrato –en su calidad de autoridad competente– no se pronuncie en otro sentido, el juez del concurso deberá reconocer dichas actuaciones. Solo de esta manera se mantienen incólumes las normas procedimentales sobre jurisdicción y competencia.

14. En ese sentido, este Despacho se siente obligado a reconsiderar la opinión que ha había hecho suya en el Auto 400-014646 de 8 de octubre de 2014. En ese auto, el Despacho consideró que *“no hay certeza del hecho generador que daría la posibilidad de aplicar la cláusula penal”*. En realidad, la autoridad del juez del concurso no le permite cuestionar ese hecho generador. En consecuencia, el análisis que llevó al juez a ordenar la devolución de los dineros retenidos por Ecopetrol S. A. no es ajustado a nuestro derecho positivo, en particular a las normas procedimentales en vigor.

15. Pero entiéndase bien, el juez del concurso no puede ni debe pronunciarse sobre el incumplimiento contractual de Pexin, ni sobre la obligación de pagar una cláusula penal a favor de Ecopetrol. Esos asuntos contractuales no competen a este Despacho. Ahora, la misma afirmación no puede hacerse con respecto a la compensación, pues como es sabido la compensación es una institución jurídica que, por las razones que veremos a continuación, es de gran interés en sede de insolvencia, por los efectos que ella produce en el patrimonio del deudor. En efecto, puesto que la compensación provoca modificaciones en el patrimonio del deudor que pueden dar por resultado una alteración del orden de prelación en el que han de ser satisfechas las obligaciones de los acreedores, el juez del concurso puede y debe entrar a eliminar o modular los efectos de esta. En efecto, el estatuto de insolvencia paraliza en algunas ocasiones las normas del derecho común, es decir aquellas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, con la finalidad de *“proteger el crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo”*.

16. Si el estatuto de insolvencia no tuviera la virtud de paralizar algunas de las normas del derecho común, sería imposible proveer una protección jurídica eficaz para el deudor que se encuentra en dificultad. Los procedimientos de insolvencia ponen al deudor en una situación excepcional y lo sujetan a un régimen jurídico excepcional en donde no todas las reglas del derecho

común tienen aplicación, en especial las que regulan ciertos derechos de los acreedores.

17. La compensación es una institución que ilustra claramente esta idea. Por ello, este Despacho considera pertinente terminar sus consideraciones de orden formal concluyendo que le asiste la razón al solicitante al decir que la Superintendencia de Sociedades no podía fundamentar su decisión de ordenar la devolución de los dineros que retuvo Ecopetrol S. A., cuestionando la existencia de la cláusula penal pues ello cae por fuera del perímetro de su jurisdicción.

En cambio, en lo atinente a la compensación, y a los efectos que esta pueda tener sobre el patrimonio del deudor, el juez del concurso sí puede pronunciarse. En otras palabras, este Despacho reconoce que entre las partes existen obligaciones recíprocas, una en virtud de una cláusula penal y otra como resultado de unos saldos a favor correspondientes al valor de desmovilización final del contrato en proporción a lo ejecutado. Mientras que el juez del contrato 5206287 no le indique a este Despacho otra interpretación, este análisis se mantendrá. Una cosa diferente es si estas dos obligaciones –que se tienen por existentes y válidas– pueden ser objeto de la compensación legal que opera de pleno derecho mientras que una de las partes está bajo la protección del estatuto de insolvencia. Naturalmente, las consideraciones sobre este punto no son de orden formal sino de orden sustancial.

ii. Consideraciones de orden sustancial

18. El derecho de insolvencia –como se dijo arriba– es un derecho de naturaleza transitoria y excepcional. Transitoria, en el sentido de que solamente tiene vocación a aplicarse durante un período definido de la vida de una persona, sea natural o jurídica. Así, las normas sobre insolvencia le son aplicables al deudor en dificultad solo mientras se reorganiza o mientras se logra liquidar ordenadamente su patrimonio. Y es excepcional, en el sentido que lo indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto es, *“que constituye excepción de la regla común”* o *“que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez”*. Transitorio y excepcional, el derecho de insolvencia entra en colisión con numerosas reglas del derecho común, trátase del derecho civil, del derecho comercial, del derecho laboral, del derecho administrativo, del derecho fiscal, etc. Por eso, no duda este Despacho en hacer suyas las pala-

bras de tratadistas extranjeros al decir que el derecho de insolvencia “es por naturaleza un derecho de compromisos entre las finalidades propias y las preocupaciones de todas esas disciplinas (civil, comercial, laboral, fiscal, etc.). Por su naturaleza, constituye un lugar de enfrentamiento de intereses y un lugar de decepción porque casi siempre los recursos del deudor no serán suficientes para satisfacer a todos los acreedores”⁸.

19. La naturaleza excepcional y transitoria del derecho de insolvencia impone una interpretación particular de muchas de las instituciones del derecho común. En este caso, la solicitud que fue puesta en conocimiento de este Despacho versa sobre la institución de la compensación. En palabras del Rector Hinestrosa, “[l]a compensación consiste, en principio, en la extinción simultánea de varias deudas diferentes cuando las partes son recíprocamente deudoras (artículo 1714 C.C.). Compensación quiere decir una confusión de obligaciones, no por el aspecto subjetivo, como en la figura de la confusión propiamente dicha, sino en cuanto a su objeto. Así “se evita un doble pago, una doble entrega de capitales y de ese modo se simplifican las relaciones del acreedor y del deudor, a la vez que se asegura la igualdad entre las partes”⁹. Ahora, la compensación, al ser un mecanismo de extinción de las obligaciones tiene indudablemente unos efectos patrimoniales que son en cierta medida equiparables a aquellos que se producen cuando un deudor paga una obligación adeudada.

20. La compensación es una institución jurídica que tiene dos dimensiones, por un lado la compensación como modo de extinción de las obligaciones, implica a la vez un efecto satisfactorio del acreedor y un efecto liberatorio del deudor¹⁰. Por otro lado, la compensación tiene un efecto de garantía. Ello es así porque “la compensación entre aquello que debe el deudor al acreedor y aquello que debe este al deudor produce un efecto extintivo de las dos deudas, lo que confiere a cada uno de los acreedores la ventaja de escapar a la insolvencia del deudor y de no concurrir con los demás acreedores de este”¹¹.

8 Jeantin, Michel y Le Cannu, Paul. “Droit commercial. Entreprises en difficulté” 7ª ed., París, Dalloz, n.º 1, p. 1.

9 Hinestrosa, Fernando Tratado de las Obligaciones, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 653, p. 809.

10 *Ibidem*, n.º 653, p. 810.

11 Larroument, Christian. Droit Civil, Les obligations, le contrat, Tome III, première partie, 2007, París, Economica, n.º 6, p. 10.

21. Estas dos dimensiones de la compensación hacen que los efectos que esta produce sean de importancia en los procesos de insolvencia. En efecto, la compensación genera una ruptura de la igualdad de los acreedores, por lo que el juez del concurso está obligado a hacer un estudio minucioso de la manera en que opera esta institución y los efectos de la misma en cada una de las etapas del concurso del deudor. En este sentido, este Despacho le aclara al solicitante que cuando en su escrito indica que *“carece de relevancia jurídica si la obligación o acreencia con Ecopetrol S. A. era anterior o posterior a la admisión del acuerdo de reestructuración”*, se equivoca gravemente, pues en realidad, cada etapa del proceso concursal tiene sus particularidades y no todas las instituciones funcionan de igual manera en cada una de las etapas. Eso es justamente lo que ocurre con la compensación.

22. En el presente caso, es claro que el momento de causación de las obligaciones es de gran importancia porque el auto que admite al deudor al proceso de insolvencia divide tajantemente en el tiempo las obligaciones que serán parte del acuerdo de reorganización, que son las causadas con anterioridad a la fecha de ese auto, y las obligaciones denominadas *“gastos de administración”*, que son las causadas con posterioridad al mismo. Esta división tajante es de vital importancia en sede de compensación, pues dicha institución jurídica no opera de la misma manera para unas y otras obligaciones. Entonces, el determinar si las obligaciones objeto de la compensación son anteriores o posteriores a la admisión al proceso de reorganización no carece, en absoluto, de relevancia jurídica, sino todo lo contrario. En efecto, el juez del concurso está llamado a conducir su análisis de manera diferente tomando en consideración esta división.

23. Aclarado lo anterior, aprovecha este Despacho para hacer otra precisión, pues las partes a lo largo del proceso han traído atávicamente a colación vez el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Pues bien, el artículo 17 no es pertinente en el análisis de la compensación efectuada por Ecopetrol S. A. En efecto, cuando se observan las obligaciones objeto de la compensación en el presente caso, se concluye forzosamente que ambas fueron causadas después de la fecha de admisión de Pexin a la reorganización. Tanto la obligación que nació de la puesta en marcha de la cláusula penal (a cargo de Pexin), como la obligación que nació de la contabilización del valor de desmovilización final del contrato (a cargo de Ecopetrol), fueron causadas después de la admisión

a reorganización de Pexin. En consecuencia, el artículo 17 nada tiene que ver con la controvertida compensación aquí analizada.

Claro, el Despacho advierte que la redacción del artículo 17 puede llevar a confusión, en cuanto a que parece sugerir que los efectos de la presentación de la solicitud de admisión a la insolvencia se producen independientemente de la fecha de causación de las obligaciones objeto de las operaciones allí descritas. Sin embargo, ello se aleja de la realidad, pues los efectos de los que habla el artículo 17 son los que se predicen de las obligaciones causadas antes de la admisión. Las obligaciones causadas después están principalmente reguladas por el artículo 71 del estatuto de insolvencia.

24. Hecha la aclaración anterior, y habiendo determinado que el artículo 17 no encuentra aplicación en los hechos aquí planteados, este Despacho considera pertinente hacer otra aclaración suplementaria. En efecto, el solicitante de la nulidad argumentó que la norma contenida en el artículo 17 del estatuto de insolvencia es aplicable solamente a los administradores de las sociedades concursadas y que de ninguna manera puede hacerse extensivo a los acreedores de la misma.

El Despacho advierte que esa no es la interpretación que ha de hacerse del artículo 17. En efecto, dicho artículo en el parágrafo 1, también abre la puerta a la vinculación de los acreedores al proceso sancionatorio que allí se describe. Naturalmente, ese resultado solo se produce con el respeto de todas las formalidades procesales tendientes a respetar los derechos de los acreedores vinculados.

25. De cualquier manera, se recalca una vez más que el artículo 17 no encuentra aplicación cuando se trata de obligaciones causadas con posterioridad a la admisión al proceso de insolvencia. Estas obligaciones, denominadas gastos de administración, pueden y deben ser satisfechas oportunamente y sin necesidad de autorización alguna por parte de la Superintendencia de Sociedades. De hecho, la satisfacción de los acreedores de obligaciones que ostentan la calidad de gastos de administración es de suma importancia pues revela la viabilidad económica de la empresa en reorganización, viabilidad que justifica precisamente el esfuerzo, tanto del deudor como de sus acreedores, para reorganizarse y seguir adelantando su actividad comercial.

En virtud de lo anterior, la posición constante de este Despacho, ha sido que la compensación de obligaciones, causadas después de la admisión de una de las personas involucradas a un proceso de insolvencia, es perfectamente posible y no requiere autorización alguna. Dicho en otras palabras, la compensación legal de los gastos de administración, es por regla general operante en los términos del artículo 1715 del Código Civil.

26. Si la compensación legal opera según los términos del derecho común cuando se trata de los gastos de administración, forzoso sería concluir que la compensación que se efectuó entre las obligaciones que Ecopetrol y Pexín tenían recíprocamente, en virtud del incumplimiento del contrato, es perfectamente válida y sus efectos son oponibles al concurso. Ahora, este Despacho abrió esta providencia indicando que el derecho de insolvencia es un derecho excepcional, que puede en ocasiones implicar la parálisis del derecho común a efectos de proteger al deudor o a sus acreedores. Esa situación es justamente la que podría ocurrir con la compensación legal en algunas hipótesis muy específicas durante el trámite de la insolvencia del deudor¹². El Despacho considera aquí eventos en los que la puesta en marcha de la compensación legal extingue créditos que, según sus contenidos o naturaleza, la ley los califica como postergados.

27. En ese orden de ideas, cuando la compensación de obligaciones que aun teniendo la calidad de gastos de administración, implique la extinción de créditos legalmente postergados, el juez del concurso debe declarar la inoperancia de la compensación legal, por cuanto una de las obligaciones no es exigible en virtud de su postergación ex artículo 69 de la Ley 1116 de 2006.

28. Dicho artículo se inscribe el Título II, que recoge las disposiciones comunes a las dos modalidades de procedimientos de insolvencia. El artículo 69

12 En este sentido, ver por ejemplo la posición de Barrera Tapias: “[l]a jurisprudencia colombiana, a través de la Corte Constitucional ha reafirmado reiteradamente el principio (según el cual la compensación no puede operar en perjuicio de terceros), concretamente al avalar la exequibilidad del artículo 1.8.2.3.26 del Decreto 1730 de 1991 y del numeral 2º del artículo 301 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Financiero) y ha extendido por esta vía, la imposibilidad de operancia de la compensación legal a todos los casos de procesos concursales.

En efecto, si se le permitiera producir su efecto extintivo, ello iría en contra del principio *par conditio creditoris*, según el cual en este tipo de procesos, todos los acreedores de igual clase deben ser tratados uniformemente y resulta evidente que la compensación legal dejaría mal parados a aquellos que no tuvieran a su vez créditos contra la entidad sometida al proceso concursal”. Barrera Tapias, Carlos Darío, “La compensación”, en Estudios de Derecho Privado: Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada Tomo I, Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 104.

comienza diciendo: “[e]stos créditos serán atendidos una vez cancelados los demás créditos” y luego procede a exponer una lista de siete supuestos crediticios que deben ser postergados; el último de ellos indica que la lista no es taxativa, pues la ley puede establecer otras hipótesis de postergación. Así, de los seis supuestos restantes, dos atañen específicamente al proceso de liquidación (numerales 5 y 6), mientras que los otros cuatro pueden encontrarse indistintamente en reorganización o en liquidación (numerales 1, 2, 3 y 4).

29. Si se observan con detenimiento los cuatro tipos de créditos establecidos por los cuatro primeros numerales de la norma, se concluye que algunos de ellos pueden referirse a obligaciones que tienen la calidad de gastos de administración, mientras que otros no permiten esta interpretación. Así por ejemplo, los créditos de los que habla la primera parte del numeral 3, son necesariamente créditos cuya fecha de causación es anterior a la fecha de admisión al proceso de insolvencia. En efecto, cuando la norma dice *“créditos de los acreedores que intenten pagarse por su propia cuenta a costa de bienes o derechos del deudor”*, hace referencia a las obligaciones anteriores a la fecha de admisión al proceso, porque las posteriores son gastos de administración, de manera tal que los acreedores pueden y deben ser pagados. En ese mismo numeral se sanciona con postergación al acreedor que incumpla lo que pactó en el acuerdo de reorganización o en el proceso de liquidación judicial. Pero claro, esa hipótesis tampoco es relevante en el caso que ocupa al Despacho, pues hace referencia a la fase de ejecución del acuerdo de reorganización. También parece pertinente excluir del análisis los créditos establecidos en el numeral 2, pues ellos atañen a los créditos cuya fuente es la prestación de un servicio público. Si una empresa se niega a prestar un servicio público los créditos a su favor por este concepto serán postergados.

30. De lo dicho hasta aquí se concluye que la compensación de gastos de administración podría declararse inoponible al concurso si alguna de las obligaciones pueden encuadrarse dentro de las hipótesis de los numerales 1 o 3 del artículo 69, cuando el deudor se encuentra en trámite de reorganización. Ese resultado es plenamente justificado. En efecto, el primer numeral se refiere a las obligaciones que puedan surgir entre personas que tengan una relación especial, tomando en consideración que el parágrafo 2 describe entre quiénes se considera que existe una relación especial. Es natural que cuando se trata de una persona que tiene un vínculo especial con el deudor,

por ejemplo porque pertenece al mismo grupo empresarial, sus créditos se paguen después de todos los demás a menos que, como lo dice la norma, se trate de situaciones en las que la matriz o la subordinada aportan “*recursos frescos*” al deudor, es decir cuando le entreguen recursos después de la admisión a la reorganización. Ello es explicable, pues si una sociedad especialmente vinculada al deudor le ofrece recursos que le faciliten su reorganización, mal podrían ser postergados los créditos de aquel que ayudó al deudor en el momento en el que estaba en dificultad.

31. Lo mismo sucede con los créditos mencionados en el numeral 4. En efecto, deben ser también postergados los “*valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades*”. Ello también se explica y se encuentra ampliamente justificado puesto que se busca que los acreedores de un deudor en reorganización no terminen accediendo a fondos del deudor (que evidentemente durante la reorganización son muy escasos) a través de figuras de naturaleza punitiva, es decir de penas privadas.

32. Las penas de naturaleza privada en nuestro ordenamiento jurídico reciben un tratamiento muy especial. En este caso en particular se trata de penas privadas pactadas en acuerdos de voluntades o, para simplificar, en contratos. Se trata de mecanismos sancionatorios, que buscan reprimir el comportamiento de la parte que no ha ejecutado sus obligaciones o que las ha ejecutado defectuosamente. Pero, como su nombre lo indica, estas penas escapan a una lógica resarcitoria. Es decir, no se trata solamente de resarcir al acreedor por los daños que sufre como consecuencia de la inejecución o de la ejecución defectuosa o tardía, sino que la pena va más allá y le impone al deudor la obligación de pagar una suma adicional a la que debe por el resarcimiento de los perjuicios causados.

33. Ahora, puesto que esas sanciones buscan castigar al deudor, no parece justificado que ellas sean pagadas antes que las demás obligaciones del concurso, por lo que se justifica que dichas obligaciones se paguen después de que todos los demás acreedores hayan recibido sus pagos. La postergación legal de los créditos supone, como consecuencia material, que el pago de estos no se puede exigir mientras no se satisfagan los demás, luego mal podría operar la compensación de un crédito inexigible.

34. En el caso que ocupa al Despacho, para decidir si la compensación efectuada por Ecopetrol S. A. podía operar, es necesario determinar si la cláusula

penal en cuestión tenía la naturaleza de una sanción. En efecto, si se determina que la cláusula penal consiste en una sanción que podría encuadrarse en la hipótesis del artículo 69, es necesario concluir que la exigibilidad de ese crédito se encuentra suspendida hasta que todos los demás acreedores hayan sido satisfechos. Si la obligación no es exigible, naturalmente la compensación legal no puede operar.

35. En ese sentido, una vez analizado el texto de la cláusula penal pecuniaria de la cláusula vigésima cuarta del Contrato 5206287, se concluye que no es posible desestimar la naturaleza sancionatoria de la cláusula penal. En efecto, indica el texto que *“[e]n caso de incumplimiento definitivo del objeto del Contrato, o de que Ecopetrol declare la terminación anticipada del mismo por acciones u omisiones antijurídicas o apartamientos del Contrato imputables al Contratista, este conviene en pagar a Ecopetrol, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato.*

“Dicha suma se imputará al monto de los perjuicios que sufra Ecopetrol, y su valor se podrá tomar directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere, o de la garantía de cumplimiento constituida. Si esto no fuere posible, la Cláusula Penal Pecuniaria se cobrará por la vía ejecutiva, para lo cual este Contrato prestará el mérito de título ejecutivo. La aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria no excluye la indemnización de perjuicios a cargo del Contratista, si el monto de estos fuere superior, a juicio de Ecopetrol, al valor de la Cláusula Penal Pecuniaria aquí pactada”.

36. Del texto contractual citado se deduce que la cláusula penal no tiene una mera función de liquidación anticipada de perjuicios, es decir, que ella no es una simple cláusula penal resarcitoria, consistente en una avaluación anticipada de perjuicios. Por el contrario, el hecho de que el contratista esté obligado a pagar una suma fija, equivalente al 10% del valor del contrato, independientemente de los perjuicios sufridos por Ecopetrol S. A., fuerza concluir sobre la naturaleza penal de la cláusula en cuestión. Así las cosas, puesto que este Despacho no puede concluir que la cláusula penal es meramente resarcitoria, esta debe ser tenida como punitiva. En ese orden de ideas, se trata de una sanción pactada mediante un acuerdo de voluntades, lo que hace de ella un crédito legalmente postergado y en consecuencia implicaría la inexigibilidad de la obligación y por tanto la inoperancia de la compensación.

37. En conclusión, la motivación que llevó al juez del concurso a tomar la decisión consignada en el Auto 400-014646 no es ajustada a derecho, por cuanto

su autoridad no le permitía cuestionar el hecho generador de la cláusula penal, pues tal cuestionamiento es de competencia del juez del contrato. Sin embargo, este Despacho sí puede pronunciarse sobre la compensación legal efectuada por Ecopetrol S. A., pues el asunto de la compensación, por implicar una ruptura del principio de igualdad de los acreedores sí cae dentro de las competencias del juez del concurso.

Así, una vez analizados los hechos y el derecho aplicable, proveniente del estatuto de insolvencia, la compensación legal efectuada por Ecopetrol S. A. en realidad no ocurrió por haber recaído sobre una obligación que no era exigible, debido a que tenía la calidad de crédito legalmente postergado en virtud del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006. En ese sentido, la orden impartida a Ecopetrol S. A. en el Auto 400-014646 ha de mantenerse.

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

RESUELVE

Desestimar la solicitud de nulidad de lo actuado interpuesta por el apoderado general de Ecopetrol S. A., el 4 de agosto de 2015 con escrito 2015-01-340025.

Auto 400-0140070 de 21 de octubre de 2015

Sujeto del Proceso	Fondo Nacional del Ganado en coordinación con Friogán S. A.
Asunto	Sujeto concursal Grupo de empresas

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La solicitud de declaración de ilegalidad y revocatoria del auto de admisión coordinada al proceso de reorganización del Fondo Nacional del Ganado y Friogan S. A., tiene como fundamento la denominada teoría del antiprocesalismo, según la cual los autos ilegales no atan al juez. En efecto, en opinión del solicitante, este proceso de reorganización tiene como sujeto a una cuenta de naturaleza parafiscal y no a un patrimonio autónomo. En razón de ello, el solicitante considera que *“se desconocen normas de orden público, lo cual...conlleva a la ineludible declaratoria de ilegalidad de la providencia”*. Seguidamente el solicitante expone su posición, dividiéndola en cuatro argumentos:

- (i) que los actos manifiestamente ilegales deben ser declarados como tales y procederse a su revocatoria;
- (ii) que la Superintendencia decretó la apertura de un proceso de reorganización sobre una cuenta parafiscal;
- (iii) que el Fondo Nacional del Ganado no es un patrimonio autónomo que desarrolle actividades empresariales; y
- (iv) que el único patrimonio autónomo que de acuerdo con la ley puede acceder a un proceso de insolvencia es el que se constituye en virtud de una fiducia mercantil.

2. Lo primero que debe aclarar este Despacho es que la así llamada “teoría del antiprocesalismo” no es un instrumento procesal del que dispongan las partes para tramitar por su conducto solicitudes de contenido impugnatorio. En los términos del artículo 18 de la Ley 1116 de 2006 *“[l]a providencia que decreta la iniciación del proceso de reorganización no será susceptible de ningún*

recurso". En el presente caso advierte el Despacho una velada impugnación a su decisión de 4 de agosto de 2015, de manera que la solicitud planteada por el apoderado de Banco Colpatria Multibanca Colpatria S. A. será rechazada por improcedente.

3. Ahora, en vista de las particularidades del presente caso, y especialmente tomando en consideración que se trata de decidir sobre la admisión al proceso de reorganización de un sujeto diferente a los que tradicionalmente han sido admitidos a la insolvencia, este Despacho entrará a analizar en detalle la solicitud presentada.

Con miras a respetar el orden planteado por el solicitante, entra el Despacho a pronunciarse sobre cada uno de sus argumentos, haciendo abstracción naturalmente del primero de ellos, pues es evidente que *"los actos manifiestamente ilegales deben ser declarados como tales y procederse a su declaratoria"*. En efecto, en ningún momento pretende este Despacho emitir o mantener providencias manifiestamente ilegales y es precisamente por eso que se harán las consideraciones siguientes con la finalidad de determinar si el Auto 400-010328 de 4 de agosto de 2015 puede en algo significar una violación a normas de orden público.

4. En ese orden de ideas, el primer argumento que el solicitante trae a colación para atacar la decisión de admisión de reorganización del Fondo Nacional del Ganado es el atinente a la naturaleza jurídica del fondo. En efecto, en opinión del solicitante la providencia proferida por este Despacho *"simplemente indica que se trata de un patrimonio autónomo, pero jamás se observa ejercicio intelectual alguno tendiente a demostrar o argumentar dicha afirmación, se trata de una providencia carente de fundamentación"*. Después de expresar que no existe una definición legal de patrimonio autónomo, y de hacer algunas observaciones frente al tratamiento que ha tenido la figura por la doctrina y la jurisprudencia, el solicitante cita el artículo 3 de la Ley 89 de 1993, para concluir finalmente que *"el Fondo, más que un sujeto que interviene en el tráfico jurídico es una cuenta especial, conformada por los aportes de una contribución parafiscal"*.

5. Este Despacho encuentra imposible adherir a la tesis del solicitante. Aun cuando parece justo reconocer que la noción de patrimonio autónomo no es de fácil discernimiento puesto que no existe una definición legal de la misma, el Despacho considera delicado aceptar que la naturaleza jurídica del Fondo

Nacional del Ganado se acomoda mejor a lo que el solicitante denomina una “cuenta especial” que a la noción indeterminada legalmente de patrimonio autónomo. En efecto, varias razones militan en el sentido de reconocer que aunque la ley no utiliza específicamente las palabras “*patrimonio autónomo*” para referirse al Fondo Nacional del Ganado, esta naturaleza jurídica responde mejor a la estructura del Fondo que aquella de cuenta especial.

6. En primer lugar, el Despacho hace suyo el argumento que expone el apoderado general de Fedegán al momento de descorrer el traslado de la solicitud aquí estudiada. Así, aunque el artículo 3 de la Ley 89 de 1993, por la cual se establece la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y se crea el Fondo Nacional del Ganado, no hable específicamente de patrimonio autónomo, la Ley 101 de 1993, denominada Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, en su artículo 32 sí hace mención expresa a los “patrimonios” que se forman con los recursos provenientes de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras. Utilizando las palabras exactas de dicho artículo: “[l]os recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos especiales en las entidades administradoras, las cuales estarán obligadas a manejarlos en cuentas separadas, de modo que no se confundan con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades”. En ese sentido, los dineros recibidos como consecuencia de los aportes parafiscales forman un patrimonio separado, denominado “Fondo”, administrado por ciertas entidades, en este caso la Federación Colombiana de Ganaderos, y que en todo caso, consiste en un patrimonio separado del de la entidad que lo administra.

7. En segundo lugar, los recursos del Fondo que, se repite, vienen de los aportes parafiscales, tienen una destinación específica. Dicha destinación solo puede materializarse si se asume que el Fondo tiene capacidad comercial. En efecto, y en el caso particular del Fondo Nacional del Ganado, el artículo 4 de la Ley 89 de 1993 determina las actividades a las que se destina preferencialmente el patrimonio: comercialización de carne y leche, apoyo a la exportación de ganado, carne y leche, cofinanciación de la infraestructura física y social, investigación científica y tecnológica y capacitación, etc. No merece la pena transcribir en esta providencia esos objetivos, pero lo que sí quiere recalcar este Despacho es que la consecución de los mismos –que no es de ninguna manera opcional pues como se ha dicho los recursos del Fon-

do están destinados exclusivamente al cumplimiento de estos objetivos¹- implica necesariamente tener capacidad negocial², aunque no necesariamente personalidad jurídica³. En efecto, para que el Fondo pueda comercializar, cofinanciar, capacitar, etc., tiene que poder contratar. El Fondo es sujeto de derechos y obligaciones, de ahí que tenga relaciones laborales, relaciones de crédito, relaciones de garantía y en general todo tipo de relaciones jurídicas⁴. Como bien lo dice el representante de Fedegán al descorrer el traslado, es tan claro que el Fondo es sujeto de derechos y obligaciones, que es deudor, entre otros del Banco Colpatria, cuyo representante está argumentando aquí que no se trata de un patrimonio autónomo sino de una cuenta especial.

8. Como bien se sabe, la aparición de la noción de patrimonio autónomo en el derecho responde a las necesidades evolutivas del tráfico jurídico y comercial. Por ello, la teoría clásica del patrimonio como atributo de la personalidad ha tenido que evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades negociales, lo que explica que existan patrimonio acéfalos, es decir, que no están radicados en cabeza de una persona natural o jurídica⁵. Ahora, a pesar de estas evoluciones, la teoría del patrimonio, aún en nuestros días, conserva una cierta consistencia. Lo mismo no puede decirse de la noción de “cuenta” que propone el solicitante para explicar la naturaleza jurídica del Fondo.

1 Artículo 3º Ley 89 de 1993.

2 Como se sabe, la capacidad jurídica definida desde una perspectiva general se define como la “aptitud para ser titular de derechos, situaciones jurídicas y estados” (Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo I Parte General y personas, 17 ed., 2011, § 171, p. 527.). Ahora, la capacidad jurídica tiene dos vertientes, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es simplemente la capacidad de ser titular de derechos y la capacidad de ejercicio o capacidad de negocial, es decir la capacidad de celebrar negocios jurídicos (ibíd., §172., p. 528).

3 Ahora, es cierto que la frontera entre las nociones de capacidad y de personalidad jurídica es difícil de trazar. Así por ejemplo, Ossorio y Florit & Cabenellas de las Cuevas en su *Diccionario de Derecho* definen la personalidad jurídica como “condición de las personas jurídicas; la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”. Esa definición demuestra la estrecha relación, casi confusión que existe entre las dos nociones. Sin embargo, la personalidad jurídica es una noción más amplia. En ese sentido, Valencia Zea, por ejemplo define la personalidad jurídica como “el conjunto de atributos o cualidades que se predicen de ciertos seres, especialmente de los humanos” (Op. cit. § 125, p. 357).

4 La noción de sujeto de derechos y obligaciones también es difícil de analizar, pues evidentemente presenta un riesgo importante de confundirse con las nociones de capacidad y de personalidad jurídica. En todo caso, a pesar de que los límites entre estos dos conceptos básicos del derecho civil en ocasiones no son fácilmente determinables, lo cierto es que la doctrina admite pacíficamente en nuestros días que es posible ser sujeto de derechos y obligaciones sin tener la calidad de persona (es decir, sin ser persona natural o persona jurídica) y eso es precisamente lo que ocurre con los patrimonios autónomos. Sotomonte Mujica, David Ricardo, “El Patrimonio autónomo como deudor concursal”, *Revista e-mercatoria*, Volumen 8, número 2, 2009, p. 5.

5 Gutiérrez y González, Ernesto, “El Patrimonio”, Porrúa, México, 2004, n.º 35 y s., p. 53 y s.

9. En efecto, si se observa la definición que corresponde a la noción de cuenta, se puede concluir que dicha definición es insuficiente para explicar que el Fondo sea sujeto de derechos y obligaciones según lo que se ha venido exponiendo. En efecto, el vocablo “cuenta” según el Diccionario de Derecho significa *“cálculo u operación matemática. Pliego o papel en que está escrita alguna razón compuesta de varias partidas, que al fin se suman o restan”*⁶. Según otra definición propuesta por el Vocabulario jurídico de la Asociación Henri Capitant, cuenta es *“una exposición, en cifras, de una situación, de una operación o de una serie de operaciones; más especialmente, en materia comercial y financiera, estado de operaciones efectuadas entre dos personas, que comporta la inscripción de cada operación, bajo la forma de un artículo en el puesto de una de las dos columnas de cuenta denominadas débito o crédito y que se liquidan por un balance final de las dos columnas que hace aparecer un saldo; por extensión, el documento sobre el que se inscriben las operaciones o más generalmente el soporte material que sirve a su inscripción”*.

Estas definiciones le permiten a este Despacho concluir que la noción de cuenta, a la que el solicitante adiciona el calificativo de “especial”, no permite en realidad explicar que el Fondo sea un sujeto de derechos y obligaciones. La noción de cuenta especial no agota la complejidad de la existencia jurídica del Fondo Nacional del Ganado, así como de las relaciones jurídicas entre este y sus acreedores y deudores.

10. Pero además, el solicitante centra la discusión en un punto que no es verdaderamente relevante en materia de insolvencia. En efecto, la necesidad de determinar la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado no es tan apremiante como la de saber si dicho Fondo tiene vocación o no de ser sujeto concursal, según el régimen de insolvencia colombiano. En efecto, no se trata del mismo interrogante. Puesto que es esta segunda pregunta la que verdaderamente interesa a este Despacho, es allí donde han de concentrarse los esfuerzos analíticos. Evidentemente el punto de partida para despejar el interrogante sobre la vocación del Fondo Nacional del Ganado para ser sujeto concursal es el artículo 2 de la Ley 1116 de 2006 que establece el ámbito de aplicación del estatuto de insolvencia. Según esta disposición, pueden ser sujetos concursales las personas naturales comerciantes y las personas

6 Ossorio y Florit, Manuel, Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Diccionario de Derecho”, Tomo I, ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2010.

jurídicas no excluidas, las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

11. Si bien es cierto la norma del artículo 2 es bastante clara en cuanto a las cuatro categorías de personas que pueden ser sujetos concursales, es pertinente llevar a cabo una interpretación tomando en consideración también la norma especial contenida en el Decreto 1749 de 2011 que tiene por objeto reglamentar el régimen de insolvencia de los grupos de empresas. Así, la definición de Grupo de Empresa amplía sin duda alguna el espectro de los sujetos concursales al disponer el artículo 2 que corresponde al *“conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos o entes de cualquier otra naturaleza que intervengan en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí”*.

12. Así, aunque se desestimara la calidad de patrimonio autónomo del Fondo Nacional del Ganado, con lo que no está de acuerdo este Despacho, nada se opondría a que este sea tenido como sujeto concursal, en virtud de la extensión que de este concepto hace el artículo 2 del Decreto 1749 de 2011. Dicho artículo hace referencia a la categoría indeterminada de *“ente”* de manera tal que le deja al juez del concurso una gran libertad para traer al concurso a cualquier sujeto siempre que cumpla con los demás requisitos de los que habla el artículo.

13. Entonces, independientemente de que se reconozca o no al Fondo Nacional del Ganado como patrimonio autónomo, lo cierto es que este puede ser sujeto concursal gracias a la cláusula abierta que utilizó el legislador reglamentario a la hora de regular el acceso a la insolvencia de los grupos empresariales y en particular a la hora de definir la noción de Grupo de Empresas. Patrimonio autónomo o ente, de cualquier manera el Fondo Nacional del Ganado tiene vocación a ser un sujeto concursal siempre que se determine que el mismo desarrolla una actividad económica. Ese requisito lleva al Despacho a ocuparse del siguiente argumento esgrimido por el solicitante.

14. El solicitante también plantea que el Fondo Nacional del Ganado no es un patrimonio autónomo que desarrolle actividades empresariales. Observa el Despacho que el requisito de desarrollar actividades empresariales no incumbe solamente a los patrimonios autónomos sino también a los *“entes de cualquier otra naturaleza”* de los que habla el artículo 2 del Decreto 1749 de

2011. En efecto ese precepto indica expresamente que la definición cubre los entes que “intervengan en actividades de carácter económico”. En ese orden de ideas, es pertinente analizar si las actividades que realiza el Fondo Nacional del Ganado son actividades económicas o no.

15. Para conducir dicho análisis, el Despacho debe apoyarse tanto en las normas de derecho común, como en las normas del derecho de insolvencia, pues la noción de actividad económica es la misma en los dos regímenes. Así, en lo que respecta al derecho común, la actividad económica se analiza desde la perspectiva de la noción de empresa: “[s]e entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”⁷. Mientras que en lo que respecta al derecho de insolvencia, las actividades empresariales que, llevadas a cabo por un patrimonio autónomo, permiten que este sea sujeto concursal, son “adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios”. Naturalmente, la redacción de la norma en sede de insolvencia fue concebida especialmente para los patrimonios autónomos, y es por ello que la norma habla de adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes o la prestación de servicios. Pero la norma sustancialmente engloba las mismas actividades descritas en el Código de Comercio, es decir la producción, transformación y circulación de bienes y la prestación de servicios y por ello es aplicable tanto a los patrimonios autónomos como a los entes que hagan parte de grupos empresariales.

16. Como puede verse, la ley define de la manera más amplia posible lo que ha de entenderse por actividad económica. De ninguna manera se observa que el legislador haya querido limitar el concepto. Como se ha venido diciendo, las actividades a las que se dedica el Fondo Nacional del Ganado fueron determinadas expresamente en el texto de la ley que lo creó. La simple lectura de esas actividades o de casi todas, permite concluir que se trata de actividades económicas, ¿es posible decir que la comercialización de carne y leche no es una actividad económica, cuando la definición de dicha actividad cubre expresamente la circulación de bienes?; ¿qué decir de la exportación de ganado, carne y leche?, ¿cómo argumentar que la exportación de estos bienes de producción nacional hacia terceros países no es una actividad eco-

7 Artículo 25 Código de Comercio.

nómica?, ¿es posible pensar que la cofinanciación de la inversión en infraestructura no es una actividad económica, o la financiación de programas y proyectos de fomento ganadero?

17. El argumento que sostiene el solicitante en lo atinente a este punto no tiene ningún sustento. En sus palabras, *“para que un patrimonio autónomo sea admitido a un proceso de reorganización se requiere que el mismo esté destinado a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios, lo cual resulta coherente con la finalidad de la ley 1116 de proteger la actividad empresarial. En este caso, se reitera, el Fondo no produce, transforma, circulariza servicios o los presta. Entonces, cabe preguntar, ¿cómo es posible que la providencia hubiera dispuesto su iniciación si su actividad no encuadra en ninguna de las establecidas por la ley y que lo habilita para ser sujeto de insolvencia?”* Es evidente que el solicitante se equivoca al parafrasear la norma en comento, pues hizo abstracción del vocablo bienes, para referirse únicamente a los servicios. Pero de toda evidencia, los servicios no se producen, no se transforman ni se circulan. Los servicios se prestan, mientras que los bienes se producen, se transforman y se circulan. Ese es el sentido de la regla del artículo 1 del Decreto 1038 de 2009 y del artículo 25 del Código de Comercio, que versan sobre los bienes y servicios.

18. El último argumento que esgrime el solicitante para solicitar la revocación del auto de admisión a la reorganización del Fondo Nacional del Ganado, es el de que el único patrimonio autónomo que de acuerdo con la ley puede acceder a un proceso de insolvencia, es el que se constituye en virtud de una fiducia mercantil. El argumento del solicitante puede encontrar soporte en algunas normas tanto de la Ley 1116 de 2006 (artículo 3, párrafo) como del Decreto 1038 de 2009. Ahora, aunque es cierto que muchas de las normas que incorporó el decreto que reglamentó el acceso de los patrimonios autónomos al régimen de insolvencias, son solo aplicables a la fiducia, no parece ajustado deducir que solo esta clase de patrimonio autónomo puede ser sujeto concursal.

19. En efecto, el hecho de que varias normas sean aplicables solo a la fiducia no es suficiente razón para excluir del trámite concursal a los demás patrimonios autónomos. Lo que sucede es que evidentemente la fiducia mercantil es el arquetipo de patrimonio autónomo, de suerte que esa figura contractual inspira de manera importante la construcción de todo el régimen de los patrimonios autónomos en sede de insolvencia.

20. En conclusión, a pesar de los términos restrictivos en los que fue redactado el Decreto 1038 de 2009, este Despacho considera que la Ley 1116 de 2006 no pretendió limitar el acceso de los patrimonios autónomos al proceso concursal a aquellos constituidos a través del contrato de fiducia mercantil, pues en caso contrario, el legislador habría utilizado ese vocablo de manera específica. En ese orden de ideas, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

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

RESUELVE

Rechazar por improcedente la solicitud de declaración de ilegalidad del Auto 400-010328 de 4 de agosto de 2015, solicitada por Banco Colpatría Multibanca Colpatría S. A.

Índice Analítico de Materias

Acción de Responsabilidad Subsidiaria

En contra la matriz o controlante de una sucursal de sociedad extranjera: 62, 117

Acción de Simulación

Alternativas cuando los actos se encuentran por fuera del período de sospecha: 61, 111, 116

Caducidad: 13-17

Clases: 114, 115

Diferencias con la acción rescisoria por lesión enorme: 143, 147-149

Improcedencia para controvertir pagos, cuando se reconoce que ellos se limitaron a ejecutar un contrato celebrado por fuera del período de sospecha: 111

Improcedencia para modificar la calificación y graduación de créditos del concurso: 111

Por cambio en la naturaleza del contrato: 115

Simulación del contrato y simulación de los pagos hechos en ejecución de un contrato: 115

Acciones Revocatorias

Alternativas cuando los actos se encuentran por fuera del período de sospecha: 116

Caducidad: 103

Diferencias con la acción rescisoria por lesión enorme: 143, 147-149

Efectos frente a las partes y frente a terceros: 95-98

Improcedencia de la conciliación: 20, 21

Improcedencia para controvertir excesos en las garantías: 139

Improcedencia para modificar la calificación y graduación de créditos del concurso: 114

Improcedencia para solicitar el enriquecimiento sin causa en una operación de leasing: 170

Improcedencia por ausencia de daño y falta de prueba de la legitimación en la causa: 27

Naturaleza personal: 159-161

No son acciones reales, ni tienen por objeto la persecución ni la reivindicación de la cosa transferida: 159

Administradores

Remuneración: 178

Sanciones: 259, 260

Amparo de Pobreza

Incompatible con la naturaleza del proceso concursal: 217, 219

Anticipo

Concepto: 230, 231

Diferencia con el pago anticipado: 231, 232

Buena Fe

Prueba cuando las partes del acto demandado han tenido negocios en común: 67

Prueba cuando las partes del acto demandado son consorciados: 29

Caducidad

Carácter de orden público: 19

Contabilización del término en las sociedades en liquidación judicial que previamente han pasado por un procedimiento de reorganización: 16

En las acciones revocatorias y de simulación concursales: 15, 16

Improcedencia de la suspensión prevista en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001: 20

Naturaleza jurídica y características: 13-15, 103

Cesión de Créditos

Efecto concursal de la cesión: 283

Incorporación al expediente: 285

Conciliación

Improcedencia en las acciones revocatorias y de simulación concursales: 20, 21

Daño

Acreditación en los contratos onerosos conmutativos: 145, 146

Falta de prueba del pago de precio en la compraventa: 179

Por pagos que se hicieron sin atender al orden de prelación de créditos: 67, 69, 72

Fiducia Mercantil

Terminación de encargos fiduciarios y contratos de fiducia: 233

Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades

Carácter restringido: 98, 99, 111, 139, 140

No es del resorte de la Superintendencia de Sociedades controvertir la relación de proporcionalidad entre las prestaciones de un contrato garantizado y la garantía que lo respalda: 140

Ineficacia

Definición: 211

Clases de acuerdos ineficaces: 211

Juez del Concurso

Celeridad en los procesos judiciales: 37

Dirección del proceso de insolvencia: 37

Suspensión del proceso, razonabilidad y alcance: 38, 39

Legitimación en la causa

Acreeedores legitimados deben ser anteriores al acto demandado: 54

Liquidador

Funciones: 237

Gestión eficiente y efectiva: 241

Honorarios: 241-244

Nulidad

Admisibilidad de la causal: 275

Por falta de motivación de la providencia: 275

Patrimonio

Amenaza en contra del patrimonio del deudor: 41

Principio de Universalidad

Proyección objetiva y subjetiva: 229

Régimen de Insolvencia

Objetivos básicos: 225



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprensa.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**