

## **INTERVENCION JUDICIAL DE**

**MINERALES Y ENERGETICOS INDUSTRIALES – MINERGETICOS S.A.**, NIT 900.099.455-8. **CAPITAL FACTOR S.A.S.**, NIT 900.238.845-4 y otros, todos ellos personas jurídicas y naturales en intervención.

### **DECISION N° 005**

**(11 de JULIO de 2017)**

Acata fallo de la H. Corte Suprema de Justicia emitido dentro de la acción de tutela Rad. **11001-22-03-000-2017-01237-01**, notificado al suscrito el día 4 de julio de 2017

### **EL AGENTE INTERVENTOR**

En ejercicio de las facultades legales, en especial las conferidas por los Decretos 4333 y 4334 de 17 de noviembre de 2008, reglamentado por el Decreto 1910 de 27 de mayo de 2009 y en atención a la designación que hiciera la Superintendencia de Sociedades mediante Auto 400-018360 del 6 de diciembre de 2016, por medio del cual dicha autoridad ordenó la intervención con toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las sociedades y personas naturales identificadas en la presente providencia y,

### **CONSIDERANDO**

1. Que mediante Decisión 001 de 17 de enero de 2017 el suscrito Agente Interventor resolvió sobre la aceptación o rechazo de las solicitudes de devolución de dineros presentadas por las personas naturales y jurídicas relacionadas en los anexos de dicha providencia, tal como lo ordena el artículo 10, literal d) del Decreto 4334 de 2008. Dicha decisión se difundió mediante aviso publicado, según lo dispone el artículo 9, numeral 6 del Decreto 4334 de 2008, en concordancia con el literal d) Artículo 10 del mismo Decreto, indicando que contra la misma procedía el recurso de reposición en los términos consagrados en el artículo 10, literal d) del Decreto 4334 de 2008, el cual debía presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de publicación.
2. Que durante los días 17, 18 y hasta 19 de enero de 2017, inclusive, corrió el término para que los interesados interpusieran el recurso de reposición en contra de la Providencia 001 de 2017, entre los que figura una solicitud de aclaración que fue presentada por la accionante amparada por el fallo de Tutela ASIESCO S.A.S., en los términos del Artículo 285 del Código General del Proceso, la cual fue rechazada, apoyándome para algunos de los argumentos en normas de la Ley 1437 de 2011, que obran en providencia 002 de 31 de enero de 2017.

3. Que contra dicha providencia se interpuso por parte de ASIESCO S.A.S (Accionista de la Intervenida Minergeticos S.A.) y el Sr. Zeller Schroeder (Intervenido) el día 6 de febrero de 2017 recurso de reposición y de Nulidad que fueron rechazados.
4. Que el día 22 de junio de 2017 en fallo dentro de la tutela Rad. No. **11001-22-03-000-2017-01237-01**, la H. Corte Suprema de Justicia amparó el derecho sustancial al debido proceso de la sociedad ASIESCO S.A.S. y ordenó lo siguiente al suscrito Auxiliar de justicia: *que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la decisión, previa recepción del expediente objeto de queja, proceda a resolver la reposición incoada por la aquí petente frente al proveído de 31 de enero de 2017 y la solicitud de nulidad por ella planteada, conforme a lo expresado en este pronunciamiento.*
5. Que durante los días 5, 6 y 7 de julio pasado se corrió traslado del escrito presentado por la sociedad ASIESCO S.A.S en la oficina del Agente Interventor, lo cual se publicitó por medio de la página web de la Superintendencia de Sociedades, sin que se hubiere presentado ningún descorre. Dicha solicitud de Nulidad será atendida mediante la presente providencia.
6. Que en respaldo de la citada solicitud de nulidad, el accionante fundamentó en los siguientes términos:

### **1. Antecedentes**

*1.1.- Que el 31 de enero, mediante auto No. 002, se resolvió sobre los recursos interpuestos por varias personas en contra de la decisión referida en el hecho No. 1; sin embargo, aquella providencia decidió desconocer por completo la solicitud de aclaración interpuesta por el Representante Legal de ASIESCO y por el señor Zeller.*

*1.2.- Que no solamente se dejó de hacer correctamente las aclaraciones solicitadas, sino que además tuvo a bien desdibujar el carácter de SOLICITUD DE ACLARACION que tenía su misiva, y en su lugar, le dio el tratamiento de un recurso de reposición lo que necesariamente, en su opinión configura grave vulneración al debido proceso,...*

### **2.- Sobre el objeto de su petición y en lo relacionado con la vulneración al debido proceso :**

- 2.1. *Que fue Indevida la resolución de la aclaración y que mi proceder cercenó el debido proceso y la igualdad*

2.2. Que al haber Interpretado su solicitud de aclaración como reposición afectó el debido proceso.

2.3. Que en este caso nos encontramos en un proceso judicial

### **RESPALDO NORMATIVO APORTADO POR ASIESCO S.A.S EN SU SOLICITUD DE NULIDAD.**

Como sustento fáctico y preceptivo de la Nulidad el solicitante ASIESCO S.A.S transcribió el Art. 29 de la Constitución Política y el Artículo 3°. de la ley 1437 de 2011, así:

#### **3. ALEGA NULIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGAL.**

3.1. Violación del debido proceso... La penosa circunstancia descrita anteriormente sin duda alguna vulnera gravemente el derecho fundamental al debido proceso ...

3.2. Ante la solicitud de aclaración formulada, lo que hizo fue tener por agotada la oportunidad procesal de mi mandante para recurrir ...

3.3. Recordemos que el Artículo 29 de la Constitución Política establece que **"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.**

(...)

3.4 En consecuencia, por tratarse de procesos sancionatorios, adelantados por autoridades administrativas, tales actuaciones deben igualmente sujetarse, además de los lineamientos previstos por el Código General del Proceso ... a lo previsto en nuestro actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.5 La Ley 1437 de 2011, en su artículo 3° al consagrar los principios que regulan la actuación administrativa, hace énfasis en el respeto al debido proceso, y concretamente en materia sancionatoria, ...

3.6. Que esas nulidades no son otra cosa que el desarrollo no sólo de nuestra constitución en su artículo 29, sino también de los principios establecidos en el artículo 3° del CPACA para todas las autoridades administrativas

Luego, ASIESCO S.A.S procede a transcribir cada uno de los principios consignados en el "Artículo 3°. De la norma administrativa sobre actuaciones y procedimientos administrativos ...

#### **4. ASIESCO S.A.S., Señalo también:**

4.1. Que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido categórica ya desde el año 1996 en precisar que los funcionarios están en la obligación de decretar la nulidad de sus actos cuando se ha violado el debido proceso,

4.2. Que así lo ha reiterado en la sentencia C-248 de 2013, dentro del Procedimiento Administrativo ... y para ello enuncia varias sentencias.

Concluye el peticionario que: **Así pues, las posibles violaciones del debido proceso dan lugar, en la mayoría de los casos, a la nulidad de lo actuado y ante la evidencia que el proceder del agente interventor vulneró en forma fragante (sic) el debido proceso, ... No sólo se trata de evitar la arbitrariedad, sino también de evitar ostensibles daños que deberán ser resarcidos en el futuro no muy lejano.**

Concluye ASIESCO S.A.S que...., de no proceder de conformidad con la normatividad procesal aquí enunciada y explicada, y en consecuencia resolver la presente reposición oportunamente presentada, solicito se decrete la nulidad de las actuaciones que vulneraron el derecho al debido proceso de mis pro hijadas, en los términos ya expuestos en los anteriores acápite.

- **Que con fundamento en lo anteriormente expuesto por ASIESCO S.A.S., se procede a resolver la solicitud de Nulidad en los siguientes términos:**

Señala la solicitante de la nulidad que, al haberse resuelto la aclaración como si fuere un recurso se le irrogó grave perjuicio en el Derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución Política, esto es, al debido proceso de sus representados, **por cuanto ello les imposibilitó ejercer debidamente los recursos previstos por la ley en contra del auto No. 001 del 16 de enero de 2017**

Que al negarme a dar la correspondiente aclaración y al tener por agotada la oportunidad procesal de los mandantes para recurrir la providencia No. 001, les resultaba imposible ejercer sus recursos en debida forma, por cuanto para el señor Zeller y ASIESCO S.A.S. dicho auto no era lo suficientemente claro

Pasa luego la peticionaria de nulidad a transcribir el Artículo 29 de la Constitución Política y cada uno de los principios del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contenciosos administrativo para sustentar el perjuicio a su derecho fundamental consagrado en la constitución.

Valga aclarar que la evaluación que ahora realiza el Auxiliar de Justicia se le impone hacerla bajo los supuestos y requisitos previstos en la normas de intervención y, en particular, en la Ley 1116 de 2006 y en el Código

General del Proceso, basado también en los lineamientos trazados de la H. Corte en el fallo de 22 de junio así como en la jurisprudencia emitida por la Superintendencia de Sociedades como Juez natural.

- **Sobre la oportunidad para ejercer el derecho a la defensa por parte de la recurrente de acuerdo con los argumentos expuestos en la resolución del recurso presentado por ASIESCO S.A.S, Auto 004 del pasado 6 de julio de 2017, en acatamiento a lo ordenado por la H. Corte.**

Conforme a lo señalado en dicha providencia del pasado 6 de julio, se resolvió rechazar de plano la solicitud de aclaración y el correspondiente recurso de reposición, por las razones allí expuestas, entre las cuales tenemos que no resultaba ajustado a derecho, refiriéndome al incumplimiento de los requisitos del Art. 285 del CGP que, por vía de una solicitud que no tiene cualidad de completa y claramente pretendida para tardanza procesal, resultara el Auxiliar de Justicia vislumbrando temática que no es de su competencia sino que le es propia al Juez de Intervención.

Se expuso también allí, con el debido respaldo normativo y jurisprudencial que:

- 1- La petición comportaba atender dilucidaciones sobre la responsabilidad de los intervenidos
- 2- Los intervenidos y accionistas son los legitimados para esgrimir sus argumentos vía objeción (no el Auxiliar de Justicia),
- 3- La calificación de los sujetos pasibles y por ende, su limitación de responsabilidad es una apreciación que le corresponde exclusivamente al Juez,
- 4- La Superintendencia ha resaltado que dicha materia le corresponde por ser un eje sustancial del proceso,
- 5- La esencialidad del trámite ha propiciado que, incluso, la misma Superintendencia haya descartado su gestión a través de incidente procesal por no corresponder a una cuestión simplemente accesoria
- 6- La Limitación de responsabilidad debe ser resuelta por ella en una precisa oportunidad procesal que aún no se aborda.
- 7- La solicitud de la recurrente no reúne los requisitos de procedibilidad especificados en el Código General del Proceso (Art. 285).

- 8- No se establece en ninguno de los apartes del citado art 285 del CGP que la figura de la aclaración pueda constituirse en una opción para modificar o reformar las decisiones, mucho menos entrar a hacer especificaciones sobre temas que no le competen al Agente interventor.

Se concluyó también, de una parte y conforme a la calidad de acreedores que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 aquellos sujetos que reúnen la calidad de acreedores como ASIESCO S.A.S (Accionista de la Intervenida) así como los intervenidos (Sr. Zeller Schoroeder) tienen una clara oportunidad en la etapa de presentación y resolución de objeciones para esgrimir solicitudes como la intentada por ellos vía aclaración, **para ejercer su derecho a la defensa.**

Lo anterior, por cuanto se pretende dejar en claro que estamos en curso del agotamiento de la etapa que tiene relación con la decisión respecto de cada uno de aquellos sujetos que se han presentado ante el Agente Interventor aduciendo su calidad de afectados y presentando sus reclamaciones.

Quedan aún pendientes y a cargo del suscrito auxiliar otras de las funciones respecto de: **1) un plan de pagos** (que, tal como se afirmó, se encuentra en entredicho debido a la carencia total de recursos líquidos) y **2) La presentación de un inventario valorado** de bienes (advirtiéndose que ya fue presentada una relación de activos de los intervenidos y una terna de peritos para su valoración técnica).

No obstante la claridad sobre la autoridad competente para evaluar y definir sobre limitación de responsabilidad prevista en **Auto 400-005967 del 18 de abril de 2016** (y que ASIESCO S.A.S pretende asignarme por vía de una petición de aclaración) la indiscutible etapa procesal para hacer dicho pronunciamiento viene precisarse por el análisis conjunto de las normas de insolvencia e intervención, acudiendo en particular a lo que sobre la presentación y resolución de objeciones se regula en tales preceptivas procesales, descartándose en todo caso que ello fuere durante la etapa de despliegue de funciones del Interventor y que resulta legalmente pertinente se asuma en un momento posterior a la presentación de inventarios valorados.

- **Sobre la legitimidad de los recurrentes para realizar una petición de aclaración y para interponer el recurso de reposición de acuerdo con los argumentos expuestos en la resolución del recurso presentado por ASIESCO S.A.S, Auto 004 del pasado 6 de julio de 2017, en acatamiento a lo ordenado por la H. Corte.**

Se sustentó en dicha providencia 004 las actuaciones desplegadas por el Agente interventor respecto de los sujetos legitimados para actuar durante la precisa etapa relacionada con el ejercicio de mis facultades como tal auxiliar, vale decir, quienes tienen la calidad de reclamantes dentro del proceso de toma de posesión. Las actuaciones a cargo del suscrito Agente de justicia sobre el trámite y decisión de situación de hecho que sobrellevan tales sujetos identificados como reclamantes y se dijo allí también que esa **es una situación que difiere de aquella que soportan otros sujetos ajenos a la calidad de reclamantes, como es el caso particular de los intervenidos (Sr zeller) y de los accionistas que, como ASIESCO S.A.S. que tiene la calidad de acreedor en los términos del Art. 31 de la Ley 1116 de 2006, subrogado por la Ley 1429 de 2010.**

En el caso bajo análisis resultó claro que, a través de petición de aclaración y de los recursos interpuestos por una accionista y otra persona natural que fungió como representante legal de la misma, se intenta separar a la intervenida Minergeticos S.A. de la actividad efectuada, entre otros, por CAPITAL FACTOR S.A. pero también se expuso en forma diáfana que en ese dilucidar no debe hacer intromisión alguna el suscrito Auxiliar de Justicia pues, al inmiscuirme en referencias sobre dicho particular estaría invadiendo contenidos que extralimitarían el ejercicio de mis funciones.

Se recuerda que ASIESCO S.A.S y el Sr. Zeller, que no son reclamantes, enfrentan el dilema de diferenciar ante el Juez de la Intervención y también ante la Fiscalía General de la Nación, los distintos roles que asumieron durante el ejercicio de la cuestionada actividad de captación de dineros, las distintas personas cubiertas por la medida de intervención.

Se concluyó que ASIESCO S.A.S y el Sr Zeller no reúnen la calidad de reclamantes y que no eran, por tanto aun, siquiera, pretensos sujetos de aquellos denominados pasibles de los que alega necesita dilucidar la información exigida en su recurso (clara intención de dilatar provocando, dentro de la función asignada al Auxiliar, a quien no le corresponde, discernir la responsabilidad de la Intervenida Minergeticos S.A.).

Se concluyó también, de acuerdo con lo determinado por la Corte Constitucional en Auto 004 de 2000 y recogido también en el 025 de 2014 que, no todo lo que se pide aclarar y adicionar debe ser atendido pues “se aclara, complementa o adiciona aquello que **se funda estrictamente en el objeto del caso resuelto**, por ello no necesariamente todos los asuntos jurídicos que surjan del caso deben ser analizados, ...”.

Recordemos que los recurrentes procedieron a solicitar por esa vía aclaratoria todo un detalle de discriminación de cifras, valores y datos de orden financiero y contable (nada sobre conceptos y frases como lo refiere el Art. 285 del CGP), de dos personas jurídicas intervenidas (Minergeticos S.A. y Capital Factor S.A. etc.), **temática de limitación de responsabilidad entre esas intervenidas en el pago de obligaciones a las**

**que no se hizo mención en la parte considerativa ni resolutive de la providencia que da origen a la solicitud de aclaración**, por no ser de mi competencia.

Es decir que el Auto 002 de 31 de enero de 2017, no resolvió absolutamente nada sobre la evaluación de créditos, su calificación y graduación, TAMPOCO se dilucidó o se pretendió desentrañar la responsabilidad a cargo de MINERGETICOS S.A. o de CAPITAL FACTOR S.A., tan sólo se decidió, con base en la evaluación probatoria explicada en la resolución del recurso (Decisión 004), sobre las reclamaciones de los afectados, nada de ello pues me correspondía aclarar debido a que ninguna de las temáticas traídas a cuento en la petición de ASIESCO S.A.S Y el Sr. Zeller fueron abordadas en mis decisiones (responsabilidad solidaria).

**Se quiere significar así que, en esta fase procesal que se agota ante el Interventor la calidad de interesado la tienen específicamente quienes son reclamantes y cuyas solicitudes fueron admitidas o rechazadas, lo cual tiene sensatos efectos en la presente resolución de la solicitud de Nulidad, como se expone.**

- **Consideraciones previas a la resolución de la Nulidad.**

- 1) Observamos que la transcrita solicitud de ASIESCO S.A.S., se amparó en la norma constitucional (Art. 29) y en las normas de procedimiento administrativo (ley 1437 de 2011). No debemos pasar por alto tampoco que la H. Corte reitera que, dado el cuestionamiento a lo decidido inicialmente por el suscrito, que en el presente fallo debo *definir lo concerniente a la nulidad planteada, pues, de igual forma, al ser aplicable el Estatuto Procedimental Civil, es a la luz de éste que debo pronunciarme.*
- 2) Desde la argumentación planteada en la decisión 004 de 6 de julio pasado he procurado resaltar que, tantos intervenidos, acreedores y otros interesados, se ajusten al debido proceso sometiendo sus controversias al conocimiento del Juez, instituido para administrar justicia en lo atinente a la adopción o exoneración de la medida de intervención, exclusión de bienes y sobre limitación de responsabilidad, conviniendo con lealtad procesal la utilización de los cauces que la ley indica para cada caso, con observancia de las etapas y formalidades, en este asunto particular, presentando sus pretensiones como objeción al trabajo de inventarios valorados para evitar tropezar contra el debido proceso cuyos lineamientos ya están debidamente trazados por la Superintendencia de Sociedades y abstenerse de acudir al Auxiliar como si fuere éste servidor el juez natural para zanjar esa clase de controversias como se le ha ocurrido a ASIESCO S.A.S., escogiendo una vía procesal (solicitud de

aclaración) que también le ha parecido apropiada para desatar la limitación de responsabilidad de las intervenidas, sin considerar las reglas de competencia y el procedimiento previsto en el Artículo 5° del decreto 4334 de 2008 para debatir la extensión de dicha responsabilidad.

- 3) Conforme a lo consignado sobre la pretensión de acudir por vía de una petición de aclaración (y no de objeción al trabajo de inventario valorado) y ante el Auxiliar de Justicia con el fin de desatar aspectos que no son de su competencia resulta extraña la actitud procesal para luego procurar sacar ventaja o resultado provechoso de una actuación presuntamente ineficaz, alegando una nulidad constitucional. Justamente lo que pretende evitar el Código General del proceso es la maniobra de que el interesado alegue la nulidad solamente si el proceso en su marcha se presenta desfavorable, pues, comportamiento de esta estirpe constituye típico acto desleal y al máximo se debe procurar erradicarlo.

#### **Tratamiento de la nulidad expuesta por ASIESCO S.A.S.-**

- **Restricción en lo procesal civil sobre la causal de nulidad constitucional alegada por el recurrente. Taxatividad legal.**

Debido a que en su escrito de nulidad el recurrente alega la vulneración del derecho de rango constitucional previsto en el artículo 29 de la norma superior y que, a partir de ella realizó transcripción de su aplicabilidad en procedimientos administrativos, en franca incongruencia con lo aclamado en el recurso y en la tutela que dio lugar a su desatamiento, es preciso aclarar que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, el citado Artículo 29 consagra el origen de todas las nulidades procesales y establece el debido proceso que alega la recurrente tener vulnerado, la citada norma superior ha sido rectificadora en su alcance de Nulidad (Constitucional) dentro del sistema procesal civil cuyas exigencias se aplican en el presente fallo.

Conforme a dicha directriz y, tal como sucedía en el Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso destina todo un capítulo (el 2º., del título IV) a regular lo relativo al régimen de nulidades que deriva del canon constitucional; allí se comprenden las normas que señalan las causales puntuales de nulidad en los procesos en general y en algunos en particular, las oportunidades para alegarlas, forma de su declaración, consecuencias y saneamiento.

En efecto, tal como lo señala la recurrente ASIESCO S.A.S. dicha norma constitucional *“contiene una garantía, por cuanto, quienes figuran en juicio tiene derecho a que se cumplan todas las ritualidades del mismo*

*antes de dictarse sentencia, ya que así se logra que no haya discriminación en los medios de que gozan las partes para efectivizar sus derechos sustanciales, ni para sumir sus cargas procesales... ”*

Sin embargo, esa garantía está sujeta a unos condicionamientos en la extensión que sobre ella quiera hacerse en derecho civil pues, aclara la misma H. Corte el denominado principio de ESPECIFICIDAD, así: “Pero dicha disposición constitucional ha tenido que ser desarrollada por la ley, por contener un principio de derecho que por regla general **no puede operar dentro del proceso civil en forma directa, respecto a cuya transgresión no prevé la Carta determinada sanción. Las leyes son las que vienen a establecer concretamente** las formas de los juicios y por tanto las sanciones cuando éstas se vulneran, razón por la cual existe una graduación que va desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad sin consecuencias positivas en virtud de la ejecutoria de determinada providencia...”.(Cfr. Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, pág, 417).” Destaco.

Refiriéndose entonces nuestra H. Corte a que en el sistema procesal civil no resulta dable concebir la existencia de la nulidad constitucional invocada por ASIESCO S.A.S. (como si sucede en materia penal)...

Continua diciendo la H. Corte que :

***”Entonces no es cierto que dentro de nuestro sistema sea posible invocar la nulidad constitucional, ya que en últimas, si fuera de las causales taxativas de la ley, existiera la genérica aludida, se llegaría a que todo incumplimiento de normas procesales conduciría a la anulación, que precisamente no es la orientación legal que nos rige”*** (sentencia de 27 de agosto de 1959)

Por lo anterior, se ha venido afirmando por la doctrina, destacando la relevancia y vigencia de la citada jurisprudencia que, se pone así de presente que no todo incumplimiento de normas procesales conduce a la nulidad o anulación del acto producido con inobservancia total o parcial de aquéllas.

De la regulación ahora comprendida en el Código General del Proceso se concluye así que, todos los casos de anulabilidad procesal están contenidos en el Artículo 133 de dicho Código. **A ninguno de ellos se hizo referencia ni fue sustentado en el recurso de ASIESCO S.A.S. tampoco se refirió a los que en norma especial se mencionan en el mismo CGP** (Arts 36, 38, 40 107,121, 134 y 323).

Por fuera de dichas causales taxativas no se puede entablar nulidad alguna sino que se trata sólo de irregularidades que se pueden subsanar como en efecto ocurrió al desatarse el recurso de reposición.

*De acuerdo con la doctrina<sup>1</sup> “no podemos pensar, como ocurre en materia penal, que la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales conforma una nulidad, quizás por aquel principio contenido en el Artículo 11 del Código General del Proceso de primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo, puesto que volveríamos al antiprocesalismo según el cual está al arbitrio del Juez determinar en cada caso si el vicio engendra una nulidad, sin parar mientes que esa labor interpretativa la realizó previamente el legislador diciendo que episodios generan una nulidad procesal que pueda desquiciar el proceso, para decir que lo demás son simples irregularidades que se remedian con el empleo de los recursos que el mismo código instrumental establece, para evitar que simples pequeñeces puedan derrumbar un proceso, atentando de esta manera con el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos fundamentales de que se habla en el artículo 11 que nos ocupa.”*

Por su parte, el profesor de derecho probatorio Daniel Suarez Hernández al referirse al principio de especificidad en comentarios al Decreto 2282 de 1989 que reformó el CPC, publicados por el Instituto de Derecho procesal reseñó que *“En nuestro régimen de nulidades este principio es básico y significa que no hay defecto capaz de estructurar nulidad alguna sin ley que expresamente la establezca, en lo cual se sigue al Derecho Francés. Es un principio que ... “En vez de establecer reglas genéricas, lo cual supone una ulterior valoración de los casos particulares para determinar si cabe o no esa extrema consecuencia, el legislador expresa que en ausencia de tales o cuales requisitos un acto es nulo”. Y, agrega “que se trata de averiguar si la situación de la vida está contemplada por el Código como un caso de nulidad”.*

*Concluye que “Muchas críticas se le han formulado a este principio por los teóricos, pero no puede dejarse de lado que tiene su aspecto beneficioso, toda vez que impide las sorpresas y conductas desleales, pues, por tratarse de reglas estrictas no es posible, conforme a conocido principio de hermenéutica, extender las causales previstas en la normatividad positiva a informalidades diferentes.”*

- **Los reclamantes o afectados no alegaron ningún vicio en la fase procesal en la que el auxiliar de Justicia despliega su función jurisdiccional.**

---

<sup>1</sup> Las Nulidades en el Código General del Proceso (Fernando Canosa T). Pag. 7

De conformidad con el artículo 136 del CGP : *La nulidad se considerará saneada cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla, cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada y también, cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.*

En el párrafo único de dicha norma se advierten las nulidades que pueden ser declaradas de oficio por ser INSANEABLES: 1) *Proceder contra providencia ejecutoriada del superior,* 2) *revivir un proceso legalmente concluido* o 3) *pretermittir íntegramente la respectiva instancia, las cuales no se observan ni han sido alegadas por el peticionario ASIESCO S.A.S.*

Tales irregularidades graves no se advierten en el presente caso.

En apartes de esta providencia se hizo referencia a la legitimidad de ASIESCO S.A.S y del Sr. Zeller para admitir su interés particular en la fase procesal que está a cargo del suscrito auxiliar de justicia pues, se sustentó en dicha providencia 004 que las actuaciones desplegadas por el Agente interventor son exclusivamente respecto de los sujetos habilitados para actuar durante la precisa etapa relacionada con el ejercicio de mis facultades como Interventor, vale decir, por quienes tienen la calidad de reclamantes dentro del proceso de toma de posesión.

Las actuaciones a cargo del suscrito auxiliar de justicia sobre el trámite y decisión de situación de hecho que sobrellevan los sujetos identificados como reclamantes que son los que tienen interés particular de actuar en ese preciso tramo del proceso ante el Agente Interventor por tener la calidad de afectados,

Toda situación **que difiere de aquella que soportan otros sujetos ajenos a la calidad de reclamantes, como es el caso particular de los intervenidos y de los accionistas que no alcanzan a precisar un interés particular de litigio ante el Interventor, debido a la índole de sus pretensiones, médula del proceso.**

Antes de destacar a las nulidades procesales más como remedio que como sanción, institución preventiva y no sancionatoria, sobre el principio de saneamiento o convalidación, ha dicho la H. Corte en sentencia de marzo 11 de 1991, lo siguiente: *“Teniendo en mira que la lesión o perjuicio apunta en ocasiones más al interés particular del litigante y con el inocultable propósito de aligerar los procedimientos, la ley, con evidente sentido práctico ha permitido y regulado el instituto de saneamiento de las nulidades... Es apenas obvio que sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido y de una u otra manera lo revelará con su actitud; mas hacerse patente que si su interés está dado en aducir la nulidad, es de suponer que lo hará tan pronto como la conozca, como que hacerlo después significa que, a la sazón, el acto procesal, si viene*

*viciado, no le representó agravio alguno; amén de que reservarse esa arma para esgrimirla sólo en caso de necesidad y según lo aconseje el vaviven de las circunstancias, es abiertamente desleal...De suerte que subestimar la primera ocasión que se ofrece para discutir la nulidad conlleva el sello de la refrendación o convalidación ...”*

Por su parte, el Tribunal superior de Armenia en Auto de 15 de marzo de 1988 también se ha referido al interés sobre el derecho privado en litigio, manifestando que “en el orden civil, en el cual tiene prevalencia preponderante el derecho privado en litigio para que se decrete en principio una nulidad, requiere petición de parte ... Por ello, si el interesado actuó de conformidad con el acto viciado, esto es, lo acató ... hemos de entender que no se ha dado dicho fenómeno y por ello, mal se puede, posteriormente, intentar proponerse la nulidad ”

Considero entonces que, al no tener la calidad de reclamantes ninguno de los prohijados por la recurrente ellos no están legitimados para interponer la solicitud de nulidad pues, sencillamente, no son titulares de los derechos que se deben pretender ante el Agente Interventor, quien debe encararlos admitiendo o rechazando su reclamación.

Al no presentarse ningún cuestionamiento por parte de tales sujetos legitimados alegando defectos en la sustanciación de la fase procesal a cargo del suscrito Agente Interventor, resulta convalidándose el ejercicio de mi función jurisdiccional.

- **Al desatarse el recurso de reposición también se subsana la eventual irregularidad. No se ha ocasionado además perjuicio alguno a la solicitante ASIESCO S.A.S.**

Ahora bien, si se tuviere que tales sujetos que aquí solicitan reconocer el vicio o afectación en que incurrió el suscrito auxiliar de justicia si están legitimados por ser titulares de derechos atendibles en esta fase a mi cargo, debo destacar que, si bien lo resuelto en Auto 002 de 31 de enero de 2017 resultó en el rechazo de la solicitud de aquella petición de aclaración incoada por ASIESCO S. A.S y atendida como recurso de reposición, a pesar del vicio, si fue una decisión, a pesar de su errado fundamento.

Tal exigencia originada por una irregularidad en la que intervine, se corrigió vía recurso de reposición y acción de Tutela y ahora ha quedado subsanada por el suscrito auxiliar de justicia al desatar, si bien hasta que se produce el fallo de la H. Corte, el recurso de reposición interpuesto mediante la expedición de una decisión especial (004 de 6 de julio de 2017).

Con lo anterior quiero significar, con fundamento en el principio de TRASCENDENCIA (Art 136, CGP) que, a pesar de la posible irregularidad en

que se pudo haber incurrido, el acto procesal (Auto 002 de enero 31 de 2017) si cumplió con la finalidad de resolver la petición de ASIESCO S.A.S Y el Sr Zeller, decisión de rechazo con fundamento en la aplicación de las normas de Insolvencia y de lo procesal civil.

Téngase en cuenta además que no se ha irrogado ningún perjuicio a ASIESCO S.A.S ni al Sr. Zeller al rechazarlo cuando fue considerada su petición de aclaración como un recurso de reposición pues, básicamente, por vía de los fundamentos jurídicos invocados inicialmente (Ley 1437 de 2011) y los exhortados posteriormente al resolver acatando el fallo de Tutela )con fundamento en la ley de Insolvencia y en el CGP), se alcanza por la nueva vía procesal la misma conclusión.

Se aclaró además la precisa oportunidad procesal, que aún no se afronta, en la que serán atendida sus pretensiones sobre dilucidación de responsabilidad de la sociedad en la que participa como accionista.

En Sentencia de seis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente N° 5299 manifestó la H. Corte que: *"...El código, siguiendo la orientación trazada por sus redactores en el sentido de restringir en lo posible los motivos de nulidad... no sólo consignó reglas acerca de la oportunidad y legitimación para alegarlos sino que estableció, además, todo un sistema de saneamiento tácito; de tal suerte, que las nulidades procesales no se pueden alegar por cualquier persona ni en el momento que le provoque. Por lo que toca a la legitimación para alegar un motivo de nulidad, si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos.*

De acuerdo con lo anterior, la viabilidad de la nulidad está supeditada al interés jurídico del recurrente y no abarca por tanto el principio de la protección a aquellos sujetos que su derecho no le ha sido conculcado por el hecho que, todavía no se llega a la oportunidad procesal en que su interés de derecho privado en litigio sea oportunamente asumido por el juez de conocimiento, para abordar la exclusión de la medida respecto de sujetos intervenidos, bienes embargados o elucidación de la solidaridad en la obligación de restitución de dineros a los reclamantes.

*Por lo tanto, no se puede alegar por los intervenidos o acreedores (Como lo son los accionistas) que les haya conculcado, con mi errado proceder, de resolver una petición como un recurso, derecho sustancial alguno provocando la ocurrencia de un determinado vicio o defecto en la atención de una petición de aclaración para la que no estaban legitimados incoar durante una fase procesal a cargo del Auxiliar de Justicia.*

Aduce la doctrina que “..... **Es abundante la jurisprudencia que la nulidad sólo puede ser argumentada por las personas que han debido ser llamadas al proceso por estar exclusivamente establecida para la parte que tenga interés en su declaración...**” (Las Nulidades En el Código general del proceso. Fernando canosa Torrado. Pag. 28)

- **Aun no se puede discutir sobre la afectación, por parte del Auxiliar de Justicia, de derechos cuyos titulares son quienes actúan ante el Juez de Intervención durante la presentación y resolución de objeciones al trabajo de inventario valorado**

Con fundamento en las jurisprudencias emitidas por la Superintendencia de Sociedades que a su vez surgen de la interpretación sistemática de las normas de intervención, de insolvencia y del Código General del Proceso se determinaron las materias a cargo de la Superintendencia, así como la etapa procesal en la que los intervenidos (Sr. Zeller) y accionistas (ASIESCO S.A.S) pueden elevar las pretensiones de su interés en relación con la exclusión y con la limitación de responsabilidad.

En efecto, se procuró en Auto 004 de julio pasado ser generosamente explicativo sobre lo anunciado por el Juez de Intervención, en especial que, en Auto 400-010255 de junio de 2017 determinó además la Superintendencia que “... el proceso de intervención bajo la modalidad de toma de posesión, dispone una serie de gestiones para establecer las realidades patrimoniales de los intervenidos y para que los interesados controviertan las decisiones que se adopten. En lo relacionado, específicamente, con la conformación de los patrimonios de los intervenidos, con cargo a los cuales se pagarán las reclamaciones, la gestión se materializa en los inventarios valorados que debe presentar el interventor, según lo previsto en los artículos 4 del Decreto 1910 de 2009, y 48 de la Ley 1116 de 2006”

El artículo 4º del Decreto 1910 de 2009 determina que “Para la presentación y aprobación del inventario valorado de los bienes distintos a sumas de dinero, en los procesos de toma de posesión para devolver, se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto para el proceso de liquidación judicial de la Ley 1116 de 2006 y sus disposiciones reglamentarias, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 4334 de 2008.”, vale decir, lo señalado por el artículo 29 de la ley de insolvencia

Así es que, en caso de no presentarse objeciones al inventario, el juez de la intervención deberá resolver por escrito y, en caso de haberlas, se correrá traslado de ellas por tres (3) días, transcurridos los cuales el Interventor intentará conciliarlas durante los diez (10) días siguientes, y de no lograrse la conciliación de alguna de las objeciones, se citará a Audiencia de resolución de objeciones para decidir de fondo, en la forma prevista por el artículo 30 de la Ley 1116 de 2006.

Debido a que las solicitudes de exclusión de personas o de bienes es considerado por la Superintendencia con incidencia directa en la conformación del activo de la intervención con fines devolutivos, dicha autoridad ha determinado que la limitación de responsabilidad debe presentarse y tramitarse como objeción al trabajo de inventarios y avalúos en la oportunidad procesal a que hace referencia el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, así lo ha aclarado también para beneficio de los intervenidos el Consejo de estado en sentencia de 2009 y lo ha ratificado la Superintendencia en Auto 400-010255 de junio de 2017.

La etapa de presentación y de resolución de objeciones es en la que se precisan aquellos intervenidos que deben devolver a los afectados la totalidad del dinero captado con cargo a sus patrimonios. Es pues en esta fase que se determina con certeza quiénes son los responsables frente a las reclamaciones de los afectados, y cuáles son los bienes que integran sus patrimonios (Art. 2488 del Código Civil, prenda general que tienen los afectados para el retorno de sus dineros: por su parte el Par. 2º, artículo 7º del Decreto 4334 de 2008 reitera el destino de determinada porción de bienes que privilegian el derecho de retorno para los afectados o reclamantes, por encima de otros acreedores, como son los accionistas de la intervenida: “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”).

A dicha conclusión se llega en sentencia del Consejo de Estado con el fin de garantizar el debido proceso que no reconocía en el texto original del artículo 4º del decreto 1910 de 2009 pues, inicialmente excluía la celebración de dicha audiencia, con lo cual, la máxima autoridad de lo contencioso estableció que debe ser en dicho escenario que se “realiza el derecho de defensa y a ser oído, en favor de los afectados –para bien o para mal-, con el proceso de intervención regulado en el Decreto 4334. De no ser así, **¿cuándo podrían lo acreedores (Nuestra legislación de insolvencia admite como acreedor al accionista) o los intervenidos cuestionar el inventario y su valoración?**”, (Sentencia de Sala Plena de 9 de diciembre de 2009, Rad. 2009-00732)

Finalmente se concluye que no resulta factible discutir una supuesta desprotección de los derechos de ASIESCO S.A. y el Sr Zeller, su agravio o quebranto, sin haber arribado a la etapa procesal en que se presenta el escenario legalmente propicio para sustentar y discutir sus pretensiones.

- **Análisis de Principio de Eventualidad en el presente proceso.**

Lo expuesto en párrafos precedentes está estrechamente asociado al denominado principio de eventualidad al enseñar que, *continuando el proceso en el orden señalado por la ley, se logra su estabilidad jurídica, tal*

*solidez se logra con el ejercicio de los derechos de las partes y con el cumplimiento de las obligaciones del juez, en el momento oportuno, y no cuando arbitrariamente se quieran realizar, de ahí la trascendente misión que cumple su inexorable observancia dentro de los procesos.*

Los principios orientadores del derecho procesal, como el de eventualidad, entre otros, ..., *impone a las partes ejercer sus derechos procesales en las oportunidades expresamente previstas en la ley, ....*

La razón subyace en la mecánica, desde luego, reglada, de ordenación y desarrollo del proceso, en sucesivas etapas lógicas y coherentes, .... Sugiere ello, preceptos claros, establecidos de antemano, a cuyo tenor han de regirse el juez y los sujetos procesales. Es el reflejo connatural del derecho fundamental a un debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política).

Articular el proceso y el procedimiento, lo hace actual y actuante. En su dinámica, los jueces se encuentran compelidos a adecuar su comportamiento a los dictados de la ley, pues como se tiene definido el principio de legalidad, "(...) *no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley (...)*"<sup>2</sup>.

### **Conclusión.-**

Así pues, en un proceso que, como el de Intervención, se adelanta por etapas, es en cada una de ellas en que ciertos sujetos están habilitados o legitimados para realizar determinados actos y otros no.

Por lo anterior debe tenerse en cuenta que ninguno de los reclamantes que actuaron ante el interventor pusieron de presente nulidad alguna por sentirse afectados por actuación viciada de parte del Agente Interventor, ellos como sujetos que en virtud de tal principio de eventualidad eran los que pudieron alegar ser los agraviados con mis actos y sustentar la existencia de un yerro procesal, reclamando el correctivo legal que no lo han blandido hasta el día de hoy.

De contera, el eventual interés que de conformidad inciso primero del Art. 135 del CGP le podía asistir a ASIESCO S.A.S para proponer la nulidad en la fase procesal que se adelanta por los reclamantes ante el suscrito Auxiliar quedó descartada al desatarse el recurso de reposición, en esencia, porque lo solicitado vía aclaración no está prescrito en la ley como a cargo del agente interventor.

Reconocida la falencia de mi parte debo también anotar que ello no va más allá de una irregularidad que ya se subsanó y que no alcanza a

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 5 de julio de 2001.

constituir nulidad. No ha habido agravio para ASIESCO S.A.S ni para el Sr. Zeller.

Tampoco han impetrado los reclamantes actuaciones derivadas de su interés ante el suscrito Auxiliar de Justicia generando así los efectos previstos en el Artículo 136 del CGP (saneamiento).

De lo prescrito por el Artículo 134 del CGP se colige que en el escrito en el que se proponga la nulidad, tiene el peticionario el deber de expresar la específica causal invocada, los hechos en que se fundamenta y, ... demostrar la legitimidad para proponerla, so pena de rechazo como lo estipula el Artículo 135 del CGP, según el cual, *La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.... El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.*

Teniendo en cuenta la ausencia de requisitos relativo a la no especificación de la causal de nulidad contemplada dentro de las especiales del Artículo 133 del CGP en que pudo incurrir el suscrito al haber resuelto una petición como un recurso y no demostrar el agravio u ofensa que tal actuación le produjo a sus representados bajo el principio de taxatividad de las causales que comprenden dichas ofensas, lo que bastaría para su rechazo, también debe citarse la falta de legitimidad por parte de quienes así actúan ante el Agente Interventor solicitando nulidad, los que se considera no estar amparados bajo el principio de protección durante la fase procesal a cargo del suscrito Auxiliar, con lo cual, se procederá al rechazo de la misma, con fundamento en el Artículo 135 del CGP.

En Auto del 11 de mayo de 2007, así lo ha dispuesto el Tribunal de Bogotá al advertir los efectos de la no enunciación y sustento de causal legalmente estipulada, manifestando que, *"en el tema de la proposición de nulidades, debe recordarse que frente a petición de esa estirpe el Juez de conocimiento puede, entre otras conductas, ...rechazarlo de plano cuando: a) no esté expresamente autorizado por el Código...d) se fundamente en causales distintas de las consagradas en la ley..."*

Por virtud de lo cual,

## **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR**, con fundamento en el artículo 135 del Código General del Proceso, la solicitud de nulidad presentada por

ASIESCO S.A.S y el Sr Richard Zeller Schoroeder contra la decisión 002 proferida el día de 31 de enero 2017 por el suscrito Agente Interventor.

**Contra la presente providencia no procede ningún recurso.**

Dada en Bogotá D.C., a los 11 (once) días del mes de julio de 2017.

**NELSON AUGUSTO ROZO SALAZAR**

**Agente Interventor**

C.C. 79'599.545

Bogotá D.C., 11 de julio de 2017

**Señores**

H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**ATTE: Sr Magistrado Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

E. S. D.

**ASUNTO:** FALLO DE TUTELA del 22 de Junio de 2017

**ACCION TUTELA** No. 110012203000201701237

**ACCIONADO:** NELSON AUGUSTO ROZO SALAZAR. N calidad de  
Agente Interventor de Minergéticos S.A.

**Respetado señor Magistrado:**

En orden a acreditar el acatamiento del fallo en referencia, adjunto la providencia emitida por el suscrito auxiliar de justicia en esta fecha y en relación con la resolución de una solicitud de Nulidad alegada por ASIESCO S.A.S (Accionante).

Quedo atento señor Magistrado a la evaluación de su Despacho sobre mi proceder en el trámite de su decisión dentro de la presente Tutela.

Atentamente,

**NELSON AUGUSTO ROZO SALAZAR**

Agente Interventor

MINERGETICOS S.A. y otros

C.C. 79'599.545

Anexo copia de la providencia.