

Sentencias Corte Suprema de Justicia

CLASE	Sentencia
TEMA 1	Proceso de insolvencia – Garantías Mobiliarias
TEMA 2	Acción de Tutela – Segunda Instancia
ENTIDAD DE ORIGEN	Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria
FECHA	14 de Diciembre de 2016
NUMERO /NOMBRE	Radicación N° T 1100122030002016-02318-01
MAGISTRADO PONENTE	Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
DEMANDANTE	Terranum Corporativo S.A.S.
DEMANDADO	Superintendencia de Sociedades
ENLACE	http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

STC18271-2016

Radicación n° 11001-22-03-000-2016-02318-01

(Aprobado en sesión de catorce de diciembre de dos mil dieciséis)

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte la impugnación formulada frente al fallo proferido el 2 de noviembre de 2016 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la acción de tutela promovida por la Terranum Corporativo S.A.S. contra la Superintendencia de Sociedades -Delegatura para

Procedimientos de Insolvencia-, a cuyo trámite fueron vinculadas las partes e intervinientes en el asunto objeto de la queja constitucional.

ANTECEDENTES

1. La sociedad accionante, a través de apoderado judicial, reclama la protección constitucional de sus derechos al debido proceso, a la «*propiedad*», a la «*buena fe*» y a la «*confianza legítima*», que aduce conculcados por la autoridad acusada.

En consecuencia, pide dejar sin efectos las decisiones proferidas en su contra en la audiencia llevada a cabo el 22 de agosto de 2016 y se ordene «*acceder a las objeciones [por ella] formuladas... en contra de los proyectos de graduación y calificación de créditos y determinación de derechos de voto dentro del proceso de liquidación judicial de **EKKO PROMOTORA S.A.S.***» (folios 7 a 47, cuaderno 1).

2. De lo que reposa al interior del expediente y del confuso escrito presentado, se extrae que su queja se sustenta, en síntesis, en lo siguiente:

2.1. Ekko promotora S.A.S. solicitó apertura de liquidación judicial ante la Superintendencia de Sociedades -Delegatura para Procedimientos de Insolvencia-, la que fue decretada el 3 de septiembre de 2015.

2.2. La sociedad actora, dentro del término presentó los créditos a su favor por valor total de \$10.702.797.496.00, para que los mismos fueran reconocidos en segunda clase, conforme a los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013, «*Ley de Garantías Mobiliarias*».

2.3. Señaló la quejosa que sus acreencias estaban garantizadas de acuerdo al artículo 3° *idem* y lo pactado en la cláusula séptima del contrato de obra firmado con Ekko Promotora S.A.S.; agregó que en el tiempo de vigencia del referido contrato retuvo «*en garantía*» el porcentaje correspondiente de pago por entrega de obra cancelado a la concursada, encontrando que tal retención en garantía de cumplimiento de las obligaciones a su favor ascendió a \$2.325.880.370.00¹.

2.4. La entidad accionante, dentro del proceso concursal, pidió que sus acreencias fueran reconocidas en segunda clase, junto con los intereses causados desde el 30 de enero de 2015

¹ Garantía inserta desde el 26 de agosto de 2015 en el Registro de Garantías Mobiliarias, administrado por Confecámaras, es decir, «*con posterioridad a la terminación del contrato por incumplimiento de Ekko Promotora S.A.S., y antes de la apertura del trámite de liquidación judicial de ésta última*».

hasta la fecha de apertura de la liquidación; además que se excluyera de la masa de liquidación los bienes dados a la actora como retención en garantía, registrados debidamente; y que se le adjudicaran directamente los \$2.325.880.370.00 que constituían la prenombrada garantía.

2.5. El 29 de febrero de 2016 la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre la solicitud de exclusión de bienes formulada por la sociedad gestora, requiriéndola para que *«previamente a que el Juez del Concurso decida lo que corresponda respecto [a dicha] petición..., ponga a disposición de e[se] despacho las sumas de dinero que encuentre en su poder, producto de las retenciones contractuales realizadas a la concursada»*; decisión sostenida al resolver la reposición propuesta, al igual que la denegación de la nulidad invocada por la quejosa aduciendo falta de competencia funcional.

2.6. El 20 de mayo de 2016 la autoridad accionada *«corrió traslado de los proyectos de graduación y calificación de créditos, determinación de derechos de voto e inventario valorado presentados por el Liquidador de Ekko Promotora S.A.S.»*, los que fueron objetados por Terranum Corporativo S.A.S., pues con ellos se le reconoció la suma de \$2.745.890.110 en quinta clase, se calificó como crédito postergado la suma de \$7.956.386.00 y, en consecuencia, se rechazó la solicitud de tener tales acreencias como créditos de segunda clase, *«por no corresponder a GARANTÍAS*

MOBILIARIAS, [en la medida en que] se pactaron retenciones en garantía sobre saldos de la liquidación del contrato (sic).

2.7. Con escrito radicado con el número 2016-01-426170, la gestora informó a la Superintendencia de Sociedades *«del pago de sumas de dinero adeudadas a la concursada, las cuales nunca facturó y que ascienden al valor de \$825.107.530.00».*

2.8. El 22 de agosto de 2016 se llevó a cabo audiencia de resolución de objeciones, negando los pedimentos de la actora, al considerar que *«todos los bienes del deudor deben ingresar al concurso a pesar de los derechos de los acreedores garantizados, y que... el acreedor no podía pretender pagarse por su propia mano con los bienes en garantía»*; agregó que la entidad accionada *«al tratar la graduación del crédito... hizo lectura del artículo 4° numeral 4° de la Ley 1676 de 2013, que excluye del régimen de garantías mobiliarias el... **“Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor”**... dio lectura a la cláusula contractual la cual expresamente señala que [la gestora] retendrá un porcentaje determinado de cada anticipo **entregado** al contratista, con lo cual señaló que era claro que se trataba de un depósito efectuado por el mismo acreedor garantizado. Igualmente... manifestó que el registro de la garantía resultaba extemporáneo, pues no se practicó dentro del término establecido en el artículo 85 de la Ley 1676 de 2013»*; decisión mantenida al desatarse la reposición planteada.

2.9. En conclusión, se queja la actora que la Superintendencia de Sociedades vulneró sus prerrogativas, pues le negó *«los derechos que le asisten como acreedor garantizado conforme a la Ley 1676 de 2013, expropiándole los derechos de propiedad sobre los bienes dados en garantía, que en estricta Ley debieron serle adjudicados»*; añadió que la autoridad citada interpretó extensivamente el *«régimen de exclusión de Ley de Garantías para hacerlo aplicable a una operación de garantía contractual pactada totalmente diferente del depósito de garantía hecho por el acreedor garantizado»*.

RESPUESTAS DE LA ACCIONADA Y DE LOS INTERVINIENTES

1. El Superintendente Delgado para Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades se refirió a los hechos de la acción tuitiva, se opuso a la concesión del amparo, solicitando declararlo improcedente, pues consideró que sus decisiones se encuentran ajustadas a la interpretación sistemática e integral de las leyes 1116 de 2006, 1676 de 2013 y el decreto 1835 de 2015; a más que la presente petición constitucional no tiene otro fin que se decida nuevamente sobre un tema cuya discusión ya está clausurada (folios 192 a 204).

Por otra parte, la Coordinadora del Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades dio alcance a la contestación referida a espacio, informando que el Juzgado Cincuenta y Uno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá profirió fallo de tutela con radicado 2016-01-0524159, por los mismos hechos y derechos objeto del resguardo del epígrafe (folio 535).

2. Camilo Andrés Peña Valderrama en calidad de acreedor laboral, sostuvo que no existió vulneración de los derechos fundamentales alegados por la quejosa, pues la decisión criticada fue ajustada a derecho, argumentó que de acceder a las peticiones de la salvaguarda necesariamente se vulnerarían *«los derechos de todos los acreedores laborales del Grupo Empresarial portugués Prebuild»*.

Indicó, además, actuar en representación de *«varios acreedores laborales»* sin anexar poder especial para actuar en este trámite constitucional, por lo que su manifestación, respecto a ellos, no se tiene en cuenta (folios 240 a 256).

3. Ekko Promotora S.A.S. -en liquidación judicial- pidió desestimar las pretensiones del resguardo, señaló que a la quejosa no se le vulneró el debido proceso por cuanto se le garantizó su defensa al punto que censuró las determinaciones del juez del concurso.

Agregó que «los recursos económicos forman parte de la prenda general de los señores acreedores dentro de los cuales se encuentran también la sociedad **TERRANUM CORPORATIVO S.A.S.**, **aclarando que los señores acreedores DEBERAN ESTARSE A LAS RESULTAS DEL PROCESO, respetando la prelación de clases y el derecho de igualdad entre la misma clase**» (folios 313 a 316).

4. Darío Laguado Monsalve aportó escrito indicando actuar como mandatario judicial de «*varios acreedores laborales reconocidos dentro del proceso concursal de Ekko Promotora S.A.S.*», sin anexar poder especial para actuar en este trámite constitucional, por lo que su manifestación no se tiene en cuenta (folios 356 a 367).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* constitucional negó el amparo rogado al considerar que en la audiencia adelantada el 22 de agosto de 2016 se garantizó a la accionante su intervención activa respecto de en las decisiones allí proferidas.

Estimó que la Superintendencia de Sociedades no incurrió en la vía de hecho que se le atribuyó, por cuanto «*estudió la*

naturaleza del crédito obedec[iendo] a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en torno a una institución concreta sobre las garantías mobiliarias en los procesos de liquidación, en la que claramente se estableció que en virtud del principio de universalidad los bienes del concursado debían traerse al proceso, sin que ello en principio implicara la expropiación del patrimonio del acreedor. Ahora, en torno a la naturaleza de la acreencia se expusieron claramente las razones por las que se dio aplicación al artículo 4 numeral 4 de la ley 1676... de 2013, las que comprendidas en su extensión motivaron la providencia sin que se observe que corresponde a una interpretación arbitraria o lesiva»; por lo que tal labor no se mostraba irrazonable, ilógica o desproporcionada frente al marco legal para el caso concreto (folios 562 a 573, cuaderno 1).

LA IMPUGNACIÓN

La presentó la parte actora reiterando los argumentos traídos en la demanda de tutela (folios 524 a 526).

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, la tutela es un mecanismo instituido para la protección de los derechos

fundamentales, cuando sean conculcados o seriamente amenazados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o, en determinadas hipótesis, de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

Por lineamiento jurisprudencial, en tratándose de actuaciones y providencias judiciales, el resguardo procede de manera excepcional y limitado a la presencia de una irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 2001-00183-01); y por supuesto, se cumpla el requisito de la inmediatez.

2. En el presente asunto la gestora pretende se declare que las decisiones proferidas en audiencia del 22 de agosto de 2016 por la Superintendencia de Sociedades, vulneraron sus prerrogativas al debido proceso, a la propiedad, los principios de la buena fe y la confianza legítima, en consecuencia, se ordene a la accionada acceder a las objeciones por ella formuladas contra los proyectos de graduación, calificación de créditos y determinación de derechos de voto dentro del proceso de liquidación judicial de Ekko Promotora S.A.S.; a más pidió se disponga admitir la exclusión y adjudicación de bienes solicitada.

Verificados los medios de convicción obrantes en las presentes diligencias, se anticipa la improcedencia del resguardo impetrado, comoquiera que las providencias acusadas, proferidas por la Superintendencia de Sociedades, no lucen arbitrarias.

En efecto, respecto a la objeción presentada contra el monto de la obligación reconocida, la calificación y graduación del crédito, esa autoridad dijo que:

... recae, como se dijo, sobre la cuantía, sobre la graduación, sobre la postergación del excedente, sobre la asignación de derechos de voto, sobre la falta de actualización de los créditos, el incumplimiento del artículo 24 de la ley de insolvencia respecto de los acreedores vinculados.

En lo que tiene que ver con la cuantía reclamada, que es de \$10.702'797.496, dijo la sociedad objetante que \$2.678.890.435 corresponden a un anticipo no amortizado, \$66'999.675 de anticipo no amortizado otrosi numero dos (2), y \$7'956.907.386 por concepto de clausula penal; en virtud de esta discriminación el liquidador reconoció la suma de los anticipos por \$2.745'890.110 en 5° (quinta) clase y el excedente lo relacionó como postergado.

Según esto, en realidad no hay diferencia entre la cuantía calificada y la reclamada, solo que el liquidador separó los conceptos y consideró que \$7.965'907.386 deben ser postergados, lo que no implica que se haya rechazado el crédito o que haya diferencias sobre la cuantía, que es la misma, solo que con una graduación, un reconocimiento en el concurso, diferente al pretendido por el acreedor.

Ahora, respecto a la postergación o no del crédito y los supuestos previstos en el artículo 69 de la ley de insolvencia, señaló que:

... la causal de postergación invocada por el liquidador no procede en este caso por cuanto la fuente del crédito es una cláusula penal, según lo invocó el propio acreedor, sin embargo, el despacho advierte que este crédito debe permanecer postergado pero con base en el numeral 4° de ese artículo 69, ya que se trata de una sanción libremente pactada, toda vez que la cláusula penal que obra en el contrato es de carácter sancionatorio, no resarcitorio, de manera que es aplicable la norma de la postergación.

En efecto, dice la cláusula vigésima segunda: “En caso de que el contratista incumpla de forma grave y reiterada las obligaciones a su cargo establecidas en el presente contrato y sus anexos, deberá pagar a favor del contratante un porcentaje equivalente al 30% del precio a título de cláusula penal, sin perjuicio de que el contratante pueda solicitar la indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento y la ejecución del objeto del presente contrato. En caso de hacer efectiva la cláusula penal se decidirá del valor de la sanción los montos efectivamente pagados por el contratista por concepto de multa”...

Cuando el contrato indica, que la efectividad de la cláusula se entiende sin perjuicio de la iniciación de acciones para deprecar la reparación de perjuicios, se explicita su función sancionatoria, en este caso no se trata de una evaluación anticipada de perjuicios, si no que estos pueden concurrir con lo pagado a título de pena cuando se declare la responsabilidad y se condene a indemnizar.

De manera que si no hay condena, el acreedor solo habrá recibido el valor de la cláusula a título de sanción contractual, lo que tiene que ver

con las distintas funciones de la cláusula penal: función resarcitoria o función punitiva.

Frente a la graduación del crédito, no accediendo a la petición de tenerlo como de segunda clase, al concluir que no estaba salvaguardando por una garantía mobiliaria, sostuvo que:

*El artículo 4^a de la ley 1676 de 2013, limita el ámbito de aplicación del estatuto de garantías mobiliarias así: “Las garantías de las que trata esta ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por la ley imperativa o de orden público, se exceptúan por lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas sobre:... **cuarto**. Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor”*

Quiere decir lo anterior que cuando se trate de un depósito de un dinero en garantía, figura prevista en el artículo 1173 del código de comercio, y solo si el depositario es el mismo acreedor, no se aplica la normativa contenida en la ley 1676 de 2013, por expresa determinación de la norma, el legislador lo quiso así, en este caso considera el despacho [que] a la garantía [de] Terranum Corporativo S.A.S por expresa disposición legal, no le es aplicable la ley 1676 de 2013, por cuanto en ella no confluyen los requisitos constitutivos de la excepción, en efecto este acreedor es depositario de dinero de la sociedad en liquidación, que le fue entregado a Terranum como se indica en el numeral sexto de escrito de objeción para garantizar los créditos a su favor, como se desprende de la redacción misma de la cláusula que es la siguiente:

“7.03. De cada pago que realice Terranum, al contratista en cumplimiento de lo establecido en el presente contrato, Terranum efectuará una retención en garantía del 10% sobre el valor total del pago respectivo, valor que permanecerá en cabeza de Terranum y

será entregado al contratista al momento de liquidar el presente contrato de obra, sin que por ello se causen intereses de algún tipo sobre el monto retenido, y que será entregado al contratista previa deducción de lo que le corresponda a Terranum por cualquier tipo de indemnización por incumplimiento, multa, pena o sanción impuesta al contratista durante el desarrollo del contrato.

... Las sumas de dinero retenidas en garantías serán entregadas al contratista previa deducción de los conceptos indicados en el párrafo anterior, con posterioridad al recibo a satisfacción de la totalidad de la obra, y concretamente dentro de los 30 días calendario siguientes a la firma del acta de liquidación”...

Como queda claro, la especial configuración de esta garantía hace que le resulten inaplicables las reglas previstas en la ley 1676 de 2013, pero aun si no hubiera operado esta exclusión expresa del régimen, tampoco podrá invocarse esta normativa por que el registro efectuado es inepto para efectos de la ejecución de la garantía, en realidad el contrato que prevé la garantía fue suscrito antes de la entrada en vigor de la ley 1676 de 2013, es así como el contrato se firmó el 14 de octubre de 2013, cuando la norma entró en vigor en febrero de 2014. Según lo cual el negocio de garantía se considera preexistente al nuevo marco legal, de manera que si se querían incorporar a él las nuevas reglas de ejecución debió registrarse en la oportunidad que dispuso el artículo 85 del estatuto de garantías, que en este caso no ocurrió

Por último no es cierto que la ley de garantías se aplique de manera retroactiva, como se dice en el memorial, porque la norma previó en realidad dos tipos de retrospectividad, una simple y la otra condicionada, respecto a de las garantías preexistentes a su vigencia, según esto, la norma se aplica de manera retrospectiva de pleno derecho a las garantías ya existentes en lo que tiene que ver con las normas de prelación de la garantía, pero para invocar el régimen de ejecución la retrospectividad quedó condicionada al cumplimiento de una carga, cual es la de haber inscrito la garantía en la oportunidad que se previó para ello, es decir dentro de los 6 meses siguientes a la vigencia del estatuto.

Finalmente, en relación con el recurso interpuesto por la sociedad actora frente a las decisiones atrás referidas, especialmente en lo tocante con la inviabilidad de tener a la tutelante como acreedora de segundo grado amparada por la garantía mobiliaria, la Superintendencia de Sociedades consideró que:

...este despacho se remitió como no podía ser de otra manera, a verificar en los antecedentes de esta norma, [se refiere al numeral 4° del artículo 4° de la Ley 1676 de 2013] ¿Cuál fue la razón por la cual se decidió introducir esta causa de exclusión? Lo que se verificó sin mayor fortuna es que no hay antecedentes en los debates en la comisión redactora, en el proyecto original, sobre esta causa de exclusión, ni tampoco sobre la contenida en el numeral 3°; de lo que si hay rastro es que esta causa de exclusión no se previó en el proyecto original y fue introducida gradualmente a lo largo del debate parlamentario, una primera parte de la norma se introdujo en el primer debate y la segunda parte..., la que se refiere expresamente a «cuando el depositario es el acreedor», se introdujo en el tercer debate en el primero de cámara.

Luego, en este caso específico los antecedentes de la norma no dicen mucho sobre la manera o la forma en que debe interpretarse esta exclusión, debe entonces el intérprete remitirse expresamente al texto normativo, sin que se trate en últimas, por supuesto, de una interpretación exclusivamente literal de la norma.

Entonces ¿Cuándo opera esa exclusión del régimen de garantías mobiliarias?, ¿se requerirá... para que opere esta exclusión, se haya suscrito un contrato expreso de depósito de dinero en garantía cuyo depositario sea el acreedor?, para concluir que solo en ese evento opera

la exclusión de dicha garantía del régimen de la ley 1676 de 2013, o ¿se requeriría en contra posición que materialmente un sujeto retenga o sea el depositario o tenga la tenencia sobre un dinero que pertenece a otro sujeto del cual es acreedor en un proceso en este caso concursal para que se entienda que dicha operación, dicho negocio jurídico, está excluido?, es decir, ¿se requiere que exista un contrato para ello o se requiere que materialmente corresponda a un depósito de dinero en garantía cuyo tenedor o depositario es el acreedor?....

En realidad la norma no exige que se suscriba un contrato de depósito de dinero en garantía cuyo depositario sea el acreedor, la ley se refiere a que se exceptúan de lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas sobre “depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor”, en este caso particular no hay un contrato de garantía, es decir, el artículo 9° de la ley 1676 de 2013 dispone que, entre muchas otras reformas, la garantía es un contrato principal, ya no es accesorio, segundo que la fuente es o el contrato propiamente dicho es un contrato de garantía que se estructure para el efecto específico, es decir, que las partes se tomen el trabajo de sentarse a crear un contrato de garantías, la fuente primigenia de la garantía mobiliaria, pero además existen otras fuentes como lo prevé el artículo 9°.

En este caso específico no hay un contrato de garantía, hay una cláusula en un contrato de construcción, como no hay un contrato de garantía, sino que lo que se debate es sobre si una cláusula del contrato es o no una garantía, y si es de aquellas previstas en el estatuto de garantías; es necesario auscultar la cláusula, materialmente el acreedor que en este caso en Terranum que es depositario de este dinero, que fue recaudado a través de una retención en la fuente digamos, es la misma figura del contexto tributario, el pagador retiene y la retención se aplica sobre un porcentaje del pago que se haga, en ese caso particular correspondía..., en según lo que obra en el expediente, no a un anticipo sino al pago efectivo de unas facturas; eran unas facturas, es decir, un crédito a favor de Ekko, el 100% de ese dinero debía ingresar a Ekko, pero se practicaba una retención en la fuente, es decir en la fuente de pago, y esa plata se llevaba a otra cuenta, esa plata nunca salía de las cuentas de

Terranum sino que se anotaba en otra cuenta seguramente como pasivo, porque era plata reconocida, o plata de titularidad de Ekko.

El acreedor en este caso particular, es acreedor en el concurso, pero en esa operación material funge como depositario - respondería como depositario -, no puede ser otra la conclusión respondería como depositario, no se requiere... que se firme un contrato de depósito para que se responda como depositario, en muchos otros supuestos la norma prevé que, por ejemplo, cuando se está en mora de entregar, quien no ha entregado empieza a responder como depositario... según el grado de culpa que le corresponda, según la graduación y tripartición prevista en el Código Civil.

En este caso específico de esta cláusula por su puesto no se trata de un depósito oneroso, es una típica alocación (sic) de dinero que se exige en muchas operaciones inmobiliarias, que se constituya una reserva de dinero que garantice una obligación, la norma no dice que en cualquier caso de depósito de dinero en garantía se excluya la ley de garantías, dice que se excluye solo en aquellos eventos en que el depositario sea el mismo acreedor concursal, el mismo acreedor en términos generales por que la norma en ese punto especificó no se refiere al concurso, al concurso solo se refiere en los artículos 51, 52 y 53.

En este caso entonces lo que se debe verificar, no es si existe un contrato de depósito, lo que se debe verificar es la materialidad de la operación, en el sentido de que una suma de dinero (ningún otro bien)... esté en poder de un sujeto, quien a su vez es acreedor del dueño del dinero, quien en ese caso responde como depositario; en eso corresponde la descripción típica de esa causa de exclusión, y en este caso se verifica puntualmente, porque la otra interpretación, la otra posición, la que propende por la exigencia de un contrato de depósito de dinero en garantía, cuyo depositario sea el acreedor como una de aquellas causas de exclusión del régimen de garantías, pues no aparece, o no luce, para este despacho, tan razonable, en ese caso nunca operaría la exclusión.

...tan materialmente corresponde a esta operación que en el propio memorial de objeción, el objetante dice que Ekko entregó unas sumas de dinero, sabemos por la redacción de la norma contractual que en realidad se trató de una retención, pero para efectos prácticos es lo mismo, es plata de Ekko que quedó bajo custodia, afecta a una condición contractual, en poder de Terranum.

Y en lo referente al registro de la garantía, se expuso:

...en el recurso se dice que esa norma prevista en el artículo 85 de la ley 1676 no le era aplicable a la garantía o a la cláusula de garantía constituida en el contrato de construcción de Terranum y Ekko, y dice el recurso que no le era aplicable esa ventana de oportunidad de 6 meses porque para el momento en que se hizo exigible esa obligación normativa, no era efectiva la garantía de Terranum respecto del pago de esa obligación frente a Ekko, y que por no ser efectiva la garantía que es uno de los requisitos que prevé la norma en el régimen de transición, como no le era efectiva entonces no le era exigible registrarse en esos seis meses para efectos de invocar las prerrogativas de la ley de garantías.

El despacho no comparte en absoluto este razonamiento, de las oportunidades que se han tenido para desarrollar el régimen de aplicación en el tiempo de la ley de garantías se ha establecido en términos generales lo siguiente:

Una cosa son las garantías que se constituyen estando en vigencia la ley de garantías, es decir, a partir de febrero de 2014, en ese tipo de negocios se entiende que la ley de garantías es la ley de ese contrato, se entienden nacidas bajo esa normativa, les es aplicable de pleno derecho la normativa de la ley de garantías; pero otra cosa ocurre con las garantías preexistentes, es decir, aquellas que existían y que se han perfeccionado antes de la vigencia de la ley de garantías, para estas garantías preexistentes la norma previó el tránsito legislativo y

dijo: “para efectos de la prelación” (lo dice expresamente el artículo 85)... no importa que sea preexistente, con la sola entrada en vigencia de esta norma, se le aplican las normas de prelación de garantía, no se puede confundir la prelación de la garantía con la prelación de créditos del código civil, la prelación de la garantía tiene que ver con la eficacia de la garantía por la oportunidad de su registro en el tiempo, para eso es el registro público; pero dijo la norma, si lo que se pretende es invocar las normas de “ejecución de la garantía”, que es de lo que se trata en el contexto concursal, tanto para reorganización como para liquidación, si lo que se pretende es invocar las normas sobre ejecución, el acreedor tiene una ventana de oportunidad de seis meses a partir de la vigencia de esta ley, entre febrero de 2014 y agosto de 2014 para registrar su garantía.

Si no la registra en es término, no puede invocar las prerrogativas propias del régimen de ejecución referenciado que tiene la ley de garantías mobiliarias, en este caso específico no es admisible la interpretación o la posición según la cual la garantía no era efectiva para el momento de entrada en vigencia porque aún no se había verificado el incumplimiento, y que solo a partir del incumplimiento se activaría el mecanismo de garantía; la garantía quedó prevista desde el momento en que se suscribió el contrato, desde el momento en que se perfeccionó el contrato quedó hecho el negocio de garantía, de manera que el alcance o la interpretación que se propone sobre el concepto de eficacia de la garantía o exigibilidad de la garantía, efectividad de la garantía, no es el que le ha asignado el acreedor recurrente de manera que aun si se tratara de una garantía admisible en el contexto de la ley 1676 de 2013, la misma había sido inscrita extemporáneamente y no puede invocar, no podría invocar, los beneficios o prerrogativas que trae la ley de garantías.

Por último, en lo tocante con que el juez del concurso invadió el campo de acción del juez civil, al ocuparse de los aspectos de fondo del contrato suscrito entre Terranum y Ekko, sin tener competencia para ello; encontró la accionada que:

Las autoridades Administrativas que ejercen funciones Jurisdiccionales, tienen un ámbito competencial bastante restringido..., en efecto, este despacho no es el juez de los contratos ni de fiducia, ni de garantía, ni de obra, ni de prestación de servicios; pero a veces la norma le impone al operador el deber de interpretar en este caso específico una cláusula del contrato, porque es que ese es el negocio de garantía que se pretende exigir en sede concursal como al amparo de la ley de garantías, entonces, por supuesto, no puede sustraerse este despacho de auscultar el alcance de esa disposición contractual como ocurre también con las cláusulas penales, como se ha resuelto.

Por supuesto que es necesario determinar si la cláusula penal tiene función resarcitoria o sancionatoria, porque de esa calificación dependen los efectos que se siguen.

Si es una cláusula meramente sancionatoria, se trata de una sanción contractual aquellas que cuya suerte concursal está expresamente determinada, de manera que no se considera que sea un exceso o un ejercicio extensivo o un ejercicio ilegal en el sentido de ausencia de competencia, para ello los pronunciamientos que haga este despacho sobre precisos términos, lo que no puede este despacho es decir si se cumplió o se incumplió el contrato o interpretar[lo]... como un todo, por supuesto que eso excede el ámbito de decisión de esta delegatura, pero no puede sustraerse, ¿de qué otra manera entonces se podría determinar si una sanción es contractual o no? o ¿si una cláusula de una contrato es un negocio de garantía oponible en el concurso o no?, es necesario hacer esa aproximación.

3. Bajo ese contexto es evidente la improcedencia del amparo, comoquiera que las consideraciones y fundamentos de las decisiones censuradas no resultan arbitrarios o caprichosos, toda vez que éstos obedecieron a la interpretación del

ordenamiento legal vigente para el caso concreto, esto es, las Leyes 1116 de 2006 y 1676 de 2013, pues el fallador encontró que la acreencia de la accionante no estaba respaldada con una garantía mobiliaria que satisficiera los requisitos legales, porque el pacto de las partes se encontraba dentro de las excepciones contempladas en el numeral 4° del artículo 4° de la ley 1676 de 2013 y, al margen de ello, su inscripción en el registro de garantías de ese tipo no se efectuó en la oportunidad prevista en el artículo 85 *ibídem*, resultando inoponible frente a terceros; aunado a ello, explicó suficientemente porque sus conclusiones no constituían una intromisión censurable de cara al contrato contentivo del acuerdo en que estaba la cláusula que presuntamente daba cuenta del aludido gravamen, para lo cual, entonces, estaba legitimado como juez del concurso; situaciones todas que resultan contrarias al querer de la accionante, sin que su inconformidad, per se, resulte suficiente para el buen suceso de la acción de tutela.

Así las cosas, la Corte observa que los razonamientos cuestionados se realizaron en el desarrollo del ejercicio normal de las facultades propias del Juez ordinario que hacen parte de los principios de autonomía e independencia judicial y que, en consecuencia, inhiben al fallador constitucional para inmiscuirse en las mismas, sustituyendo a aquel como si la tutela fuera un mecanismo alternativo y no, como ciertamente lo es, un instrumento excepcional y residual; es decir, aunque la Sala

pudiera discrepar de la tesis admitida por el juzgador, esa sola disonancia no es motivo para calificar como absurda la referida determinación.

Frente al particular la Corte reiteradamente ha expuesto que:

... la adversidad de la decisión no es por sí misma fundamento que le allane el camino al vencido para perseverar en sus discrepancias frente a lo resuelto por el juez natural (Fallo de 28 de marzo de 2012, Exp. T. No. 54001-22-13-000-2012-00022-01) (CSJ STC, 21 oct. 2013, rad. 2013-00204-01; reiterado en STC3956-2015, 9 abr 2015, rad. 2015-00037-01).

4. Lo considerado impone confirmar la decisión de primer grado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el fallo impugnado.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA