



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**



Al contestar cite el No. 2019-01-263153

Tipo: Salida Fecha: 04/07/2019 04:33:57 PM
Trámite: 95000 - RECURSO DE REPOSICIÓN
Sociedad: 900453688 - RECAUDO BOGOTA SAS Exp. 74877
Remitente: 400 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS DE INS
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 6 Anexos: NO
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 400-005546

AUTO

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Sujeto del proceso

Recaudo Bogotá S.A.S

Promotor

Ruben Darío Lizarralde Montoya

Asunto

Resuelve reposición

Proceso

Reorganización

Expediente

74877

I. ANTECEDENTES

1. A través de memorial 2019-01-136719 de 15 abril de 2019, la apoderada de la concursada interpuso recurso de reposición contra el auto 400-002931 de 9 de abril de 2019. Adujo en su escrito lo siguiente respecto del auto referido:
 - (i) Las diferencias interpretativas con Fiduciaria Davivienda frente a los gastos que requiere la operación de la concesión, podrían afectar el debido cumplimiento del contrato de concesión y en consecuencia, podría declararse la caducidad del mismo.
 - (ii) No dar una clara limitación a los requerimientos de Fiduciaria Davivienda impide que se normalicen los pasivos adeudados por la concursada, lo que en consecuencia conlleva a una obstrucción del desarrollo normal del proceso;
 - (iii) La decisión recurrida resulta en contravía de los principios consagrados en la ley 1116 de 2006 y en las posturas ya manifestadas por el juez concursal en otros procesos.
2. Del recurso se corrió el traslado N° 415-000228 de 24 de abril de 2019, entre los días 25 y 29 de abril del mismo año.
3. A través de memoriales 2019-01-172291, 2019-01-172338, 2019-01-172347 radicados por la webmaster el día 29 de abril de 2019, el apoderado de HSBC Bank USA, The Export Import Bank of Korea, e International Finance Corporation recorrió el recurso interpuesto. Señaló que la Superintendencia de Sociedades no es competente para resolver las diferencias suscitadas entre Recaudo Bogotá y Fiduciaria Davivienda en relación con el Contrato de Términos Comunes, el Contrato de Fiducia SIRCI o cualquier otro contrato.
4. Con memorial 2019-01-170324 de 29 de abril de 2019, el apoderado de EDTM Konsultores EU recorrió el recurso y solicitó la revocatoria del auto con el fin de que se ordene a Fiduciaria Davivienda poner a disposición de la concursada los recursos existentes y necesarios para continuar con la ejecución del Contrato de Concesión.
5. En el escrito expuso las siguientes consideraciones:



- (i) La Superintendencia de Sociedades tiene competencia para resolver la solicitud incoada por Recaudo Bogotá, pues el actuar de la Fiduciaria riñe con las normas del concurso e impide la disponibilidad efectiva de capital de trabajo para continuar con el desarrollo de la industria, vulnerando los derechos de los acreedores en el marco del proceso de reorganización.
 - (ii) La interpretación dada por la fiduciaria respecto del Acuerdo de Términos Comunes es indebida y pone en riesgo el proceso de reorganización de Recaudo Bogotá. De no contar la concursada con los recursos que se encuentran en la fiducia para la realización de los proyectos, Transmilenio podría declarar la terminación del Contrato de Concesión.
 - (iii) Suponiendo que la interpretación de la fiduciaria fuere acertada, debe indicarse que someter la disponibilidad de recursos de la concursada a la aprobación de un presupuesto por parte de los prestamistas del proyecto, -quienes a su vez son acreedores reconocidos en el proyecto de calificación y graduación de créditos-, implicaría la ejecución de una garantía a favor de éstos, situación que está prohibida de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.
 - (iv) Invocó jurisprudencia en la cual este Despacho había considerado que tenía competencia para pronunciarse sobre disposiciones contractuales que riñan con los fines del proceso de reorganización.
6. A través de memorial 2019-01-172365 radicado por la webmaster el 29 de abril de 2019, el apoderado de Fiduciaria Davivienda recorrió el traslado aduciendo que el auto recurrido debe ser confirmado en todas sus partes. Puso de presente que la Superintendencia de sociedades no es la llamada a definir la suerte de los contratos legalmente celebrados entre las partes, por cuanto dicha facultad no se encuentra dentro de su ámbito de su competencia.
7. Aunado a lo anterior, manifestó que las cláusulas del contrato fiduciario no establecieron prohibición alguna para que el fideicomitente ingresara al proceso de reorganización. Agregó que, en virtud de la existencia legal y válida del contrato de fiducia y del patrimonio autónomo, los bienes que hacen parte de éste no son del patrimonio de la sociedad concursada y por ello no pueden ser objeto de la intervención del juez del concurso.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Con el fin de evacuar el recurso correspondiente, el Despacho ha agrupado los argumentos expuestos por la recurrente así: (i). la injerencia del juez del concurso para dirimir disputas sobre la interpretación de los contratos; (ii). los efectos de la decisión sobre el desarrollo del proceso; y (iii). sobre si la conducta de la fiduciaria corresponde a una ejecución de la garantía.

Sobre la injerencia del juez del concurso para dirimir disputas sobre la interpretación de los contratos.

2. La primera de las cuestiones a estudiar en el presente recurso corresponde al alcance de las facultades jurisdiccionales del juez del concurso para la interpretación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, administración, fuente de pago y pagos, celebrado entre la concursada y Fidudavivienda S. A.
3. Sobre este punto la recurrente señaló que por *diferencias interpretativas* del contrato de fiducia, podría eventualmente declararse el incumplimiento del contrato de concesión y en consecuencia, se presentaría una obstrucción al desarrollo normal del proceso de reorganización.



4. En el mismo sentido, se pronunció el apoderado de EDTM Konsultores E.U y agregó que esta Superintendencia si tiene competencia para resolver las solicitudes presentadas mediante memoriales 2018-01-455575 de 16 de octubre de 2018 y 2018-01-386859 de 24 de agosto de 2018; argumento que sustentó en la decisión adoptada por este Despacho en el Auto N° 400-018319 del 21 de diciembre de 2017.
5. Por su parte, los apoderados de los financiadores y de Fiduciaria Davivienda pusieron de presente que este Despacho no está facultado para resolver las diferencias derivadas de la interpretación del contrato de fiducia.
6. La interpretación de los contratos es una práctica jurídica que permite a las partes establecer cuál es el alcance de las prestaciones a su cargo y las consecuencias de no ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales. La interpretación del contrato es una carga que le corresponde por naturaleza a las partes en tanto fueron ellas quienes hicieron la manifestación de la voluntad que dio lugar al mismo.
7. Sin embargo, cuando con ocasión de manifestaciones confusas o contradictorias o por cualquier otro tipo de circunstancias, las partes mantienen diferencias en cuanto a la interpretación del contrato, es competencia natural de los jueces de la república resolver las mismas y aclarar el alcance de las prestaciones a cargo de cada una de las partes.
8. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que los jueces no tienen libertad absoluta para la interpretación de los contratos, sino que deben apoyarse en diferentes pautas y directrices legales, las cuales incluyen analizar las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales¹.
9. En ese sentido, la discusión sobre la interpretación de los contratos requiere de un amplio debate probatorio que permita al juez dilucidar la intención de las partes analizando no sólo el texto del contrato objeto de debate, sino también las conductas de las partes y sus condiciones particulares antes de la celebración, durante el periodo de negociación y durante la ejecución del contrato.
10. Para lo anterior, el Código General del Proceso dispuso que las controversias contractuales se resuelven por medio del trámite del proceso verbal, el cual cuenta con un escenario probatorio durante el cual el juez puede interrogar a las partes, practicar testimonios, apreciar documentos emanados de las distintas etapas contractuales. Dichos elementos permiten al juez formarse un criterio sobre la adecuada interpretación del contrato y proferir una decisión.
11. Por el contrario, el proceso concursal no es el escenario para resolver cuestiones relacionadas con la interpretación de los contratos en ejecución, pues no existe un escenario probatorio donde puedan debatirse ampliamente las vicisitudes que afectan esas relaciones. En ese sentido, al no contar con elementos probatorios suficientes que permitan al juez acogerse a la técnica jurídica de la interpretación de los contratos que ha venido desarrollando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no es posible dirimir la disputa sobre la interpretación del contrato.
12. No sobra agregar que los procesos de reorganización son escenarios de naturaleza transaccional en los cuales se pretende que las partes resuelvan las diferencias con fundamento a los principios de información y negociabilidad consagrados en el artículo 5 de la ley 1116 de 2006.
13. El principio general aplicable a los concursos es la no inmisión del juez, y la no alteración de las relaciones contractuales en la ejecución de las obligaciones, al no existir interferencia puntual de alguna disposición negocial con las normas del concurso.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. n.º 2005-00595-01



14. Para el caso en concreto, tal como lo expone la recurrente en su escrito la indisponibilidad de recursos en la fiducia obedece a las distintas posiciones de las partes sobre la forma en que deben ejecutarse los contratos.
15. Como ya se hizo referencia a través del Auto 400-002931 de 9 de abril de 2019, lo que se evidencia es que existe una disputa sobre la interpretación del contrato de fiducia celebrado, toda vez que no existe claridad para las partes sobre la ejecución del contrato, específicamente en relación con la aplicación de los pagos y desembolsos.
16. Para esta situación, la cláusula vigésima séptima del contrato de fiducia estipula que las diferencias relacionadas con la celebración, ejecución o terminación de este contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo, se someterá a un tribunal de arbitramento institucional.
17. En ese sentido, un pronunciamiento por parte del Despacho, desbordaría los límites de su competencia otorgados en los términos de la ley 1116 de 2006, toda vez que su interpretación se encuentra reservada a los jueces del contrato.
18. Respecto del antecedente invocado por quien descorre el recurso, relacionado con la decisión adoptada por este Despacho en Auto No. 400-018319 del 21 de diciembre de 2017, encuentra el Despacho que los fundamentos de hecho que motivaron esa decisión no son similares al caso actual, en tanto en esa ocasión las partes no estaban inmersas en una discusión sobre la interpretación del contrato.
19. Finalmente, el Despacho advierte que, si el deudor considera que Fiduciaria Davivienda está faltando a sus deberes con ocasión de la interpretación del contrato, le corresponde iniciar la acción pertinente de conformidad con lo expuesto en la cláusula vigésima séptima del contrato de fiducia, para que dentro de ese trámite se verifiquen dichas afirmaciones y se hagan las declaraciones consecuentes.

Sobre los efectos de la decisión del juez del concurso en el desarrollo del proceso de reorganización

20. Señala la recurrente que las actuaciones de la fiduciaria estarían impidiendo el desarrollo normal del proceso de reorganización, toda vez que limita los recursos destinados al desarrollo del objeto social de Recaudo Bogotá. En el mismo sentido, uno de los descorres del recurso de reposición sostiene que el Despacho debe tener en cuenta la trascendencia de la decisión pues considera que de la misma depende la suerte del contrato de concesión.
21. Al respecto, debe resaltarse lo señalado en el artículo 1 de la ley 1116 de 2006 según el cual, el régimen de insolvencia tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación de la empresa como fuente generadora de riqueza y de empleo. Con esto, se pretende generar un balance entre la expectativa del deudor de normalizar su situación, y los derechos de los acreedores a recibir su pago. Por lo tanto, el proceso de reorganización busca generar un escenario transaccional en el cual los acreedores y el deudor negocien una fórmula que permita a la empresa continuar desarrollando su objeto social cumpliendo con sus obligaciones frente a terceros.
22. En el caso bajo estudio, el Despacho es consciente de la relevancia del objeto social que desarrolla el deudor y de su impacto social. Sin embargo, también debe tener en cuenta la importancia de la protección del derecho crédito en tanto el mismo es uno de los fines del régimen de insolvencia. En ese sentido, desestimar los efectos de la estructura de garantía celebrada entre el deudor concursado y sus acreedores podría traer como consecuencia la renuencia de los financiadores a entregar recursos para este tipo de proyectos, los cuales son esenciales para el desarrollo de la infraestructura.
23. Al respecto, encuentra el Despacho que las operaciones de crédito con ocasión de las cuales se celebró el contrato de fiducia se enmarca dentro de una técnica especial

denominada financiación de proyectos o *Project finance*. En esos esquemas de crédito, los financiadores confían en los flujos de caja futuros que pueda generar el proyecto en vez de los activos u operaciones de la sociedad deudora para satisfacer sus créditos.

24. En ese sentido, toda la estructura del proyecto está basada en la posibilidad de que los flujos ingresen al fideicomiso y se utilicen los mismos de conformidad con las disposiciones que fueron celebradas entre las partes en el contrato de fiducia. Por lo anterior, si el Despacho accediera a impartir las órdenes solicitadas por el deudor, estaría dejando sin efectos los términos del contrato de fiducia bajo el cual se administran los flujos del proyecto.
25. Más aún, en el presente caso se evidencia que el deudor no pretende el uso de los recursos del fideicomiso para el pago de sus gastos de administración corrientes, sino para el inicio del proyecto denominado Transmicable. En ese escenario, es claro para el Despacho, que se trata de un asunto objeto de negociación entre las partes y no de uno que pueda ser resuelto por el juez del concurso.
26. Por lo anterior, el Despacho no puede acceder a las pretensiones de la concursada toda vez que la viabilidad del proyecto y la posibilidad de que la sociedad en reorganización pueda seguir desarrollando su objeto social dependen en gran medida de la estructura contractual que definieron las partes para la ejecución del proyecto financiado, o en su defecto, de las modificaciones que de común acuerdo sean negociadas durante su ejecución.
27. Considera el Despacho pertinente recordarles a las partes, que la decisión sobre la viabilidad del deudor es un asunto que define aquél junto con sus acreedores. No le corresponde a este Despacho forzar la viabilidad del concursado mediante decisiones judiciales que desconocen los acuerdos celebrados entre las partes al momento del otorgamiento de la financiación. En ese sentido, si el deudor considera que la conducta de la fiduciaria está provocando el fracaso de su actividad, es su carga persuadirla de adoptar una conducta distinta.

Sobre la conducta de la fiduciaria como forma de ejecutar la garantía.

28. Uno de los descorres del recurso sostiene que la conducta adoptada por la fiduciaria es equivalente a la ejecución de una garantía, por cuanto somete la disponibilidad de recursos por parte del deudor a la aprobación de un presupuesto por parte de los prestamistas del proyecto.
29. El Despacho no comparte dicha afirmación, pues no se evidencia un acto de parte de los acreedores o de la fiduciaria orientado a satisfacer el pago de sus créditos con cargo a los bienes en garantía.
30. En efecto, la ejecución de la garantía tiene lugar cuando el acreedor garantizado ejercita los derechos derivados de la misma para obtener la satisfacción de su crédito. En ese sentido, en el caso objeto de estudio el Despacho no identifica ninguna conducta en la cual se esté haciendo uso de la garantía para satisfacer el crédito.
31. Conforme a lo expuesto, tampoco es de recibo del Despacho el argumento que presenta el apoderado de EDTM Konsultores EU, respecto de la aplicación de los efectos señalados en el artículo 17 de la ley 1116 de 2006, en relación con las provisiones que viene aplicando la fiduciaria, en virtud del contrato celebrado.

En mérito de lo expuesto, el Funcionario Delegado con atribuciones jurisdiccionales para Procedimientos de Insolvencia,

RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición presentado por la deudora contra el auto 400-002931 de 9 de abril de 2019.



Notifíquese.

GUILLERMO LEON RAMIREZ TORRES

Funcionario delegado con atribuciones jurisdiccionales
TRD: ACTUACIONES