

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA PENAL
Avenida Calle 24 A N° 53-75 Fax 4233390 Ext. 8711, para
confirmación de envío de correo electrónico Ext. 8710

Oficio N° 510

Bogotá D.C., 7 de junio de 2017

Señor:

**CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL 8 UNIDAD DE
INVESTIGACIONES ESPECIALES DE CORRUPCIÓN**

La ciudad

Contraloría General de la República :: SGD 12-06-2017 12:33
Al Contestar Cite Este No.: 2017ER0058382 Fol:28 Anex:0 FA:0
ORIGEN TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ ()
DESTINO 80011-UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN / CLAUDIA
CRISTINA SERRANO EVERS
ASUNTO TUTELA PRIMERA INSTANCIA
OBS

2017ER0058382



Ref. **URGENTE Tutela Primera Instancia**

11001 2204 000 2017 01321 00

Por el presente le entero, que en el Despacho del Magistrado FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER se avocó el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN REPRESENTANTE DE CONALVIAS CONSTRUCCIONES SAS contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES; vinculándose de manera oficiosa a la PROCURADURÍA GENERAL; CONTRALORIA DELEGADA INTERSECTORIAL 8 DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL; SOCIEDAD GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ SAS; DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL AD HOC; VICECONTRALORA GENERAL, con el objeto de traer a estas diligencias los antecedentes que originaron esta acción y para garantizar el derecho de defensa, se ordenó enviarle copia de la demanda y sus anexos para que presente informe de los hechos a que se refiere el accionante, para lo cual se le concede un término de 24 horas. Envíese respuesta vía fax o en el término de la distancia, y al correo electrónico respuestatutelaparejareinemer@hotmail.com.

Atentamente,

Angela bpu
ANGELA XIMENA LÓPEZ CUÉLLAR
Auxiliar Judicial Grado I

1

TPA. AD. 4

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

SECRET SALA PENAL TSP

M
2 JUN '17 PM 4:27

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ -SALA PENAL- (Reparto)

E.

S.

D.

Ref.: Acción de tutela de CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S., contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA, mayor de edad, vecino y residente en esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado titulado, identificado con la T.P. 21.479 del C.S. de la J., en mi calidad de Apoderado de **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, sociedad constituida por escritura pública número 2488 del 28 de julio de 1980 de la Notaría Quinta del círculo de Cali, con domicilio principal en la ciudad de Cali, identificada con el N.I.T. No 890318278-6, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali que se anexa, conforme al poder que acompañó y expresamente acepto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, respetuosamente manifiesto que presento **ACCIÓN DE TUTELA** en contra **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** por las acciones de cobro de una condena fiscal que debía ser parte de las obligaciones objeto del Acuerdo de Reorganización de la accionante, como crédito postergado, y en especial, respecto de la decisión de la **CONTRALORÍA** de incluir en el "Boletín de Responsables Fiscales" a la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, conforme a lo siguiente:

I. PARTES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Son partes de la presente acción de tutela, las siguientes:

Parte accionada:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Órgano de control del Estado de carácter nacional, con autonomía técnica, administrativa y presupuestal, quien actúa según la organización interna definida en el Decreto 267 de 2000, Resolución 6397 del 2011 de la Contraloría General de la República, y las demás normas que las adicionen, modifiquen, reemplacen o deroguen; representada legalmente por el Contralor General de la República, el Dr. Edgardo Maya Villazón.

Parte accionante:

CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S., sociedad constituida por escritura pública número 2488 del 28 de julio de 1980 de la Notaría Quinta del círculo de

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Cali, con domicilio principal en la ciudad de Cali, identificada con Nit 890.318.278-6.

II. HECHOS

La presente acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos, así:

1. Tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, el objeto social de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** es la ejecución de trabajos y/o proyectos de consultoría, estudios y diseños, gerencia, estructuración interventoría, gestión elaboración, administración operación o explotación de proyectos, cualquiera sea su clase, siempre referidas a obras de ingeniería; la ejecución de las actividades de topografía, localización y trazado de carreteras o vías y movimiento de tierra; la construcción de carreteras o vías afirmados, pavimentaciones, puentes, presas, sistemas de riego, túneles, obras hidráulicas, sanitarias o sistema de telefonía y comunicación para la utilización de los bienes construidos, aeropuertos, puertos marítimos o fluviales, sistemas férreos, obras de arte o cualquier otra obra dentro del campo de la ingeniería civil; la participación en todo tipo de procesos de selección de contratistas públicos o privados, licitaciones, manifestaciones de interés, cotizaciones y/o invitaciones a precalificar en el sector público o privado, concursos, invitaciones, asociaciones Público- Privadas, ofertas públicas o privadas de cualquier naturaleza para la ejecución de actividades y/o proyectos de planeación diseño, inversión, construcción, consultoría, operación explotación concesión de todo tipo de clase e proyectos entre otras actividades que se enuncian en el Certificado de Existencia y Representación que se anexa con la presente acción de amparo.

Desde su constitución la sociedad ha estado dedicada a la construcción de obras de infraestructura en varios departamentos del país, así como la ciudad de Bogotá D.C.; ha venido desarrollando actividades también en el exterior, por intermedio de sucursales establecidas en Perú y Panamá y desde su constitución ha desarrollado contratos con entidades públicas y con particulares; en el desarrollo de su actividad ha tenido hasta mil (1000) trabajadores directos y hasta cuatro mil (4000) empleos indirectos, generando empleo y contribuyendo al desarrollo de la economía en las regiones en las que ha tenido presencia.

2. Mediante Auto No. 000912 del **17 de diciembre de 2010** la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva ordenó el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal contra la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, entre otras, como accionista de la Sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá, por la cesión del Contrato IDU 137 de 2007.
3. Durante el trámite de la actuación, la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, para garantizar el pago de cualquier condena

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

que en su contra se pudiese llegar a producir, constituyó la Póliza de Seguros No. 22023120005063, expedida por Mapfre Colombia S.A., para el Proceso de Responsabilidad Fiscal No CD00057, por la suma de \$ 31.400.000.000.

Así mismo constituyó prenda sin tenencia sobre equipos, hasta por la suma de \$122.000.000.000, a favor de la misma entidad, para garantizar el valor de cualquier condena que pudiese resultar, según consta en documento de fecha 10 de Julio de 2014.

4. Mediante Auto No. 400-013139 del **DOS (02) DE OCTUBRE DE 2015** de la Superintendencia de Sociedades, **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S** fue admitida al trámite de un Proceso de Reorganización Empresarial, en los términos de la Ley 1116 de 2006.
5. En cumplimiento a las normas legales, el aviso de admisión al trámite del proceso de Reorganización de la sociedad **CONALVIAS**, fue publicado en la página web de la Superintendencia de Sociedades el día 7 de octubre de 2015 e inscrito en la Cámara de Comercio de Cali el día 16 de octubre de 2015.
6. El día 14 de octubre de 2015 se radicó en la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, la comunicación de esa misma fecha, suscrita por el Promotor designado por la Superintendencia de Sociedades y el Representante Legal de la sociedad, por medio de la cual se le informó lo siguiente:

“LUIS FERNANDO ALVARADO ORTÍZ Y RAFAEL LOW CALDERÓN, identificados como aparece al pie de nuestra firma, en calidad de promotor designado por la Superintendencia de sociedades para el proceso de reorganización de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** y de Representante Legal de la Sociedad, dando cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 9° del Artículo 19 de la ley 1116 de 2006 y lo ordenado en el numeral “DÉCIMO SEXTO” de la parte resolutive del auto 400-013139 del 2 de octubre de 2015, proferido por la Superintendencia de Sociedades, **RESPETUOSAMENTE ME PERMITO INFORMAR AL SEÑOR JUEZ QUE LA CITADA ENTIDAD ADMITIÓ A LA SOCIEDAD CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. NIT 890.318.278-6 A UN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN LOS TÉRMINOS Y CON LAS FORMALIDADES PREVISTAS EN LA SEÑALADA LEY.**

Como consecuencia de lo anterior, el 7 de octubre de 2015 la entidad nominadora publicó el aviso que me permito transcribir a continuación:

(...)

El señalado proceso de reorganización, es una figura jurídica que busca facilitarle a las empresas viables que se encuentran en dificultades, mecanismos para superar su situación de crisis a través de la celebración de un acuerdo

2

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

para el pago de todas las obligaciones adquiridas antes de la iniciación del proceso, acode con las nuevas circunstancias de la Empresa, con el fin de asegurarle a todos los acreedores el pago de sus créditos. De esta manera se busca que la empresa normalice sus relaciones comerciales y crediticias.

*Dado que con el señalado acuerdo se persigue que el Empresario atienda sus obligaciones de manera ordenada, **indistintamente del monto de las mismas o de su carácter o naturaleza**, el parágrafo 2 del artículo 17 y núm. 6 del artículo 19 de la ley 1116 citada, prohíbe al Empresario hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones adquiridas antes de la iniciación del proceso de reorganización, so pena de ineficacia jurídica de los pagos o arreglos que se hagan y demás sanciones previstas en la nombrada ley, razón por la cual CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. NIT 890.318.278-6 ha quedado legalmente impedida para hacer cualquier pago o arreglo con relación a las obligaciones que adquirió hasta el 2 de octubre de año en curso, las cuales solo se podrán atender conforme se convenga en el acuerdo que se celebre.*

(...)” (resaltado fuera del texto).

7. La comunicación anteriormente mencionada fue recibida en la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** el día 16 de octubre de 2015, tal y como da cuenta el sello que obra en la copia de la comunicación que se acompaña como anexo a la presente acción.
8. Adicionalmente a la notificación personal que se le hizo a la Contraloría, se debe señalar que en los periódicos de alcance nacional se publicaron noticias que dieron cuenta de la admisión de **CONALVIAS** al proceso de reorganización, lo que se constituyó en un hecho público y notorio debido al valor de las acreencias y la importancia de la sociedad a nivel nacional.
9. El proceso de Reorganización, conforme lo dispone la ley 1116 de 2006, tiene por objeto llegar a un acuerdo para el pago de **TODAS** las obligaciones a cargo del deudor, sea que las mismas sean exigibles o no, que existan o se hayan causado al momento de la iniciación del proceso, esto es a la presentación de la solicitud del trámite del proceso concursal.

Conforme a las normas concursales aplicables, si bien es cierto que para la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización y aún, para la fecha de admisión al mismo, no existía una obligación cierta a favor de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, por cuanto hasta ese momento no se había producido ninguna providencia de condena, lo cierto es que, como lo señaló la Superintendencia de Sociedades en el auto 400-008248 del 25 de mayo de 2016, por tener fundamento en hechos ocurridos antes de la admisión al trámite, esa posible condena constituía un crédito litigioso o condicional que debía haber sido reclamado dentro del trámite del proceso de reorganización, para ser incluido en el Acuerdo y, de concretarse una condena, ser pagado conforme lo señalado en el mismo.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Al referirse a los créditos que son materia del Acuerdo, el artículo 25 de la citada Ley 1116, establece que:

“ARTÍCULO 25. CRÉDITOS. Los créditos a cargo del deudor deben ser relacionados precisando quiénes son los acreedores titulares y su lugar de notificación, discriminando cuál es la cuantía del capital y cuáles son las tasas de interés, expresadas en términos efectivos anuales, correspondientes a todas las acreencias causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso.

Los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. *En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago.*

Los fallos de cualquier naturaleza proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización, no constituyen gastos de administración y serán pagados en los términos previstos en el mismo para los de su misma clase y prelación legal. En el evento de estar cancelados los de su categoría, procederá su pago, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo.”...(resaltado fuera del texto).

10. El día 25 de febrero de 2016 la Superintendencia de sociedades corrió traslado de la determinación de derechos de votos y acreencias presentada por el Promotor, siendo que, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la ley 1116 de 2006, los acreedores contaban con el término de cinco días para objetar dicha determinación, en caso de que no estuvieran de acuerdo con la misma.

Es importante precisar, que el mencionado término para presentar la reclamación dentro del proceso de reorganización, así como para objetar la determinación de créditos elaborada por el Promotor, transcurrió sin que la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** se hubiere presentado al proceso o hubiere formulado objeción alguna, por su no inclusión como acreedor dentro de la calificación de créditos, pese a que se le había notificado por los medios legales de la admisión al trámite de reorganización.

11. El día 4 de mayo de 2016, cuando ya se encontraban vencidos todos los términos legales para presentarse como acreedor entro del proceso, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** radicó ante la Superintendencia de Sociedades un escrito por medio del cual solicitó:

*“(…) hago presencia ante su Despacho a fin de solicitar el reconocimiento de mi poderdante dentro del Proceso de Reorganización de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** ordenada mediante Auto del 2 de octubre de 2016 de la Superintendencia de Sociedades:*

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

(...)

SOLICITUD

Que se EXCLUYA de la Masa o de cualquier tipo de pago o abono o permuta realizado a los acreedores del proceso de reorganización, todos y cada uno de los bienes indicados en el Contrato de Prenda sin Tenencia de bienes suscritos entre la Contraloría General de la República y Conalvias S.A.S. y la Póliza No. 2202312000506, con fecha de expedición 10 de julio de 2014, como consecuencia de las medidas cautelares impuestas en virtud del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. CD00257 de 2007. ”

12. Por auto número 400-008248 del 25 de mayo de 2016, la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso, resolvió la petición elevada por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** en el siguiente sentido:

(...)

3. En efecto, a partir de la fecha de apertura del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución ni ningún proceso de cobro en contra del deudor. Los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y las medidas cautelares allí decretadas y practicadas quedarán a disposición del juez del concurso.

4. Se trata del fuero de atracción concursal, que supone la pérdida de competencia de las autoridades que venían conociendo de las ejecuciones individuales, es decir, la imposibilidad de adelantar una ejecución individual que cede ante la “ejecución colectiva”.

5. Para el caso en concreto, las etapas de determinación del pasivo así como la de negociación, ya acaecieron como consta en las providencias expedidas el 28 de abril y el 4 de mayo en audiencia de resolución de objeciones y de confirmación del acuerdo de reorganización respectivamente.

*6. En consecuencia, los acreedores no incluidos en la calificación y graduación de créditos y que tampoco cumplieron la carga procesal de formular objeción en el término de traslado de los proyectos, podían haber hecho uso de la facultad prevista en el artículo 26 de la Ley 1116 de 2006, esto es, que la mayoría de los acreedores reconocidos y el deudor lo reconozcan para el pago dentro del acuerdo de reorganización. En el presente caso se observa que el acreedor no hizo uso de esta oportunidad. **Por lo anterior, no hay más oportunidad procesal para que un acreedor pretenda su reconocimiento así sea en calidad de litigioso o condicional.***

7. En punto a las medidas cautelares sobre bienes de la sociedad en reorganización, este Despacho aclara que dentro de las medidas decretadas con ocasión del inicio del proceso, no figuran embargos sobre maquinaria y bienes muebles.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

(...)” (resaltado fuera del texto).

13. Por auto número 400-006078 del 21 de abril de 2016 la Superintendencia de Sociedades convocó para el día 28 de abril de 2016 para llevar a cabo la audiencia para resolver las objeciones a la determinación de derechos de votos y acreencias, audiencia que se inició en la fecha señalada y se concluyó en esa misma fecha.
14. Cumplidas las etapas procesales correspondientes, el día 4 de mayo del año 2016, la Superintendencia de Sociedades confirmó el Acuerdo de Reorganización de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S** con sus acreedores, el cual fue votado favorablemente por cerca del 70% de los acreedores.
15. Conforme al acuerdo celebrado, **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** deberá pagar obligaciones que superan la suma de **UN BILLÓN DE PESOS**, respecto de más de diez (10) entidades financieras y más de mil (1000) proveedores.
16. **Téngase en cuenta que el crédito contingente que a favor de la Contraloría hubiere podido resultar al fallarse el proceso de responsabilidad fiscal, como en efecto sucedió, no quedó reconocido ni graduado dentro de los créditos que son objeto del Acuerdo de Reorganización.**

La consecuencia de la no presentación oportuna por parte de la Contraloría y el hecho de que no hubiera objetado la determinación de derechos de votos y acreencias, es que, conforme a lo dispuesto por el artículo 69 de la ley 1116, su crédito queda como un crédito “postergado”, esto es, que solo puede ser atendido cuando se hayan pagado los demás créditos objeto del Acuerdo de Reorganización.

17. Así las cosas, la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S**, se encuentra bajo el amparo de la Ley 1116 de 2006, que tiene por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, para normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.
18. A pesar de haberse cumplido con los mandatos legales sobre publicidad y emplazamiento a los acreedores para que tuvieran noticia de la existencia del proceso y para que pudieran intervenir en él, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, NO INTERVIÑO OPORTUNAMENTE** dentro del trámite del proceso ni hizo uso de los derechos que la ley le otorgaba para solicitar el reconocimiento y calificación del crédito contingente o condicional que pudiese resultar a su favor, en el evento en que se produjera un fallo condenatorio en contra de mi representada, lo que

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

además hizo de manera extemporánea, todo lo cual tiene consecuencias claramente establecidas en la ley.

19. Mediante Acta de Fallo del 16 de noviembre del 2016, esto es, con posterioridad a que la Superintendencia de Sociedades hubiera confirmado el acuerdo de reorganización celebrado por **CONALVIAS** con sus acreedores, la Contraloría Delegada Intersectorial No 8 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, profirió Acta de Fallo del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° CD00257 – IDU en primera instancia, declarando responsable fiscalmente a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. y sus accionistas “**CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**”, entre otros, respecto de lo cual la sociedad **CONALVIAS** presentó recurso de apelación oportunamente.
20. Durante los días 19 y 20 de diciembre del 2016, la Contralora General – Ad-Hoc, resolvió los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., sus accionistas y “**CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**”, confirmando el fallo del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° CD00257 – IDU de primera instancia.
21. El día 23 de diciembre de 2016, los apoderados de la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. y “**CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**” radicaron los escritos (2016ER0128512 – 2016ER0128374) de Aclaración, Corrección y Adición de la providencia expedida por la Contraloría Delegada Intersectorial No 8 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República y del Recurso de Apelación ante el Despacho de la Contralora General – Ad-Hoc.
22. Mediante Auto No ORD-80112-00499 de fecha 27 de diciembre del 2016, el Despacho de la Contralora General – Ad-Hoc, se pronunció frente a los escritos de Aclaración, Corrección y Adición en el siguiente sentido:

“(…)”

Este Despacho observa que la solicitud de aclaración elevada por el apoderado del grupo empresarial VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S., únicamente en relación con las sociedades CONALVIAS INVERSIONES Y CÍA S. PATRIA Y CÍA SAS, CÉSAR JARAMILLO Y CÍA SAS Y EDGAR JARAMILLO J. Y CIA SAS., fue presentada por fuera del término establecido en la ley, porque la decisión de segunda instancia quedó ejecutoriada el 20 de diciembre de 2016 y la petición de aclaración, corrección y adición se radicó el 23 de diciembre de 2016, esto es por fuera del término de dos días establecido en el artículo 290 de la Ley 1437 de 2011... “sic”.
23. El 28 de diciembre de 2016, el apoderado de **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, radicó ante el Despacho de la Contralora General – Ad-Hoc, incidente de nulidad contra el Auto No ORD-80112-00499 de fecha 27 de diciembre del 2016, argumentando que la norma que

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- se menciona en el Auto como fundamento de la decisión, con relación a la extemporaneidad de radicación del escrito radicado el día 23 de diciembre de 2016 de Aclaración, Corrección y Adición de la providencia, es errada; toda vez que se trata de una norma de Disposiciones Especiales para el Trámite y Decisión de las Pretensiones de Contenido Electoral, lo cual no es aplicable para el caso concreto del proceso de responsabilidad fiscal No 257-2010.
24. Mediante Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016, el despacho de la Contralora General – Ad-Hoc se pronunció con relación al incidente de nulidad radicado el 28 de diciembre de 2016, en el siguiente sentido: *“ARTÍCULO PRIMERO.-RECHAZAR por improcedentes las solicitudes de nulidad elevadas por la apoderada de las sociedades INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S. INFRACO Y AGREMEZCLAS y el apoderado de la sociedad CONALVIAS”*.
25. Mediante Auto No ORD-80112-00504 de fecha 30 de diciembre de 2016, el Despacho de la Contralora General – Ad-Hoc se pronunció con relación al incidente de nulidad radicado el 29 de diciembre de 2016, en el siguiente sentido: *“ARTÍCULO PRIMERO.-RECHAZAR por improcedentes las solicitudes de nulidad elevadas por la apoderada de las sociedades VÍAS DE BOGOTÁ PATRIA Y CIA S.A.S., CESAR JARAMILLO Y CIA S.A.S., EDGAR JARAMILLO J Y CIA S.A.S., SIC”*.
26. El día 4 de enero de 2017 los apoderados de las sociedades: INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S. INFRACON, AGREMEZCLAS, Y **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** radicaron Recurso de Reposición contra el Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016, solicitando que: *“se revocara el Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016 mediante el cual su Despacho rechazó la procedencia del trámite de un incidente de nulidad dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal N° CD00257, toda vez que el fundamento de su Auto No ORD-80112-00499 del 27 de diciembre de 2016 se basa en la aplicación indebida de una norma de disposición especial para la resolución de temas de carácter electoral (Artículo 290 de la Ley 1437 de 2011-TÍTULO VIII- DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL TRÁMITE Y DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE CONTENIDO ELECTORAL configurándose de esta manera por parte de su Despacho en una comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso por el empleo concomitante y antitécnico de la aplicación indebida del artículo 290 de la Ley 1437 de 2011, sin mediar un error de entendimiento sobre el significado de la norma aplicada al fundamento del Auto No ORD-80112-00499 del 27 de diciembre de 2016.”*.
27. Además, se solicitó al Despacho de la Vicecontralora que corrigiera los Autos No ORD-80112-00499 de fecha 27 de diciembre del 2016 y No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016, en el sentido que la sociedad presuntamente responsable e investigada en el proceso de responsabilidad fiscal, es la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES**

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

S.A.S. con NIT No 890.318.278-6 y no la sociedad CONALVIAS INVERSIONES Y CÍA S. (SIC) como erróneamente lo venía señalando el Despacho en sus pronunciamientos.

28. En relación con la posibilidad de adelantar acciones de cobro por obligaciones causadas por hechos ocurridos antes de la presentación de la solicitud de reestructuración, el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 establece que:

*“Artículo 20. Nuevos procesos de ejecución y procesos de ejecución en curso. **A PARTIR DE LA FECHA DE INICIO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN NO PODRÁ ADMITIRSE NI CONTINUARSE DEMANDA DE EJECUCIÓN O CUALQUIER OTRO PROCESO DE COBRO EN CONTRA DEL DEUDOR.** Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.*

El Juez o funcionario competente declarará de plano la nulidad de las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El promotor o el deudor quedan legalmente facultados para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso al juez competente, para lo cual bastará aportar copia del certificado de la Cámara de Comercio, en el que conste la inscripción del aviso de inicio del proceso, o de la providencia de apertura. El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta.” (resaltado fuera del texto).

29. Teniendo en cuenta que la Superintendencia de Sociedades es el Juez del proceso de reorganización, ante la eventualidad de que se produjera una condena en el proceso de responsabilidad fiscal y que la Contraloría pretendiera, abusivamente, intentar el cobro de la condena en contra de **CONALVIAS**, el 6 de diciembre de 2016 se solicitó a la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso, que adoptara una medida cautelar, advirtiendo a la **CONTRALORÍA** que no podía adelantar la ejecución respecto de **CONALVIAS**, por encontrarse en desarrollo y cumplimiento del Acuerdo de Reorganización con sus acreedores, que fue aprobado por la Superintendencia.

30. La Superintendencia resolvió la petición mencionada en el numeral anterior, mediante **Auto No 400-019280 de fecha 22 de diciembre de 2016**, en el cual, si bien es cierto se abstuvo de decretar la medida cautelar solicitada, sí se pronunció frente a las consecuencias del fallo de responsabilidad fiscal

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

proferido por la Contralora Delegada Intersectorial No 8 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, en el siguiente sentido:

“(...)

4. *Respecto de las obligaciones que para la fecha de corte del concurso no eran ciertas por estar sujetas a una condición o litigio, el régimen se ocupa de ellas en el artículo 25, al prever que los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo.*

Indica esta misma norma que “Los fallos de cualquier naturaleza proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización, no constituyen gastos de administración y serán pagados en los términos previstos en el mismo para los de su misma clase y prelación legal.

5. *En el proceso de CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S., en el proyecto de calificación y graduación de créditos y de derechos de voto presentado por el promotor no fue registrado ningún crédito cierto ni litigioso a favor de la Contraloría General de la República. A pesar de ello, durante la etapa de traslado de los mismos no se formuló ninguna objeción por parte del ente de control fiscal, a efectos de que el juez del concurso revisara el asunto.*

6. *Vencida toda oportunidad, la Contraloría General solicitó su reconocimiento en el proceso y pidió la exclusión de los bienes de la masa respecto de los que se constituyó prenda por el deudor en el proceso de responsabilidad fiscal iniciado por hechos ocurridos en 2010. Esta solicitud fue resuelta en Auto 400-008248, en el que se decidió desestimar la solicitud.*

7. En consecuencia, la obligación objeto del proceso de responsabilidad fiscal CD-000257 a favor de la Contraloría General de la República, como no fue reconocida ni incorporada, debe someterse a la regla prevista en el artículo 26 de la Ley 1116 de 2006, esto es que “solo podrán hacerlas efectivas persiguiendo los bienes del deudor que queden una vez cumplido el acuerdo celebrado o cuando sea incumplido éste”, por cuanto los hechos que originaron el proceso ocurrieron en 2010, esto es, antes del inicio del proceso de reorganización.

8. *Respecto de las solicitudes del apoderado de la deudora, el Despacho considera que:*

a. *Respecto de la medida cautelar innominada.*

De conformidad con el artículo 590.1 literal c., C.G.P. además del interés para actuar de las partes, debe demostrarse la existencia de amenaza o la vulneración del derecho para procurar el decreto de estas medidas. El estatuto

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

impone al juez el deber de tener en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

En este caso, como quedó en las consideraciones iniciales, el régimen concursal contiene disposiciones claras en cuanto al tratamiento del pasivo a cargo del concursado y sujeto al proceso según su causación, de manera que la aplicación de las normas no depende de exigir su respeto mediante el decreto de una cautela. Además el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 prohíbe de manera expresa el inicio de procesos de cobro de obligaciones sujetas al concurso.

Por tanto, no se considera necesaria la medida solicitada por el concursado, especialmente porque al existir prohibición de cobro coactivo en la norma citada tampoco resulta razonable el registro en la lista de responsables quede vigente durante todo el tiempo de ejecución del acuerdo, límite que tiene el acreedor para procurar el pago de un pasivo sobre el cual no formuló objeción y que queda sujeto a las reglas del artículo 26 del estatuto de insolvencia. En consecuencia no se accede a la pretensión de la deudora.

b. En cuanto a la petición de que se oficie a Contraloría General de la República

El reporte en el boletín de responsables fiscales tiene como propósito evitar que las entidades estatales celebren contratos con quienes figuren en el reporte, de manera que esta herramienta es, de hecho, un mecanismo de cobro, que riñe con los principios sobre los que se edifica el concurso, a saber, universalidad e igualdad. *En consecuencia, no puede promoverse ninguna acción de cobro de deudas previas al concurso, sino que su satisfacción debe atender a lo acordado en el proceso, o a lo previsto en la ley...”*
(Resaltado fuera de texto)

Con base en lo anterior, el referido Auto No 400-019280 de fecha 22 de diciembre de 2016 la Superintendencia de Sociedades dispuso en el numeral segundo de la parte resolutive, que:

“Advertir a los acreedores de créditos anteriores al inicio del proceso de reorganización, que no es posible promover ni continuar ninguna acción de cobro de sus deudas sino que deben atender los términos del acuerdo o lo dispuesto en la ley”.

31. A pesar de la claridad de la providencia anterior, con fecha 3 de enero de 2017, la Contraloría dispuso la inscripción del nombre de **CONALVIAS CONSTRUCCIONES SAS** en el “boletín de morosos fiscales” y ofició a la Procuraduría General de la Nación, para que hiciera la misma inscripción en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades (SIRI), en contra de las disposiciones legales,
32. El día 10 de enero de 2017 mediante oficio No 2017EE0001126, la oficina jurídica de la Contraloría, se pronunció respecto del recurso de reposición contra el rechazó del incidente de nulidad, argumentando que no era

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

procedente toda vez que el proceso de responsabilidad fiscal había finalizado el 20 de diciembre del 2016.

33. El día 4 de enero de 2017, **CONALVIÁS** radicó ante la **CONTRALORÍA**, bajo el número 2017ER0000915, una comunicación en la que le allegó el auto dictado por la Superintendencia de Sociedades y ratifica la intención de pago de la obligación a que se refiere el fallo de responsabilidad fiscal, señalando que, **ante la imposibilidad legal de pagar ese crédito**, por disposición expresa de la ley 1116, **CONALVIÁS** "(...) *está dispuesta a convocar a una reunión con los acreedores para plantear en ella la solicitud de que se apruebe la inclusión de la sanción impuesta por la contraloría, como una deuda que haga parte del Acuerdo de Reorganización y pueda ser pagada en los mismos términos previstos para los demás acreedores del mismo grado, siempre que previamente se adelante los procedimientos legales y se obtenga la autorización de la modificación por parte de la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso.*".

En la misma comunicación a la que se está haciendo referencia, se señaló:

"Finalmente, respetuosamente solicitamos a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA que, en cumplimiento con las normas de Reorganización Empresarial y el pronunciamiento del juez del concurso (Auto No 400-019280 de fecha 22 de diciembre de 2016 la Superintendencia de Sociedades), se abstenga de ejecutar coactivamente la condena y retire la publicación efectuada el día de hoy a las 10:39:49 en el Boletín No. 88 de responsables fiscales a la sociedad Conalvias Construcciones S.A.S."

34. La anterior comunicación fue respondida por la Contraloría el 20 de enero de 2017 en los siguientes términos:

"En atención a su solicitud radicada ante esta Contraloría Delegada con el No. 2017ER000915 del 4 de enero de 2017, de manera atenta me permito infórmale que se dio traslado a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, dependencia donde se tramitó el proceso que culminó con el fallo con responsabilidad fiscal en contra de la entidad que usted representa."

La anterior, teniendo en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, el Boletín de Responsables "contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les hay dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él."

Señala la misma norma que: "Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas"

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. (Subrayas fuera del texto)

A su vez el Artículo 58 Numeral 2° del Decreto Ley 267 de 2000, asigna a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, la preparación y difusión del Boletín de Responsables Fiscales y la definición de términos y condiciones en que las contralorías del nivel territorial informarán sobre los fallos proferidos en el ámbito de su jurisdicción.

En desarrollo del anterior precepto normativo se expidió la Resolución Orgánica No. 05149 del 25 de octubre de 2000, que precisa:

“ARTICULO 2o. Las Contralorías Territoriales y las dependencias de la Contraloría General de la República (Direcciones de Investigaciones y Juicios Fiscales, Coordinadores de los Grupos de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de las Gerencias Departamentales), deberán reportar a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes los fallos con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriados para su consolidación.

Dicha información será enviada a los funcionarios encargados de la elaboración del Boletín de Responsables Fiscales, adscritos al Despacho de la Contraloría Delegada para Investigaciones, la cual deberá contener: Número del fallo y fecha; nombres y apellidos completos del responsable fiscal reportado, número de cédula de ciudadanía; nombre de la entidad pública afectada- y cuantía del fallo.

Ello no obsta, para que las diferentes entidades fiscalizadoras, informen permanentemente a la Contraloría Delegada acerca de la ejecutoria de los fallos proferidos o de los eventos señalados en el artículo siguiente, para proceder a su incorporación o exclusión, según sea el caso.

ARTICULO 3o. La Contraloría General de la República a través de la Contraloría Delegada para Investigaciones y Juicios Fiscales excluirá del Boletín a los responsables fiscales; cuando:

- Prueben haber cancelado la totalidad de las obligaciones a su cargo.
- El fallo con responsabilidad fiscal haya sido anulado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- El fallo con responsabilidad fiscal haya perdido su fuerza ejecutoria.
- Prescripción de la acción de cobro.
- Revocatoria directa del fallo con responsabilidad fiscal.”

Lo anterior para señalar que la función de esta Delegada consiste en registrar y consolidar la información que se debe incluir o excluir en el Boletín de

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Responsables Fiscales, pero es responsabilidad de cada operador fiscal verificar que previamente se encuentren acreditados los requisitos para ello.”.

35. El día 25 de enero de 2017 la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA le remitió una comunicación a la Superintendencia de Sociedades en la que, entre otras, señala:

“(…), este órgano de control considera que el régimen especial que rige los trámites, la imposición, la ejecución y el cobro de los procesos de responsabilidad fiscal, no puede ser derogado o subrogado por las disposiciones generales. En efecto, el artículo 267 de la Constitución Política consagra que el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República, entidad de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestas, a cargo de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

(…)

*Como se observa, el cobro coactivo del monto del daño patrimonial fiscal definido dentro de un fallo con responsabilidad fiscal **goza de un tratamiento constitucional especial**, situación que no ocurre con la deuda de los particulares o privados, quienes tienen un interés privado e individual. Ese privilegio o prerrogativa reconocida constitucionalmente a la Contraloría General de la República en razón de sus especiales funciones, permite la independencia y autonomía del cobro coactivo para proteger eficazmente el recurso público.*

(…)

La facultad de establecer la responsabilidad fiscal y la ejecución del daño patrimonial al Estado declarado mediante el respectivo proceso lo otorga directamente la Constitución Política a la Contraloría General de la República. Y no podría este órgano de control concentrarse junto con los demás acreedores en un proceso de naturaleza privada, por cuanto el mismo no podría ser aplicable a la Contraloría en tanto ésta defiende intereses de carácter general.

(…)

*De otra parte, la obligación que se deriva del fallo con responsabilidad fiscal para la sociedad CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S., **el cual no es fruto de un litigio sino de una actuación administrativa, surge a la vida jurídica y se hace exigible con la ejecutoria del mismo fallo, es decir, en fecha muy posterior al inicio del proceso de reorganización empresarial**, sin que se tenga noticia de que la citada sociedad hubiese cumplido con la carga de informar a la Superintendencia de Sociedades sobre el particular y en tiempo oportuno.*

(…)

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

*Con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales y en la jurisprudencia de las Altas Cortes, resulta dable concluir que **el proceso de cobro coactivo** de naturaleza constitucional, a cargo de la Contraloría General de la República para recuperar el valor correspondiente al detrimento patrimonial del Estado, es autónomo e independiente y prima sobre el proceso de reorganización empresarial de carácter legal.*

(...)

*En efecto, **los recursos públicos gozan de un régimen de protección especial, prioritario, y por ende, prevalente** por cuanto están al servicio de la satisfacción de las necesidades de todos los colombianos.*

(...)

La inclusión en el boletín de responsables fiscales es una consecuencia imperativa de la ley como proveniente de la declaratoria de la responsabilidad fiscal que tiene una finalidad que trasciende el simple cobro coactivo de la obligación.

(...)” (resaltado fuera del texto).

36.El 4 de enero de 2017 se realiza la inscripción de la Empresa **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S** en el Boletín de Responsables Fiscales.

37.El día 5 de enero de 2017, el apoderado de las sociedades GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S., CESAR JARAMILLO Y CIA S.A.S., EDGAR JARAMILLO J Y CIA S.A.S., PATRIA S.A., radicó Recurso de Reposición contra el Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016.

El precitado recurso fue negado con los mismos argumentos de que la Contraloría considera que sus facultades son constitucionales, desconociendo con ello, que es de la Constitución de donde devienen todas las facultades de los entes administrativos y judiciales, y por ello, simplemente considera que la ley 1116 no le es aplicable o no tiene que respetarla.

38.Frente a la anterior decisión de negar el recurso, también se interpuso solicitud de revocatoria directa, recurso de apelación y queja, todos los cuales también fueron desestimados. Copia de los respectivos escritos y de las decisiones que se profirieron al respecto, se acompañan con el presente escrito.

39.Ante la Superintendencia de Sociedades, **como juez del concurso y, en consecuencia, como la autoridad judicial a la que corresponde tomar las medidas pertinentes para que se cumpla la ley y se preserve el orden que ésta impone**, mediante escrito de fecha 31 de enero de 2017 se formuló nuevamente solicitud para que, dentro de las funciones y poderes

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

que tiene, interviniera y oficiara a la Contraloría, ordenándole suspender la inscripción en el boletín, lo cual fue respondido mediante auto No. 400-004332 de fecha 12 de febrero de 2017, en el que indicó que:

“(...)

1. Respecto de la solicitud inicial de la sociedad, este Despacho en Auto 400-019280 de 22 de diciembre de 2016 advirtió a los acreedores de créditos anteriores al inicio del proceso de reorganización que “no es posible promover ni continuar ninguna acción de cobro de sus deudas sino que deben atender los términos del acuerdo o lo dispuesto en la ley”.

2. En su solicitud, el apoderado de la concursada pidió que se emitan órdenes a los órganos de control citados a fin de que cese el cobro de obligaciones que debieron ser reconocidas en el proceso de reorganización y que se cancelen las inscripciones en los registros que dan cuenta de la no satisfacción de estas obligaciones.

3. El memorialista pasa por alto que el inciso tercero del artículo 20 de la Ley 1116 de 20061 atribuye expresamente al promotor o al deudor la facultad para alegar ante el juez o autoridad, ante cuyo despacho se lleven los procesos de cobro, la nulidad de lo actuado por la existencia del concurso. La norma señala, como se ve, la vía procesal y a los legitimados para proponer la actuación, de manera que excede la competencia de este Despacho lo que pide la concursada.

Si bien el juez del concurso, como operador de la insolvencia, es responsable de evitar o remediar situaciones que pongan en riesgo la continuidad del acuerdo de reorganización, no le es dado asumir cargas que corresponden a intervinientes del proceso concursal.

(...)” (resaltado fuera del texto).

40. Atendiendo lo señalado por el juez concursal, se acudió ante la Contraloría y mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2017, se solicitó a esa entidad la declaración de nulidad de todo lo actuado, teniendo en cuenta que, como lo indicó expresamente la Superintendencia, la actuación de la Contraloría era contra ley, por estar adelantando un proceso de cobro en contra de expresas disposiciones legales que lo prohíbe.

Frente a la solicitud de nulidad, la Contraloría se pronunció mediante comunicación de fecha 22 de marzo de la misma anualidad, en la que simplemente rechaza el incidente de nulidad alegando que este tipo de nulidad no procede ante sus actuaciones y que el término para ello precluyó con la terminación del proceso administrativo.

41. Es importante destacar, que frente a la Contraloría se agotaron todos los mecanismos establecidos en la ley para que la mencionada entidad levante la inscripción que hizo de la sociedad **CONALVIAS** en el Boletín de Responsables Fiscales, no obstante lo cual, esa entidad se ha obstinado en

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

negar los recursos y mantenerse desconociendo las normas legales, so pretexto de que es una autoridad superior a las demás.

42. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que hasta la fecha la Contraloría no ha librado mandamiento de pago en contra de mi representada con ocasión de la condena impuesta, como correspondería haberlo hecho como consecuencia del proceso de responsabilidad fiscal; eso demuestra que sabe que de hacerlo estaría violando la ley 1116 y porque sabe que, el hecho de no haberse hecho parte dentro del proceso de reorganización y haber perdido la oportunidad para cobrar el crédito frente a **CONALVIAS**, implica una imposibilidad de cobro y que el crédito a su favor se encuentre “postergado”, por lo que se ha limitado a mantener la situación de statu quo, lo que de hecho está causando un serio perjuicio a la sociedad que represento, como se establecerá más adelante.

43. A pesar de las insistentes peticiones que se le han hecho a la Superintendencia de Sociedades, para que ejerza sus poderes como juez y evite el abuso y el daño que se viene ocasionando, hasta la fecha no ha sido posible lograr que cumpla con sus funciones ordenando el levantamiento de la inscripción en el boletín, de manera que el abuso de la Contraloría y la omisión por parte de la Superintendencia, están no solo desconociendo la ley sino llevando rápidamente a la muerte económica de la sociedad **CONALVIAS**.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Los hechos descritos anteriormente configuran una violación del derecho fundamental al debido proceso y al derecho de defensa, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, de **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** y una violación al derecho fundamental a la libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, toda vez que de mantenerse la ilegal inscripción de la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** en el Boletín de Responsables Fiscales, está implicando que no pueda participar en licitaciones públicas, de donde se generan el 80% de sus ingresos; o que se decrete la suspensión o la terminación de contratos que está desarrollando, como ya ha sucedido con algunos contratos.

Esta situación derivada de la inscripción indebida en el boletín, está generando como consecuencia, que la accionante no vaya a contar con los recursos necesarios para su operación ni para pagar las obligaciones establecidas en el Acuerdo de Reestructuración celebrado con los acreedores y su consecuente liquidación.

a) VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

En relación con el debido proceso, el artículo 29 de la Constitución Política, en su parte pertinente establece:

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”

Y, en desarrollo de lo anterior, el artículo 13 del Código General del Proceso dispone:

“Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

(...). (resaltado fuera del texto).

En relación con el debido proceso, en sentencia C-083-15, Expediente D-10346 del 24 de febrero de 2015, Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional señaló:

“13.- Múltiples instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia¹ incluyen entre las garantías exigibles al Estado, la consagración y el respeto por el derecho al debido proceso. El artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, de hecho, no solo consagra tal derecho como fundamental, sino que reconoce además su aplicación a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en oportunidades previas, ha manifestado que el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, se instituye en la Carta Política como uno de los pilares de nuestro Estado Social, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como un contrapeso al poder del Estado², - en particular al ius puniendi -³, al someter las actuaciones judiciales y administrativas a los procedimientos y requisitos previamente establecidos en la legislación, bajo el amparo del principio de legalidad. En consideración a lo anterior, la Corte Constitucional ha definido este derecho⁴, “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se

¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos – art. 10 y 11-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) – art.14 y 15-, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –art.8. Este derecho ha sido desarrollado también por la jurisprudencia de órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ivcher Bronstein, 2001, que ha establecido que el principio del debido proceso se aplica también a los procedimientos de carácter civil y administrativo. A este respecto también pueden verse las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y C-1189 de 2005, entre otras.

² Corte Constitucional. Ver Sentencias C-331 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.⁵

Entre las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso, pueden citarse, siguiendo en gran medida la **sentencia C-341 de 2014**, entre otras, las siguientes⁶:

(i) El derecho a la jurisdicción⁷, que conlleva el derecho al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas; a lograr una pronta resolución judicial⁸, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, - lo que incluiría en ciertos casos el principio de doble instancia⁹-, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.

(ii) El derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.

(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables¹⁰, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas¹¹, a la buena fe y a la lealtad procesal.

(iv) El derecho a un proceso público, desarrollado con prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas¹² y que permita la publicidad de las actuaciones y decisiones¹³ adoptadas en esos procedimientos.

(v) El derecho a la independencia judicial que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales se confía la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al Ejecutivo y al legislativo, y

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. Ver además, entre otras, las sentencias T-001 de 1993, T-345 de 1996, C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo, ver, también las sentencias SU-250 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de 2003, T-597 de 2004, T-031, T-222, T-746, C-929 de 2005 y C-1189 de 2005.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. Ver también las Sentencias C-053 de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-259 de 1995, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

(vi) *El derecho a la imparcialidad del juzgador, a quien se le exige decidir con fundamento en los hechos y conforme al orden jurídico, sin prevenciones o influencias ilícitas."*

14.- *Con la Constitución Política de 1991, tales garantías del debido proceso judicial general¹⁴, se extendieron también a las actuaciones administrativas¹⁵, a fin de asegurar la protección del interés general y el respeto por los derechos y principios ligados al ejercicio de la función pública¹⁶. De este modo, **muchos de los elementos que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican también a toda clase de actuaciones que desarrollen las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones.***

*No obstante, las garantías que se describen, no fueron trasladadas de manera directa e irreflexiva del ámbito judicial al administrativo, en la medida en que la función pública cuenta con otros requerimientos adicionales de orden constitucional que deben ser tenidos en cuenta, junto al debido proceso, en el ejercicio de tales atribuciones. **En efecto, las autoridades administrativas están obligadas, además de respetar el debido proceso, a no transgredir los principios reguladores de la función pública, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, definidos en el artículo 209 de la Carta Política y desarrollados recientemente por el Legislador en el artículo 3° del CPACA¹⁷.** Por lo tanto, el respeto por los derechos fundamentales de los asociados, - entre ellos el derecho al debido proceso administrativo (art. 29¹⁸ C.P.)¹⁹-, junto con los principios antes mencionados, - de acuerdo con los artículos 6²⁰ y 209²¹ de la Constitución-, deben armonizarse necesariamente, en el cumplimiento de las labores públicas.*

(...)" (resaltado fuera del texto).

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

¹⁵ Ver entre otras las sentencias C-089 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-980 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-012 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁶ Corte Constitucional. C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle

¹⁷ **Artículo 3° CPACA. "Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. //Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (...)"

¹⁸ **Artículo 29 C.P.** "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...)"

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

²⁰ **Artículo 6° C.P.** "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

²¹ **Artículo 209 C.P.** "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

Por otra parte, en relación con la protección al debido proceso, como derecho fundamental, la Corte Constitucional en sentencia C-032/17²² también señaló:

“7.1. El derecho al debido proceso

El debido proceso es el más importante de los derechos de defensa e involucra una serie de derechos, garantías y protecciones, adoptadas tanto por los sistemas internos, como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional, “El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del estado no resulte arbitraria”²³.

En el caso colombiano el derecho al debido proceso fue dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, que enumera diversas garantías que no agotan el contenido de ese derecho, relacionadas con el recurso judicial efectivo establecido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dentro de esta perspectiva ha dicho la Corte Constitucional, que “el derecho fundamental al debido proceso, comprendido como un complejo de garantías a favor de las partes, guarda unidad de sentido con la concepción que del derecho a un recurso judicial efectivo ofrece el derecho internacional de los derechos humanos”²⁴.

El inciso primero del artículo 29, puntualmente dispone que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, lo que es todo un avance, en el sentido que durante dos siglos, la comprensión del debido proceso estuvo circunscrita únicamente a las actuaciones judiciales, quedando las personas sin fórmula de protección frente a las actuaciones de la administración. En sentido concurrente se tiene hoy un espacio amplio para el despliegue de este derecho, que involucra en principio dos grandes escenarios: el debido proceso frente a las actuaciones y procedimientos administrativos y el debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio, que es justamente el que concita la atención de la Sala en el presente caso.

7.2. El debido proceso en el procedimiento administrativo y en el derecho administrativo sancionatorio

En el plano de las actuaciones y procedimientos administrativos, la Corte ha considerado que el debido proceso tiene como caracteres básicos siguientes²⁵: se trata de un derecho de rango constitucional; involucra las características propias del debido proceso general; existe y es operativo no sólo para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; responde por la integridad de las garantías procesales y por la efectividad de los principios que informan

²² Corte Constitucional, Mag. Pte. Dr. Alberto Rojas Ríos, 25 de enero de 2017, Exp. D-11430.

²³ Sentencia C-475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No. 4

²⁴ Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 9

²⁵ Sentencia T-103 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 3.4

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

el ejercicio de la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad); tiene entre sus componentes fundamentales los principios de publicidad y celeridad de la función administrativa; y determina que las actuaciones administrativas se rijan por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la concurrencia de procedimientos administrativos especiales.”

Teniendo claro lo anterior, esto es, que el derecho fundamental al debido proceso debe ser atendido en todo tipo de trámite, sin importar la autoridad ante quien se adelante, debemos adentrarnos en el alcance de los preceptos establecidos en la ley 1116 de 2006, a la cual fue admitida la sociedad **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** por auto **400-013139 DE 2 DE OCTUBRE DE 2015.**

LA LEY 1116 de 2006.

Nuestra Constitución Política establece un régimen de protección a las empresas, al considerarlas base del desarrollo y fuente de empleo.

Ahora bien; es claro que en el desarrollo de la actividad económica, se pueden presentar situaciones que lleven a que las empresas no puedan cumplir con los compromisos que adquiere, bien por problemas de solvencia o por problemas de iliquidez, que pueden tener origen en factores internos o externos a la compañía.

En consideración al papel de las empresas en el desarrollo económico del país y en ejercicio de las facultades del Estado para intervenir en la economía, de tiempo atrás el Estado ha regulado procesos para que las **empresas viables** puedan hacer acuerdos con sus acreedores, que conlleven la normalización de la actividad, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y la continuidad de su papel de motores de la economía y fuentes de empleo.

La última normatividad dictada para regular los procesos de reorganización empresarial y la liquidación judicial de la sociedad, si a ello hubiere lugar, fue la ley 1116 de 2006, respecto de la cual, en sentencia C-620 de 2012²⁶ se señala lo siguiente:

“(…)

Intervención de la Superintendencia de Sociedades

La apoderada de la Superintendencia de Sociedades solicita que las normas sean declaradas constitucionales por las siguientes razones:

Manifiesta que la sociedad que se encuentra en un proceso de reorganización es una persona habilitada para desarrollar su actividad comercial sin restricción alguna y sin un riesgo inherente al trámite de reestructuración. En este sentido, señala que el trámite de reorganización

²⁶ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, del 9 de agosto de 2012, expediente D- 8955.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

no está instituido para empresas en quiebra, sino para empresas viables y no implica la parálisis de la actividad empresarial:

“En consecuencia, este trámite de insolvencia está instituido para empresas viables, habilitadas para desarrollar su actividad comercial con normalidad, pero que afronta problemas de liquidez transitoria que afecta la posibilidad de atender el pago de sus obligaciones de manera inmediata, pero que encuentra en el trámite de insolvencia la solución a los incumplimiento en un plazo muy corto, con el acuerdo de sus acreedores y bajo reglas claras y previamente establecidas.

El trámite de reorganización descarta, cualquier posibilidad de parálisis de la actividad empresarial, y por el contrario, su esquema fue diseñado para una negociación en la que acreedores, representante legal, promotores y accionistas, unan sus esfuerzos y equilibren sus intereses en un trámite que garantiza una dirección general definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y reactivación empresarial”

En la misma sentencia, y específicamente en el aparte de considerandos, la Corte Constitucional señala:

“...

3.3. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN.

La empresa es la base del desarrollo²⁷, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad²⁸, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad²⁹, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes³⁰.

Por lo anterior, le corresponde al Estado, no solamente exigir el cumplimiento de esta función, sino también estimular el desarrollo empresarial³¹ y promover su reactivación en aquellos eventos en los cuales la empresa se encuentre en una situación especial³².

La actividad económica de las empresas es fundamental para el Estado y por ello éste puede establecer legítimamente políticas de estímulo y protección de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas:

²⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-645 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-823 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³² Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

(...)

En este marco surgen las medidas de reactivación empresarial, las cuales se fundamentan en la competencia constitucional del Estado para intervenir en la economía, a fin de lograr la reactivación de las empresas, en atención a que desde la óptica constitucional son consideradas como la base del desarrollo, según lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Carta Política³³.

Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad³⁴.

La finalidad perseguida por la ley al establecer estas condiciones especiales que faciliten la reactivación y viabilidad de la empresa no es otra que la de preservarla como fuente de empleo y de desarrollo en virtud de lo prescrito por el artículo 333 superior³⁵.

En este sentido, el derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa:

“El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que,

³³ Sentencia de la Corte Constitucional C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

14

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum-³⁶.

(...)

En este sentido, esta Corporación ha reconocido que la legislación sobre reactivación empresarial constituye una manifestación legítima del Estado en la economía que tiene por finalidad la preservación del interés general a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugías económicas y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad:

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 334 de la Carta Política, al Estado le corresponde la dirección general de la economía y, en tal virtud, el legislador se encuentra autorizado para dictar normas de intervención en ella que garanticen que la actividad económica se desarrolle sin menoscabo de los principios y valores adoptados por el Constituyente de 1991. Ello significa, entonces, que ha de preservarse la organización democrática de las empresas, el cumplimiento de la función social de éstas, el fomento del empleo, el respeto a los derechos fundamentales, el derecho de participación en todas sus manifestaciones, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la igualdad de oportunidades y el estímulo a las actividades empresariales, dentro del marco de un Estado social de Derecho y una economía social de mercado.

Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugías económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad”³⁷.

(...)

Los acuerdos de reestructuración se aplican ante la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente³⁸ y tienen múltiples efectos a favor de la empresa, tales como: la imposibilidad de admitir o continuar la demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor³⁹, la continuidad de los contratos⁴⁰, la suspensión de la causal de

³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³⁸ Artículo 9 de la Ley 1116 de 2006.

³⁹ Artículo 20 de la Ley 1116 de 2006: “Nuevos procesos de ejecución y procesos de ejecución en curso. A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

disolución por pérdidas⁴¹, la flexibilización de las condiciones de aportes al capital⁴², la conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias⁴³, entre otras.

inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.

El Juez o funcionario competente declarará de plano la nulidad de las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El promotor o el deudor quedan legalmente facultados para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso al juez competente, para lo cual bastará aportar copia del certificado de la Cámara de Comercio, en el que conste la inscripción del aviso de inicio del proceso, o de la providencia de apertura. El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta”

⁴⁰ Artículo 21 de la Ley 1116 de 2006: “Continuidad de contratos. Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 80 de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en proceso de ejecución.
2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación. Al momento de la solicitud, el deudor deberá presentar:
 - a) Un análisis de la relación costo-beneficio para el propósito de la reorganización de llevarse a cabo la terminación, en la cual se tome en cuenta la indemnización a cuyo pago podría verse sujeto el deudor con ocasión de la terminación;
 - b) En caso que el juez de concurso autorice la terminación del contrato, la indemnización respectiva se tramitará a través del procedimiento abreviado y el monto que resulte de la indemnización se incluirá en el acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda”.

⁴¹ Artículo 23 de la Ley 1116 de 2006: “Suspensión de la causal de disolución por pérdidas. Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas.

En el acuerdo de reorganización deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

⁴² Artículo 42 de la Ley 1116 de 2006: “Flexibilización de las condiciones de aportes al capital. La suscripción y pago de nuevos aportes en el capital de los deudores reestructurados, podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en el Código de Comercio, sin exceder el plazo previsto para la ejecución del acuerdo.

La colocación de las participaciones sociales podrá hacerse por un precio de suscripción inferior al valor nominal, fijado con base en procesos de valoración técnicamente reconocidos, por evaluadores independientes.

La capitalización de acreencias y las daciones en pago requerirán del consentimiento individual del respectivo acreedor”.

⁴³ Artículo 43. de la Ley 1116 de 2006: “Conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias. En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

(...)

De esta manera, puede concluirse que la legislación concursal ha pasado de ser un mero instrumento para el pago ordenado de los pasivos del deudor a convertirse en una herramienta para la protección de la empresa que se encuentra en una situación de insolvencia y que busca su preservación, permitiéndole continuar con el ejercicio de sus actividades económicas.” (resaltado fuera del texto).

Por su parte, en la sentencia T-149-16⁴⁴ la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“El régimen de insolvencia se inspira en los principios de universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica⁴⁵. En virtud de la universalidad, debe concurrir al proceso la totalidad del patrimonio del deudor (dimensión objetiva) y de los

fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.

2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos.

3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto.

4. Si durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor gozará de la misma prelación que le otorgaba el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien.

5. La constitución, modificación o cancelación de garantías, o la suspensión o conservación de su exigibilidad derivadas del acuerdo, requerirá el voto del beneficiario respectivo y bastará la inscripción de la parte pertinente del mismo en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar nuevamente ningún otro documento y, salvo pacto en contrario, compartirá proporcionalmente el mismo grado de todos aquellos acreedores que concedan las mismas ventajas al deudor. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestarán mérito ejecutivo.

6. La estipulación de un acuerdo de reorganización que amplíe el plazo de aquellas obligaciones del deudor que cuenten con garantes personales o con cauciones reales constituidas sobre bienes distintos de los del deudor, no pone fin a la responsabilidad de los garantes ni extingue dichas cauciones reales.

7. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, el acreedor que cuente con garantías reales o personales constituidas por terceros para amparar créditos cuyo pago haya sido contemplado en el acuerdo, podrá iniciar procesos de cobro contra los garantes del deudor o continuar los que estén en curso al momento de la celebración del acuerdo”.

⁴⁴ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, 31 de marzo de 2016, Expediente T-5220187

⁴⁵ “ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios: 1. Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. // 2. Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. // 3. Eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible. // 4. Información: En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso. // 5. Negociabilidad: Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor. // 6. Reciprocidad: Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza. // 7. Gobernabilidad económica: Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial”.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

acreedores (dimensión subjetiva), porque de otro modo difícilmente podría tenerse claridad acerca de la situación real de una empresa y de las posibilidades de éxito ante un eventual proceso de reestructuración.

Este principio guarda estrecha relación con el de igualdad, según el cual ha de procurarse un tratamiento equitativo a los acreedores (par conditio creditorum), sin perjuicio de la prelación de créditos prevista en la ley. (...).⁴⁶

En el contexto anteriormente señalado, esto es, que la ley 1116 de 2006 es un mecanismo de intervención del Estado que propende por la protección del crédito, la salvaguardia de las empresas viables y la continuidad de su actividad a fin de que continúe siendo motor de la economía y fuente generadora de empleo, debemos observar que la ley 1116 establece unos procedimientos y trámites que se deben adelantar, y que, como normas de procedimiento, deben ser cumplidas tanto por el Juez del Concurso, como por los acreedores y por la entidad deudora, so pena de violar el derecho fundamental del debido proceso.

Para determinar si existe o no violación al derecho fundamental al debido proceso de parte de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, por inscribir en el Boletín de Responsables Fiscales a **COLNALVIAS**, debemos analizar tres puntos específicos respecto de la ley 1116, así: (i) cuáles acreedores quedan sujetos a las resultas del trámite del proceso regulado en la ley 1116, (ii) Cuáles son las oportunidades que tienen los acreedores para hacer la reclamación de sus acreencias. (iii) cuáles son las consecuencias de que los acreedores no ejerzan los derechos en las oportunidades correspondientes

Para lo cual tenemos lo siguiente:

- (i) **Cuáles acreedores quedan sujetos a las resultas del trámite del proceso regulado en la ley 1116?**

Para contestar el interrogante, en primer lugar debemos hacer referencia a lo establecido en el numeral 1° del artículo 4°, en tanto señala que:

“El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

- 1. Universalidad.** *La totalidad de los bienes del deudor y **TODOS SUS ACREEDORES QUEDAN VINCULADOS AL PROCESO DE INSOLVENCIA A PARTIR DE SU INICIACIÓN.**”*

Conforme al principio de universalidad consagrado en la ley 1116, es claro que todos los acreedores de la sociedad deudora, sin que la ley prevea exclusión o

⁴⁶ Sala Plena. Corte Constitucional. Sentencia C-527 de 2013. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 (parcial) de la ley 1116 de 2006, “por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

excepción de ningún tipo, quedan sujetos a las resultas del proceso de reorganización.

En consideración a ese principio de Universalidad, el artículo 20 de la ley 1116 establece que a partir de la fecha de admisión al trámite de reorganización **NO PUEDEN INICIARSE** ni continuarse procesos de ejecución o **CUALQUIER OTRO PROCESO DE COBRO EN CONTRA DEL DEUDOR**.

Ahora, respecto de las obligaciones o créditos que son materia del proceso de reorganización, la ley establece que cualquier obligación que tenga la sociedad deudora es objeto del acuerdo de reorganización, ya se trate de obligaciones de dar, hacer, no hacer o de pagar una suma líquida de dinero.

En cuanto a las obligaciones que se deben incluir en el proyecto de calificación, sean **ESTAS EXIGIBLES O NO**, son las obligaciones conocidas como obligaciones “pre”, esto es, las causadas con anterioridad a la admisión al trámite de reorganización, siendo que las obligaciones que se causan con posterioridad a dicha admisión, son obligaciones denominadas “post” y constituyen los llamados “gastos de administración”.

En relación con lo que se acaba de mencionar, es importante resaltar que para determinar que la obligación es “post” o gasto de administración, el artículo 71 de la ley 1116 dispone que son las “**CAUSADAS CON POSTERIORIDAD**” a la admisión del proceso y **la causación** se refiere a la circunstancia o hecho que la **origina**, por lo que, las obligaciones causadas con anterioridad a dicha admisión, son pre y son las que son parte de la negociación y deben ser incluidas en el Acuerdo de Reorganización.

Conforme a lo anterior, dado que para la fecha de admisión al trámite de reorganización de la sociedad **CONALVIAS**, no existía un crédito cierto a favor de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, sino que, para esa fecha, sólo había un proceso de investigación de responsabilidad fiscal sin una sentencia de que declarara tal responsabilidad y mucho menos fijara el monto de la misma, debemos preguntarnos si la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** debía presentarse al trámite de reorganización de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES?**

Para resolver este interrogante, debemos observar lo señalado en el inciso segundo del artículo 25 de la ley 1116, que señala:

“Los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago”. (resaltado fuera del texto).

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Conforme a la norma que se acaba de transcribir, es claro que para la fecha de admisión de **CONALVIÁS** al trámite de reorganización, no existía una obligación cierta a favor de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** sino que la misma era condicional, esto es, sujeta a que se dictara sentencia en contra de **CONALVIÁS** dentro del proceso de responsabilidad fiscal y se determinara el valor de la acreencia, siendo evidente que la causa de esa posible condena era un hecho acaecido con anterioridad a la admisión de **CONALVIÁS** al proceso de reorganización, esa obligación, se reitera, era condicional y por lo tanto sujeta a las resultas del trámite del proceso de reorganización.

Ahora bien, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** ha manifestado que la condena impuesta a **CONALVIÁS CONSTRUCCIONES S.A.S.** en virtud del proceso de responsabilidad fiscal tiene una naturaleza especial y que sus funciones tienen rango constitucional, por lo que su cobro no puede estar sujeto a las normas que regulan el proceso de reorganización.

Al respecto debe señalarse que si bien las funciones que desarrolla la **CONTRALORÍA** emanan de una norma constitucional, ello de manera alguna hace que las obligaciones dinerarias que puedan surgir a su favor tengan rango especial o constitucional al que alude la **CONTRALORÍA**.

De atenderse lo señalado por la **CONTRALORÍA** tendría que concluirse, a manera de ejemplo, que las obligaciones a favor de la **DIAN** y, aún las obligaciones a favor de las **ENTIDADES FINANCIERA**, tiene un rango especial por cuanto es la Constitución [artículos 338, 362 y 363, entre otros] la que autoriza la imposición de tributos y la que autoriza el desarrollo de la actividad financiera [artículo 335] y por tanto, al decir de la tesis de la **CONTRALORÍA**, no estarían sujetas a lo dispuesto en la ley 1116 de 2006, lo cual, a todas luces, resulta contrario a dicha norma legal y al objetivo mismo de las leyes que regulan los procesos concursales.

La reglamentación de la ley 1116 no es para nada *sui generis*, sino que la misma guarda correspondencia con lo que el legislador tiene contemplado de manera general para los procesos concursales a los que se pueden ver avocadas otras instituciones en el devenir de su actividad, sin que en ninguna norma se contemple una prelación o pago preferente para las obligaciones derivadas de sentencias, cualquiera sea su naturaleza.

Así por ejemplo, el artículo 9.1.3.5.10 del decreto 2555 de 2010, que regula lo relacionado con el proceso de liquidación de entidades financieras, en su parte pertinente, esto es, respecto del pago de procesos iniciados antes de la toma de posesión, señala:

Artículo 9.1.3.5.10 Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso.

Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

a) *Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso. En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, **para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición**, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.” (resaltado fuera del texto).*

Nótese que la norma en mención claramente señala que las obligaciones derivadas de sentencias, si es que el acreedor se presentó oportunamente al proceso, se incluyen para ser pagas en las mismas condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza, sin que el legislador haya consagrado ninguna diferenciación respecto del tipo de sentencia o respecto de la entidad que la profiera y, “donde el legislador no distingue no le es dable al interprete distinguir”.

DE LAS REFERENCIAS NORMATIVAS ANTES REALIZADAS CLARAMENTE SE PUEDE ESTABLECER QUE LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE MANERA ALGUNA FUE DARLE UN TRATAMIENTO PRIVILEGIADO O DIFERENCIADO A LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA CONTRALORÍA Y MUCHO MENOS EXCLUIRLAS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES [REORGANIZACIÓN O LIQUIDACIÓN].

Ahora bien, la condena impuesta por la **CONTRALORÍA** tampoco se puede denominar como gasto de administración para ser pagado dentro del trámite del proceso, si se tiene en cuenta lo establecido en el inciso 3° del artículo 25 que establece:

“LOS FALLOS DE CUALQUIER NATURALEZA proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización, **NO CONSTITUYEN GASTOS DE ADMINISTRACIÓN y serán pagados en los términos previstos en el mismo para los de su misma clase y prelación legal.** En el evento de estar cancelados los de su categoría, procederá su pago, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo.”.

Y con el mismo sentido se consagra en los procesos de liquidación de entidades financieras, pues la norma limita los gastos que se califican como de administración y que se pueden pagar una vez se generen. En efecto, el artículo 9.1.3.5.2 del decreto 2555 de 2010 establece:

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

“Los créditos que se causen durante el curso de la liquidación por concepto de salarios, prestaciones sociales y aquellos en los que se incurra para la realización o recuperación de activos y aquellos derivados del artículo 9.1.3.10.1 del presente decreto [archivo], se pagarán de preferencia respecto de cualquier otro crédito, como gasto de administración de liquidación. Igual tratamiento recibirán las obligaciones por concepto de impuestos, tasas y contribuciones siempre y cuando estos afecten la enajenación de los bienes de la liquidación, los honorarios profesionales que se causen con ocasión del proceso, los pagos a los auxiliares de la justicia y de conformidad con lo dispuesto por el literal h) del numeral 9 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero todas las obligaciones que a juicio del Liquidador sean necesarias para la conservación de los activos de la entidad intervenida.

En todo caso, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN podrá señalar mediante instructivos de carácter general todos aquellos gastos administrativos que por su naturaleza constituyen gastos de funcionamiento.”

Conforme a lo señalado es claro que en el régimen concursal, bien de sociedades del sector real o de entidades del sector financiero no existe norma legal alguna que autorice el pago de una acreencia, causada por hechos originados con anterioridad al inicio del proceso concordatario, para que se paguen con preferencia o prelación a las de su misma clase y mucho menos como gasto de administración.

(ii) Cuáles son las oportunidades que tienen los acreedores para hacer la reclamación de sus acreencias.

Ahora bien, el Promotor designado tiene la obligación legal de realizar un proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, el cual se realiza con base en la información suministrada por la deudora y los *“demás documentos y elementos de prueba **que aporten los interesados**”* y en dicho proyecto se deben incluir todas las obligaciones de la sociedad deudora, que se hayan causado o tengan origen por hechos ocurridos hasta la fecha de admisión al trámite del acuerdo de reorganización.

Cuando la norma legal señala que el promotor realiza la determinación de derechos de voto con los elementos de prueba que aporten los interesados, es porque la norma autoriza a que, sin perjuicio de las pruebas que se deriven de la contabilidad del deudor, cualquier acreedor puede presentarse hasta antes de que el Promotor emita su determinación de acreencias y votos, y le solicite la inclusión de su crédito dentro de tal determinación, pudiendo acompañar a su solicitud, las pruebas que considere pertinentes.

Es de anotar que, en todo caso, los acreedores que no estén de acuerdo con el proyecto presentado por el promotor, tienen la posibilidad de objetar el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos, lo cual deben hacer dentro del término legal previsto para el efecto y deben allegar las pruebas que pretenden hacer valer, tal como lo establece el artículo 29 de la ley 1116 para que el Promotor cambie su

determinación y haga la inclusión de la acreencia o la contingencia en los términos y condiciones señalados en la ley.

Téngase en cuenta, en todo caso que los términos y oportunidades señaladas en la ley son preclusivas, sin que, pasados los términos, los mismos se pueda retrotraer o “revivir” salvo en las precisas condiciones señaladas en la ley, siendo que en el caso que ocupa la atención del Tribunal, no se presentó ninguna condición para que ello se diera.

Siendo claro lo anterior, pasaremos a analizar el tercer punto, esto es:

(iii) *Cuáles son las consecuencias de que los acreedores no ejerzan los derechos en las oportunidades correspondientes.*

De lo dicho anteriormente, que tiene sustento en la normas legales mencionadas en este escrito, es claro que la ley ha establecido, por lo menos dos oportunidades en que los acreedores pueden hacer valer sus derechos para ser reconocidos dentro del trámite de reorganización establecido en la ley 1116: solicitándolo expresamente al Promotor, antes de que este realice la calificación de créditos u objetando dicha determinación, dentro del término de 5 días de traslado que contempla la ley.

Ahora bien, y qué sucede si el acreedor no hace uso de los derechos señalados en la ley 1116 de 2006 para reclamar su inclusión en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto?. Para responder esa pregunta hemos de hacer referencia a lo señalado en el artículo 26 de la misma ley 1116 que establece:

*“Los acreedores cuyas obligaciones no hayan sido relacionadas en el inventario de acreencias y en el correspondiente proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto a que hace referencia esta ley y que no hayan formulado oportunamente objeciones a las mismas, **SOLO PODRÁN HACERLAS EFECTIVAS PERSIGUIENDO BIENES DEL DEUDOR QUE QUEDEN UNA VEZ CUMPLIDO EL ACUERDO CELEBRADO O CUANDO SEA INCUMPLIDO ESTE, SALVO QUE SEAN EXPRESAMENTE ADMITIDOS POR LOS DEMÁS ACREEDORES EN EL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN.**” (resaltado fuera del texto).*

Nótese que este artículo es posterior al artículo que regula las acreencias litigiosas o condicionales, con lo que, haciendo un análisis sistemático de la ley 1116, las consecuencias previstas en el artículo 26 de la ley 1116 también se aplica a ese tipo de crédito, esto es, a los litigiosos o condicionales.

Conforme a la norma que se acaba de transcribir, es claro que el crédito del acreedor que no ejerce oportunamente los derechos consagrados en las normas legales para hacer valer su acreencia, bien como crédito cierto, como litigioso o como condicional, tiene como “sanción” o consecuencia, esto es, que la acreencia queda “postergada” y sólo puede ser pagada en las precisas oportunidades señaladas en la norma legal.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Así lo establece el numeral 7. Del artículo 69 de la ley 1116, que dispone:

“Artículo 69. Créditos legalmente postergados en el proceso de reorganización y de liquidación judicial.

Estos créditos serán atendidos, una vez cancelados los demás créditos y corresponden a:

....

7. Los demás cuya postergación está expresamente prevista en esta ley.

....” (resaltado fuera del texto).

Ahora bien, la calificación de un crédito como postergado tiene una implicación adicional, pues, si conforme a lo establecido en el artículo 20 de la ley 1116, a partir del inicio del proceso de reorganización y mientras el Acuerdo de Reorganización esté vigente, ningún acreedor puede adelantar ni continuar un proceso de cobro de las obligaciones a cargo de la sociedad admitida al proceso de reorganización, mucho menos el titular de un crédito postergado, puede ejercer esa acción de cobro pues, por disposición legal, durante la vigencia del acuerdo no se puede adelantar ninguna acción ejecutiva por parte de los acreedores, y los créditos postergados solo pueden ser atendidos una vez cancelados los demás créditos.

Ahora bien, la disposición que consagra como “sanción” para el acreedor que no reclama oportunamente su crédito quede “postergado”, es de aplicación general en los regímenes de insolvencia [reorganización y liquidación], y es así como el inciso 3° del literal a) del artículo 9.1.3.5.10 del decreto 2555 de 2010, aplicable a la liquidación de entidades financiera, establece:

(...)

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado”.

Es de anotar que el pasivo cierto no reclamado está definido en el artículo 9.1.3.2.7 del decreto 2555 de 2010 y dentro del mismo se encuentran los pasivos no reclamados oportunamente.

Ahora bien, respecto del momento en que procede el pago del pasivo cierto no reclamado el artículo 9.1.3.5.7 del mismo decreto 2555 señala:

“Si después de cancelados los créditos a cargo de la masa de la liquidación subsistieren recursos, se procederá a cancelar el pasivo cierto no reclamado respetando la prelación de créditos prevista en la ley, para lo cual el liquidador señalará un periodo que no podrá exceder de tres (3) meses.” (resaltado fuera del texto).

Conforme a lo anterior es claro que las normas que regulan procesos concursales, bien sea reorganización o liquidación, claramente establecen una “sanción” para el

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

acreedor que no reclama la acreencia dentro de los términos legales, que es tener que esperar hasta el final para recibir el pago de la acreencia, sin que ninguna de ellas haga una diferenciación en relación con la clase de obligación de la que se trate, pues el legislador, en este punto, sólo tuvo como criterio aplicable si el crédito fue reclamado oportunamente o no.

CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.

Según lo expuesto hasta aquí, respecto del crédito a favor de la **CONTRALORÍA**, conforme las normas legales antes mencionadas, se puede concluir que:

- a. La **CONTRALORÍA** inició una investigación fiscal en el año 2010, por hechos relacionados con un contrato que se celebró en 2007.
- b. Como consecuencia, los hechos o causa de la investigación fiscal, son anteriores al mes de octubre de 2015, fecha en la cual se admitió a **CONALVIAS** al trámite del proceso de Reorganización.
- c. Para la fecha de admisión del proceso de reorganización, así como para la fecha en que el Acuerdo de Reorganización fue confirmado por la Superintendencia de Sociedades, la **CONTRALORÍA** no había dictado la decisión de condena fiscal, de manera que para ese momento, la posible condena que impusiera la **CONTRALORÍA** era simplemente una expectativa o un crédito condicional, conforme lo establece el artículo 25 de la ley 1116.
- d. A pesar de que mediante comunicación de fecha 14 de Octubre de 2015, recibida en la misma fecha en la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, según consta en copia de la comunicación que se acompaña con este escrito, esa entidad no se presentó oportunamente a solicitar que se le tuviera como acreedor contingente o condicional dentro del acuerdo, pues solo lo hizo de manera extemporánea, el 4 de mayo de 2016, tal y como lo declaró expresamente la Superintendencia de Sociedades, mediante autos 400-008248 y 400-019280.
- e. Que como consecuencia de la actuación de la **CONTRALORÍA**, siendo su reclamación extemporánea, el crédito es "**Postergado**", esto es, que **solo puede ser cobrado y pagado con posterioridad a que se pague hasta el último crédito incluido en el Acuerdo de reorganización**, conforme lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 1116.
- f. Que dado que se trata de un crédito "postergado", la **CONTRALORÍA** está imposibilitada, por expresa disposición de la ley, para adelantar el cobro ejecutivo de la condena que impuso o para adelantar cualquier medida de embargo o de cobro, relacionada con dicho fin.
- g. Que, como lo ha declarado la Superintendencia de Sociedades, en su calidad de juez del concurso, la **CONTRALORÍA** no puede adelantar ninguna acción para el cobro de la condena a su favor, es claro que la inscripción en el

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

boletín de deudores morosos, es una actuación contraria a la ley, que está violando el derecho de defensa, el debido proceso y el derecho a la libre empresa que tiene **CONALVIAS**.

b) EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBRE EMPRESA.

En relación con este derecho, la Corte Constitucional⁴⁷ ha sostenido lo siguiente:

“5. El derecho constitucional a la libre competencia y el mercado como escenario de despliegue de la libre competencia

El derecho a libre competencia fue establecido en el artículo 333 de la Constitución, en el que se dispone lo siguiente:

“Artículo 333. La libertad económica y la libre iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...)”

5.1. La Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la libertad económica es el género de los derechos económicos, que se despliega en los derechos a la libertad de empresa y la libertad de competencia⁴⁸:

La libertad de empresa es aquella que se le reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias.

La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

(...)

De conformidad con la norma constitucional (artículo 333) y la jurisprudencia de esta Corte, el mercado es el escenario preferente de despliegue de los derechos y libertades económicas y de la libre competencia. De hecho la Corte

⁴⁷ Corte Constitucional, Mag. Pte. Dr. Alberto Rojas Ríos, 25 de enero de 2017, Exp. D-11430.

⁴⁸ Sentencia C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideraciones jurídicas Nos. 6.1 y 6.2., usando como intertextos las sentencias C-524 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-616 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

señaló en la Sentencia C-228 de 2010, que “el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.”⁴⁹

5.3. En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”⁵⁰.

(...)

9.3. Procediendo al análisis de fondo, la Corte examinó el derecho a la libertad de competencia, señalando desde su jurisprudencia, que se trata de uno de los derechos que se despliega junto con la libertad de empresa. Así dijo que se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante. La Corte identificó sus contenidos, señalando que esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario, señalando igualmente desde la Sentencia C-228 de 2010, que “el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.”⁵¹.

Por su parte, en sentencia C-368/12 la Corte Constitucional⁵² había señalado:

“Esta fue la comprobación que realizó la Corte en la sentencia C-243/06 antes mencionada, a fin de determinar el marco de referencia de la protección de las libertades económicas en el caso allí analizado. Para el efecto, fundada en la reiteración de diversas decisiones sobre la materia, la Sala fijó las reglas siguientes, útiles para resolver el problema jurídico que ofrece la demanda de la referencia:

⁴⁹ Sentencia C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 8

⁵⁰ Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No.3, citando la Sentencia C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵¹ Sentencia C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 8

⁵² Corte Constitucional, 16 de mayo de 2012, Mag. Pte. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8823.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

11.1. La Constitución plantea un modelo que reconoce las libertades económicas, insertas en un marco de limitaciones admisibles, dirigidas a satisfacer bienes y valores igualmente amparados por la Carta Política. Quiere ello decir que la ley puede prever mecanismos de intervención, a condición que estén vinculados a dichos propósitos y se muestren razonables y proporcionados. En términos del fallo “la libertad de empresa no es un derecho absoluto y por tanto puede estar sujeto a las limitaciones y distinciones entre personas que determine el legislador, las cuales deben atender fines constitucionales, obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía, obedecer al principio de solidaridad, no ser de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho, y ser razonables y proporcionadas.”

11.2. La jurisprudencia ha consolidado un grupo de requisitos que permiten determinar la validez de las medidas de intervención económica, condiciones que han sido reiteradas inalteradamente en distintas decisiones de la Corte. Así, a partir de lo expresado en la sentencia C-615/02, se tiene que dichos requisitos refieren a que la intervención mencionada: (i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; (iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”

Y la Corte Constitucional, en relación con la libertad de empresa también señaló:

“2.3.2 Uno de los elementos más importantes de este modelo es el reconocimiento de libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas como “(...) la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”[3]. En este sentido, el artículo 333 de la Constitución dispone **(i)** que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, **(ii)** que “[l]a libre competencia es un derecho de todos” y **(iii)** que para el ejercicio de estas libertades “nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

La Corte ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia.[4]

La **libertad de empresa** comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. [5] Esta libertad comprende, entre otras garantías, **(i)** la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; **(ii)** la libre iniciativa privada. [6]

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

La **libre competencia**, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones.[7] Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: **(i)** la posibilidad de concurrir al mercado, **(ii)** la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, **(iii)** la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.[8]

Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios.[9]

2.3.3 No obstante, en los términos del artículo 333, **las libertades económicas no son absolutas**. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas **son reconocidas a los particulares por motivos de interés público**.^[10] Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.^[11]

(...)

2.3.3.2 Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. **En primer lugar**, en virtud de los principios democrático y pro libertate, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, **es una materia sujeta a reserva de ley**, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, **sin autorización de la ley**” y que “**la ley delimitará el alcance de la libertad económica**”.^[24] Esto significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas.^[25]

En segundo lugar, por mandato del artículo 189-11 superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentaria y de inspección, vigilancia y control.^[26] Sin embargo, su participación debe sujetarse a la ley, es decir, ni el reglamento ni las labores de inspección, vigilancia y control pueden ser una fuente autónoma de obligaciones; el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la ley.[27]

La participación del Ejecutivo en la regulación de la economía se encuentra justificada además en la complejidad técnica de los asuntos económicos y en la necesidad de que la regulación sea oportuna, en otras palabras, que se adapte al dinamismo que caracteriza las relaciones económicas.[28]

2.3.3.3 Sin embargo, el Legislador no goza de absoluta discrecionalidad para limitar estas libertades. Como se indicó en un párrafo anterior, según el artículo 333 constitucional, las libertades económicas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Adicionalmente, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, la Corte ha señalado que cualquier restricción de las libertades económicas debe **(i)** respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, **(ii)** obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y **(iii)** responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[29]

La definición de cuál es el “**núcleo esencial**” de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de **libertad de empresa**, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: **(i)** el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición[30]; **(ii)** el derecho a concurrir al mercado o retirarse; **(iii)** la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión[31]; **(iv)** el derecho a la libre iniciativa privada; **(v)** el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y **(vi)** el derecho a recibir un beneficio económico razonable.

Respecto a cómo **evaluar la razonabilidad y proporcionalidad** de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado los siguientes criterios:

En primer lugar, la Corte ha expresado que el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.[32]

En segundo lugar, la Corte suele apelar al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido.

(...)

2.5.3.1 Como se indicó en sección anterior, el “**núcleo esencial**” de la libertad de empresa comprende, entre otras prerrogativas, **(i)** el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; **(ii)** el derecho a concurrir al mercado o

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.”.

Conforme a lo anterior, es claro que la Constitución Política propende por la protección de la libertad de empresa y le reconoce un valor preponderante en el funcionamiento de la economía de manera tal que las limitaciones al ejercicio de dicho derecho sólo pueden ser impuestas por normas legales.

Teniendo en cuenta el alcance de la jurisprudencia antes transcrita, es claro que con la actuación de la **CONTRALORÍA**, al inscribir indebidamente a **CONALVIAS** en el boletín de morosos fiscales, lo que está haciendo es limitando su derecho fundamental a ejercer la libertad de empresa, pues a sabiendas de que no puede legalmente adelantar ninguna acción de cobro o ejecución de la obligación fiscal, por ser ésta Postergada, con el “bloqueo” que ha generado al quedar impedida **CONALVIAS** para presentarse a las licitaciones con entidades públicas, le está restringiendo indebidamente su capacidad de trabajo y la está imposibilitando para adquirir contratos nuevos, que le permitan desarrollar su objeto social y, además, generar los recursos económicos que requiere para poder pagar sus acreencias con sus acreedores.

Es tan grave la situación que se viene generando con tal inscripción, que como se mostrará más adelante en el capítulo que hace referencia a la existencia de un perjuicio irremediable, que la sociedad **CONALVIAS** ya está siendo seriamente afectada en el desarrollo de su objeto social y de su función como generadora de empleo, al punto que entidades públicas como la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, con ocasión de la inscripción en el boletín, le está exigiendo a la sociedad deudora que se retire de algunas concesiones de las cuales es socia o que venda sus derechos en proyectos de asociación público privadas APP, estructuradas por la deudora.

- DE LA EXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

Si bien es cierto, como regla general, la acción de tutela no es procedente cuando existen mecanismos legales para proteger los derechos vulnerados, en caso de que se presente un perjuicio irremediable, como el que aquí se está generando, es perfectamente viable adelantar la acción constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional, respecto a la Tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, en Sentencia T-937 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, sostuvo:

“(…) En síntesis, como lo ha recalcado la jurisprudencia de esta corporación, “la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ.D.C. - COLOMBIA

ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción, o cuando se está en desacuerdo con la decisión adoptada por el juez competente. **Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial idóneo, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**” (resaltado fura del texto).

Y en sentencia T-309 de 2010⁵³ la misma Corte Constitucional reiteró:

“2.1. La acción de tutela como mecanismo residual y subsidiario.⁵⁴ Sólo procede cuando (1) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁵⁵ o (ii) la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.⁵⁶

La acción de tutela actúa entonces como un mecanismo complementario de defensa, “ocupando tan solo aquellos espacios del derecho que no se encuentran cubiertos por los demás recursos y acciones, o que lo son en forma deficiente y precaria”.⁵⁷

Esta Corporación ha aceptado que aun existiendo otro medio de defensa judicial, es posible promover la tutela como mecanismo transitorio, cuando el actor logra acreditar que el derecho presuntamente afectado se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción debe orientarse a evitar la consumación del perjuicio y los efectos del fallo serán transitorios, mientras se resuelven los recursos ordinarios que deben ser interpuestos.⁵⁸

A efectos de determinar la irremediabilidad del perjuicio, la Corte ha considerado necesario establecer la presencia concurrente de varios elementos:

⁵³ Corte Constitucional, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correo, Exp. T-2552812.

⁵⁴ Ver entre otras las sentencia T-827 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-648 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-691 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-1089 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Gálvis), y T-015 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵⁵ Lo que permite que la tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

⁵⁶ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior, T-1670 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-544 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-827 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), SU-1070 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-698 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-1225 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), y T-104 de 2009 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

⁵⁷ Sentencias T-262 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-1203 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), y C-436 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

⁵⁸ Sentencias SU-622 de 2001 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), T-645 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), entre otras.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

(i) *la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada.*

(ii) *La gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad.*

(iii) *La urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; y*

(iv) *La impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.⁵⁹*

Además, de estos elementos configurativos del perjuicio irremediable, la Corte ha exigido, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, que tal perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.⁶⁰ Es por esto que la Corporación ha sostenido enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.⁶¹

(...)

*Excepcionalmente, la Corte ha reconocido que ciertas controversias de carácter económico pueden vulnerar derechos fundamentales y consecuentemente generar perjuicios irremediables que harían procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, específicamente cuando además del daño económico, se genera otro tipo de daño, que hace impostergable el recurso de amparo. En la sentencia SU-219 de 2003⁶², la Sala Plena estimó que la caducidad del contrato de concesión que había declarado Inviás, cuyo objeto era la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial, **y la consecuente inhabilidad a los socios del consorcio para contratar con el Estado por un término***

⁵⁹ Sentencias T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), T-436 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-016 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo), T-1238 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-273 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

⁶⁰ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-1155 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y T-290 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁶¹ Sentencias T-449 de 1998 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-1068 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-290 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1059 de 2005 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-407 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-467 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1067 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-472 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-104 de 2009 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-273 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

⁶² MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Álvaro Tafur Galvis.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

de cinco (5) años, generaba un perjuicio irremediable consistente en la pérdida de capacidad jurídica para desempeñar y desarrollar su objeto social. Para la Corte la reducción de esta capacidad jurídica tiene graves implicaciones:

“constata la Corte que el acto administrativo objeto de análisis en el presente proceso incide de manera grave, directa y prolongada sobre el derecho fundamental de las personas jurídicas a ejercer su personalidad jurídica (artículo 14 C.P.). Uno de los efectos del acto administrativo, en este caso, consiste en impedir que los socios de COMMSA S.A. ejerzan de manera efectiva su capacidad jurídica por el lapso de cinco años, dado que esa es la consecuencia de la inhabilidad sobre sociedades cuyo objeto principal es contratar con el Estado. **Constituye un perjuicio irremediable la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica.** De tal manera, que la Corte pasará a analizar si dicho efecto es la consecuencia legítima de un acto administrativo expedido de conformidad con la Constitución, en especial respetando el debido proceso administrativo.”

” (resaltado fuera del texto).

Así las cosas, el claro que frente a la existencia de un perjuicio irremediable la acción de tutela es totalmente procedente.

Respecto a las sanciones fiscales, la Corte Constitucional en varias oportunidades ha fijado los requisitos que el perjuicio irremediable debe reunir para que la acción de tutela contra las actuaciones surtidas por los entes de control fiscal sea procedente. Al respecto, en sentencia T-1012 del 2008 señaló que:

“Es posible concluir que para configurar el perjuicio irremediable en el curso de actuaciones administrativas que finalizaron con sanciones disciplinarias o fiscal a contratistas es necesario evaluar: i) si a la persona natural o jurídica sancionada se la coloca por fuera del tráfico jurídico. Para el efecto, será necesario establecer cuál es el objeto social de la empresa o cuáles son las actividades comerciales del accionante, ii) **si existe una amenaza seria y actual de violación inminente y grave al derecho a participar en condiciones de igualdad en la contratación administrativa** y, iii) **si existen procesos de contratación en curso o contratos en ejecución que deban suspenderse porque se produjo una sanción administrativa ilegítima.** Entonces, el sólo hecho de que se hubiere sancionado fiscal o disciplinariamente a una persona y que, por ello, se le excluya de la posibilidad de contratar con el Estado no es suficiente para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, **pues debe probar que ese impedimento le causa una grave e inminente afectación a sus derechos fundamentales, de tal forma que sea indispensable adoptar una medida urgente e impostergable para protegerlos**”. (resaltado fuera del texto).

Por su parte, en sentencia T-1316 de 2001, advirtió la corporación que:

24

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

*“En primer lugar, el perjuicio debe ser **inminente o próximo a suceder**. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. (resaltado fura del texto).*

Teniendo en cuenta estos pronunciamientos y los requisitos establecidos, es claro que en el presente caso estamos frente a un típico evento de un inminente perjuicio irremediable, pues la inscripción en el boletín de morosos fiscales, no solo es una acción de cobro indebida, sino que imposibilita la participación de la Sociedad en los procesos de contratación que están abiertos, conforme a lo establecido en el artículo 58 de la ley 610 del 2000, pues las personas jurídicas o naturales que ingresan a este boletín, no pueden contratar con el estado mientras no hayan pagado la obligación.

Es de anotar que la sociedad **CONSTRUCCIONES CONALVIAS S.A.S.** nunca ha manifestado que no quiere pagar la obligación fiscal, sino que ha manifestado que debe ajustarse a las normas legales para poder hacer el pago de la eventual sanción y el mismo se hará conforme lo indicado por la Superintendencia de Sociedades.

Así las cosas, lo que se pretende con la presente Acción es proteger a la sociedad como unidad económica de la que dependen miles de empleos directos e indirectos, proveedores, subcontratistas, entidades financieras, y acreedores fiscales y parafiscales y en general acreencias por valor cercano a UN BILLÓN DE PESOS que se verán necesariamente afectados por la imposibilidad de desarrollar el objeto social si no se retira el reporte del boletín de responsable fiscal.

CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON EL PERJUICIO IRREMEDIABLE.

Conforme a las sentencias antes referidas, es claro que se está frente a la inminencia de un perjuicio irremediable, si se tiene en cuenta que:

- a. La sociedad **CONALVIAS** tiene como objeto social desarrollar obras públicas de construcción, cuyos principales contratantes han sido las entidades públicas, como LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, LA AERONÁUTICA CIVIL, DIVERSAS GOBERNANCIONES Y ALCALDÍAS.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- b. Durante varios años, ha contribuido de manera importante en el desarrollo económico del país, al punto de que varias veces fue el constructor del sector que más facturó y, el año pasado, a pesar de su situación económica y las dificultades por las que ha atravesado, al punto que la llevaron a tener que solicitar un proceso concursal de reorganización, quedó como la tercera empresa de mayor facturación, conforme lo indica la revista semana, en su publicación de fecha del 30 de abril al 7 de mayo de 2017 (Edición No. 1826)
- c. Conforme lo ha declarado la Superintendencia de Sociedades, en su calidad de juez del concurso, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, nunca se presentó como acreedor dentro del proceso de reorganización, por lo cual su crédito es “POSTERGADO”, esto es, que no puede ser **PAGADO POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEUDORA**, sino únicamente cuando se hayan pagado los demás créditos del Acuerdo.
- d. Si **CONALVÍAS**, en aras de solucionar la situación que se presenta y evitar que se siga propagando el daño que le viene ocasionando la **CONTRALORÍA**, optara por pagar la deuda fiscal, sí contara con el dinero para ello, estaría **incumpliendo el Acuerdo de Reorganización**, pues le está prohibido por disposición legal pagar los créditos que están sujetos al Acuerdo desatendiendo las condiciones y prelación del mismo y quedaría sujeta a las sanciones legales, lo que eventualmente llevaría a la liquidación de la sociedad y además a la imposición de multas y hasta la sanción a los representantes legales y administradores de la sociedad, como por ejemplo, ser inhabilitados para ejercer el comercio por diez (10) años.
- e. Se han presentado todos los recursos y solicitudes establecidos en la ley ante la **CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA** para que, en cumplimiento de las normas legales, levante la inscripción en el boletín de responsables fiscales, y todas las actuaciones han resultado infructuosas, pues de parte de la **CONTRALORIA** existe una negativa injustificada e ilegal para proceder a ello.
- f. Es de anotar que si bien es cierto la sociedad **CONALVÍAS** cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la justicia contenciosa, la cual se va a promover oportunamente, la interposición de la misma lamentablemente no puede evitar el daño irremediable que se le está ocasionando a la sociedad, sus trabajadores y sus acreedores, pues sabido es que para que proceda la suspensión provisional del acto de condena, no solo se requieren varios requisitos legales sino que ello PUEDE TOMAR DEMASIADO TIEMPO, época para la cual, seguramente la decisión, si es que se concede, puede resultar tardía e inocua, pues, la sociedad no aguanta ni tres meses más con la vigencia de la inscripción, pues la falta de contratos producto de la mencionada inscripción, la llevará indefectiblemente a su liquidación.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- g. La consecuencia de la medida de inscripción en el boletín de morosos, ha sido evidente y perjudicial para la compañía, al punto que ya está siendo seriamente perjudicada, pues, como consecuencia de ella, ya se le vienen cancelando algunos contratos y se le está solicitando que se “deshaga” de inversiones importantes en contratos de concesión.

En efecto; mediante comunicación de fecha 13 de marzo de 2017, la **AERONAUTICA CIVIL**, entidad con la cual se venía desarrollando el contrato No. 13000277-ok-2013, para la construcción de la pista de rodaje del aeropuerto EL DORADO, a pesar de que ya se había acordado la necesidad de ampliar el contrato para realizar unas obras adicionales, por decisión del comité Adiciones, Modificaciones o Prórrogas, resolvió abstenerse de hacerlo en razón a que **CONALVIAS** se encontraba inscrita en el Boletín de morosos fiscales, de lo cual da cuenta el acta No. 007 de 2017 fecha 28 de febrero de 2017 en la cual consta tal determinación, y de la que se acompaña copia.

La misma ANI, también exigió a **CONALVIAS** que procediera a vender su participación en la sociedad **YUMA S.A.**, la cual es concesionaria de la obra RUTA DEL SOL 3, argumentando la misma condición de estar inscrita en el boletín de morosos, participación que a valor presente tiene un precio aproximado de \$80.000'000.000. Prueba de lo anterior, es la copia del acta de la reunión de Junta directiva de la sociedad YUMA, celebrada el 25 de Abril de 2017, en la cual, el socio IMPREGILO, principal accionista de la concesionaria, puso de presente la exigencia del ministerio de transporte y de la ANI, de que se vendiera la participación de **CONALVIAS**.

De otra parte, la situación de bloqueo para poder contratar, derivada de la inscripción que ha hecho la **CONTRALORÍA**, ha llevado a la sociedad a tener que cancelar el contrato de trabajo a más de 80 trabajadores y se ha visto impedida para poder participar en licitaciones por valor cercano a los dos billones de pesos, en las que seguramente tendría mucha opción de ser adjudicataria, debido a su experiencia y a las condiciones financieras que cumplen con los requisitos para ello. Acompañó certificaciones expedidas por los funcionarios responsables de estos asuntos, informando sobre el nombre y fecha de todos los trabajadores que hasta la fecha han tenido que ser despedidos y de las distintas licitaciones en las no se pudo presentar a concursar, como consecuencia de la inhabilidad deriva de la inscripción en el boletín de morosos fiscales.

- h. Además de los anteriores casos, que prueban suficientemente el perjuicio irremediable que la indebida inscripción en el Boletín de deudores fiscales le está conllevando a la sociedad, esa indebida inscripción también está implicando que **CONALVIAS** tampoco puede presentarse en nuevas licitaciones con entidades públicas, lo que ya le está causando graves perjuicios, pues ante la falta de poder participar en licitaciones y poder obtener contratos, se ha visto en la necesidad de despedir a un gran número de sus empleados por la falta de ingresos futuros que generarían los contratos que tenía. Es de anotar que la posibilidad de ser adjudicatario de

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

los proceso de licitación es un perjuicio concreto si se tiene en cuenta que **CONALVIAS** cuenta con la experiencia y los índices de capacidad financiera que se requieren para ello, lo cual puede ser constatado en cualquier momento.

En este contexto, es evidente que el perjuicio es inminente y grave, pues no sólo no podrá contratar nuevamente con el Estado, evitando que obtenga ingresos al ser éste su principal fuente de recursos a través de la contratación estatal, lo que impediría el cumplimiento también del Acuerdo de Reorganización Empresarial y pago a los Acreedores, sino que además se suspenderán las obras que se adelantan actualmente, afectando el derecho al trabajo de los empleados que dependen laboralmente de la Sociedad y el derecho de la empresa a desarrollar su objeto social, sin que exista norma legal alguna que lo autorice y, por el contrario, desconociendo normas legales por parte de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

Todas estas circunstancias muestran que en el presente caso las medidas de protección que deben ser decretadas a favor **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, son impostergables, a fin de que cese y se evita un daño antijurídico irreparable a la sociedad como unidad económica, a sus trabajadores, y a sus acreedores.

IV. PETICIONES

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, comedidamente solicitamos al Juez Constitucional, lo siguiente:

PRIMERO: Que se ordene a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, que de manera inmediata se sirva cancelar la inscripción de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** en el “boletín de morosos fiscales” y en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI) de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, por cuanto tal inscripción resulta ilegal ante el hecho de que la sociedad **CONALVIAS** se encuentra actualmente en cumplimiento de un Acuerdo de Reorganización con sus acreedores, razón por la cual la **CONTRALORÍA**, en virtud de no haberse hecho parte en el proceso de reorganización, está impedida legalmente para adelantar el cobro de la condena fiscal hecha a su favor ni adelantar ninguna medida cautelar o de coacción tendiente a obtener el pago de dicha obligación.

SEGUNDO: En subsidio de lo anterior, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como sería la imposibilidad de contratar o de continuar con los contratos con la administración pública, que le permita a la sociedad ejercer libremente el derecho de empresa y las actividades propias del objeto social, y especialmente, la supervivencia de la sociedad para poder pagar las obligaciones que tiene con sus empleados, proveedores y acreedores, se disponga, como medida provisional, que la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** debe proceder inmediatamente a cancelar la inscripción de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES SAS** en el “boletín de morosos fiscales” y en el boletín Sistema

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI) de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

TERCERO: Que la anterior medida provisional se debe mantener mientras se obtiene sentencia definitiva dentro del proceso que se adelante ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conforme a las acciones legales pertinentes, tendientes a obtener la nulidad e indemnización de perjuicios frente a los actos administrativos mediante los cuales la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** declaró fiscalmente responsable a la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. Y OTROS**, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° CD00257 – IDU.

CUARTO: Que se ordene a la Superintendencia de Sociedades que como juez del concurso, debe velar por evitar que la **CONTRALORÍA**, cumpla debida y oportunamente con la anterior medida y, si fuera del caso, ejerza todos los poderes y facultades que la ley le otorga, para impedir y sancionar el proceder indebido de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, imponiendo las sanciones que la ley establece.

V. PRUEBAS

Como prueba de los hechos narrados en la presente acción de tutela, me permito adjuntar los siguientes

DOCUMENTALES:

1. Poderes con que actuó.
2. Certificado de existencia y Representación legal de la sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**
3. Certificación expedida por **CONALVIAS** por medio se enuncia los procesos de licitación a los cuales la sociedad no pudo presentarse.
4. Certificación expedida por **CONALVIAS** por medio de la cual se enuncia el recorte de nómina efectuado por la sociedad, a causa de la publicación de la compañía en el Boletín de Responsables Fiscales No. 88 de fecha 4 de enero de 2017.
5. Copia simple del Radicado No. 2017EE0046124, por medio de la cual la **CONTRALORIA** le informa a la compañía que no procede el recurso de Súplica interpuesto en contra de los Oficios No. 2017EE0034244 y 2017EE0027741.
6. Copia simple del extracto del Acta No. 62 de la Junta Directiva Ordinaria de Yuma Concesionaria S.A del 25 de abril de 2017.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

7. Copia simple de la noticia de la revista semana Edición 1826

MAGNETICAS:

1. Auto No. 000912 del 17 de diciembre de 2010 la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.
2. Póliza de Seguros No. 22023120005063 expedida por Mapfre Colombia
3. Confirmación del Acuerdo de Reorganización Empresarial de la Sociedad **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S** de fecha 4 de mayo de 2016.
4. Acta de Fallo del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° CD00257 – IDU en primera instancia de la Contraloría Delegada Intersectorial No 8 de la unidad de investigaciones especiales contra la corrupción de la Contraloría General de la Republica del 16 de noviembre de 2016.
5. Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia dictado el 16 noviembre de 2016.
6. Acta de fallo de segunda instancia del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° CD00257 – IDU de fechas 19 y 20 de diciembre de 2016.
7. Memorial por medio cual se solicitó la aclaración y adición del fallo de segunda instancia.
8. Auto No ORD-80112-00499 de fecha 27 de diciembre del 2016.
9. Solicitud de nulidad interpuesta en contra del Auto No ORD-80112-00499 de fecha 27 de diciembre del 2016
10. Radicado No. 2016ER0129906.
11. Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016
12. Auto No ORD-80112-00504 de fecha 30 de diciembre de 2016
13. Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016
14. Radicado No. 2017EE0001126.
15. Recurso de Reposición contra el Auto No ORD-80112-00502 de fecha 29 de diciembre de 2016.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 - PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

16. Radicado No. 2017ER0000915, por medio de cual CONALVIAS notifica a la CONTRALORÍA del auto del 22 de diciembre de 2016 emitido por la Superintendencia de Sociedades.
17. Solicitud de revocatoria directa interpuesta en contra del fallo, identificado con el radicado 2017ER0001471
18. Solicitud de revocatoria directa interpuesta en contra del fallo, identificado con el radicado 2017ER0001472
19. Auto No. ORD -80112-0011 del 23 de enero 2017
20. Radicado No. 2017ER0001478
21. Radicado No. 2017ER0001475
22. Radicado No. 2017EE0002613
23. Oficio No. CGS (0113)-JCPR del 18 de enero de 2017 emitido por la Procuraduría General de la Nación.
24. Oficio No. CGS (0336)-JCPR del 8 de febrero de 2017 emitido por la Procuraduría General de la Nación.
25. Comunicación del 6 de enero de 2017, emitida por **CONALVIAS**, por medio de la cual informa a la Procuraduría General de la Nación la decisión adoptada el 22 de diciembre de 2016 por la Superintendencia de Sociedades.
26. Radicado No. 2017EE0005984
27. Radicado No. 2017ER0001473
28. Radicado No. 2017ER0001476
29. Radicados No. 2016ER0127500 y 2016ER012975
30. Radicado No. 2017ER0021458
31. Radicado No. 2017-01-042665
32. Radicado No. 2017EE0027741
33. Recurso de reposición interpuesto en contra del Acto Administrativo No. 2017EE0027741.
34. Radicado No. 2017EE0033841

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

35. Recurso de reposición interpuesto en contra del Acto Administrativo No. 2017EE0033841.
36. Respuesta al recurso de reposición interpuesto en contra del Acto Administrativo No. 2017EE0033841.
37. Recurso de Súplica interpuesto en contra de los Actos Administrativos No. 2017EE0027741 y 2017EE0034244.
38. Respuesta al Recurso de Súplica interpuesto en contra de los Actos Administrativos No. 2017EE0027741 y 2017EE0034244.
39. Solicitud de nulidad a partir de lo actuado del 20 de diciembre de 2016.
40. Radicados No. 2016ER0128512 – 2016ER0128374.
41. Recurso de Reposición contra el Auto No ORD-80112-00499.
42. Boletín de Responsables Fiscales donde aparece la sociedad responsable.
43. Auto No 400-019280 de fecha 22 de diciembre de 2016 la Superintendencia de Sociedades.
44. Memorial radicado el 25 de enero de 2017 por la Contraloría en la Superintendencia de Sociedades.
45. Comunicación del 14 de octubre de 2015, por medio de la cual el Promotor del proceso de reorganización y mi poderdante, le notifican a la **CONTRALORÍA** la apertura del proceso concursal.
46. Comunicación 3200-2017008641 del 13 de marzo de 2017, enviada por la Aeronáutica Civil a ALPHA MIKE S.A.S. (Sociedad controlada por **CONALVIAS**).
47. Comunicación No. 2017-702-003679-1 enviada por la ANI a INFRACON.
48. Comunicación No. 2017-500-013545-1 enviada por la ANI a YUMA CONCESIONARIA S.A.
49. Comunicación del 15 de febrero de 2017 enviada por INFRACON a la ANI.
50. Comunicación No. 2017-702-004967-1 enviada por la ANI a INFRACON
51. Comunicación del 10 de marzo de 2017 enviada por INFRACON a la ANI.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- 53. Comunicación del 21 de abril de 2017 enviada por INFRACON a la ANI.
- 54. Comunicación No. 2017-702-012797-1 enviada por la ANI a INFRACON
- 55. Comunicación del 12 de mayo de 2017 enviada por INFRACON a la ANI.
- 56. Comunicación No. 2017-702-014993-1 enviada por la ANI a INFRACON

VI. SOLICITUDES ESPECIALES

Conforme a los hechos enunciados y toda vez que la sociedad **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** actualmente está ejecutando un Acuerdo de Reorganización, respetuosamente solicito se sirva citar a este trámite a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** para que, como juez del concurso se pronuncie respecto de la presente acción de tutela.

También solicito que al notificar a la Superintendencia de Sociedades, se le instruya para que informe a todos los acreedores de la sociedad **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, sobre la existencia de la presente acción, para que puedan intervenir en ella, si a bien lo tienen.

VII. JURAMANTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no se ha formulado otra acción de tutela con base en los hechos que se enuncian en este escrito.

VIII. NOTIFICACIONES

Tanto mi poderdante como el suscrito recibiremos notificaciones en la secretaria del Tribunal o en mi oficina ubicada en la Avenida Calle 72 No. 6-30 Piso 18 de esta ciudad o en el correo electrónico: lhallo@gallomedinaabogados.com

La **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** recibe notificaciones en la Carrera 68 # 44-35 de esta ciudad y en el correo electrónico notificacionesramajudicial@contraloria.gov.co

El **SUPERINTENDENTE DE SOCIEDADES** recibe notificaciones en la Avenida El Dorado No. 51 – 80 de Bogotá D.C.

Honorables Magistrados



LUIS HERNANDO GALLO MEDINA
C.C. No 3.226.936 DE BOGOTÁ