

NIETO ABOGADOS

Señores
JUZGADO CUARENTA Y CUATRO (44) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Atn. Heney Velásquez Ortiz
H. Jueza

Radicado: 2017-484-00
Demandante: DICERMEX S.A., EN REORGANIZACIÓN
Demandada: CERVECERÍA MODELO S. DE R.L. DE C.V.
Referencia: Recurso de reposición y en subsidio de apelación

LUIS EDUARDO NIETO JARAMILLO, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial de DICERMEX S.A., EN REORGANIZACIÓN, (en adelante 'Dicermex' o la 'Demandante'), debidamente reconocido en el proceso de la referencia, estando dentro del término legal respectivo, respetuosamente presento ante su Despacho, de conformidad con el numeral 7 del artículo 321 del Código General del Proceso, recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto emitido por su Despacho el 14 de diciembre del 2020, bajo el número de radicación 11001-31-03-043-2017-00484-00 notificado el 15 de diciembre del mismo año (en adelante el 'Auto Recurrido'), de conformidad con los siguientes argumentos. El presente escrito se presenta sin perjuicio de poder ser complementado, adicionado o modificado durante el término de ejecutoria del Auto Recurrido.

INTRODUCCIÓN

En el presente recurso se pretende controvertir las conclusiones allegadas por el Despacho en el Auto Recurrido, por medio de las cuales, se decide declarar probada la excepción previa de cláusula compromisoria y se resuelve la terminación del presente proceso.

Los fundamentos en que se centra el presente escrito son los siguientes: (i) Ausencia del principio de habilitación y efectos vinculantes de la cláusula compromisoria; (ii) Violación directa de la ley; y, (iii) Error de hecho y de derecho al declarar probada la existencia de cláusula compromisoria.

NIETO ABOGADOS

(i) AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN Y EFECTOS VINCULANTES

Lo primero que debe decirse es que el Auto Recurrido desconoció el principio de habilitación de la justicia arbitral, en contravención a los artículos 29 y 116 de la Constitución Política de Colombia.

Ciertamente, Dicermex no habilitó a la justicia arbitral para que conociera el proceso de agencia comercial que se debate en el presente proceso. Sin embargo, el Despacho en el Auto Recurrido declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria, tal y como se procede a precisar.

En este punto debe indicarse que el presente proceso gira en torno de la discusión sobre la existencia, junto con sus efectos, de una compleja relación de agencia comercial. Lo anterior puede verse reflejado, tanto en las pretensiones de la demanda, cómo en los hechos del caso.

De conformidad con la pretensión principal de la demanda se solicita que, ‘se declare que entre Cervecería Modelo y Dicermex se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial, bajo el cual la primera fungió como “empresario extranjero” y la segunda como “agente”, en los términos del artículo 1317 del Código de Comercio’.

Asimismo, en las primeras pretensiones subsidiarias se solicitó que ‘se declare que entre Cervecería Modelo y Dicermex se celebró y ejecutó **un contrato de agencia comercial de hecho**, en el cual la primera fungió como “empresario extranjero” y la segunda como “agente”, en los términos del artículo 1331 del Código de Comercio’. (se resalta en negrilla).

De igual forma, para los hechos del caso debe resaltarse que, a la luz de los argumentos de derecho presentados, se ha indicado respecto de los elementos esenciales de la agencia comercial, por ejemplo, lo siguiente:

1. '[E]l primero de los fundamentos jurídicos de esta demanda: entre Cervecería Modelo y Dicermex se celebró y ejecutó, por más de 21 años, un verdadero contrato de agencia comercial'. (ver página 57 de la demanda)

2. Respecto de la **independencia** del agente que, 'Dicermex, con sus propios recursos, estableció una organización independiente que llegó a contar con 8 agencias, 5 bodegas y 5 centros de oficinas a lo largo y ancho del territorio nacional; contrató a más de 250 empleados, manejó su propia contabilidad, celebró contratos de distribución con más de 15 empresas, procuró el cumplimiento de los estándares y condiciones de venta fijados por Cervecería Modelo, se encargó de desarrollar campañas publicitarias, entre muchas otras actividades ejecutadas con la independencia propia de un agente comercial, aunque siempre observando las instrucciones y recomendaciones precisas de su agenciado'. (ver página 61 de la demanda)

3. Respecto de la **Estabilidad y permanencia** de Dicermex como agente comercial que, 'con independencia de los varios instrumentos contractuales, la relación comercial desarrollada entre ambas empresas, con el objeto de importar, promover, distribuir y comercializar productos por parte de Cervecería Modelo en Colombia, permaneció invariada en su objeto, ininterrumpida y sin solución de continuidad, desde el 25 de mayo de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2014, es decir, por más de 21 años'. (ver página 62 de la demanda)

4. Respecto del **encargo de promoción y explotación** de Dicermex como agente comercial que, 'cómo se narró en el acápite de hechos de esta demanda, Cervecería Modelo intervenía directamente en la aprobación y supervisión de las actividades promocionales, y exigía el envío de reportes detallados sobre las mismas. Aportaba subsidios monetarios para la cofinanciación de las campañas publicitarias y visitaba, con regularidad, el mercado colombiano para evaluar las estrategias adelantadas, su

NIETO ABOGADOS

impacto y los resultados de la gestión propagandística de Dicermex. Incluso, en varias oportunidades, adoptó las estrategias y materiales diseñados por la sociedad colombiana, para promocionar sus productos en otras partes del mundo', lo cual generó la necesidad de celebrar y ejecutar múltiples relaciones contractuales con la demandada que superaron la órbita de los múltiples tipos de documentos firmados con Cervecería Modelo S. de R.L. de C.V. y, de conformidad con todo lo expuesto en la demanda, configuraron una relación mucho más compleja y extensa de agencia comercial. (ver página 66 de la demanda)

5. Respecto de la **actuación por cuenta de Cervecería Modelo** de Dicermex como su agente comercial se indicó que, 'la interpretación auténtica de la relación contractual existente entre Dicermex y Cervecería Modelo, es que, a través de aquella, ésta última conquistó el mercado colombiano de cervezas, y posicionó exitosamente sus marcas al interior del mismo. En verdad, de las pruebas aportadas con la demanda se observa que Dicermex conquistó el mercado y canalizó la clientela, dándole permanentemente continuidad a la empresa y a la marca, y siguiendo los exigentes parámetros y criterios establecidos por Cervecería Modelo. Esto llevó a que las ventas de las cervezas producidas por Cervecería Modelo crecieran casi exponencialmente, generando beneficios económicos sustanciales para el empresario extranjero. De la misma manera, puede verse cómo, a la terminación del vínculo negocial, la clientela y el mercado conquistados, preservados y aumentados por Dicermex, pasaron directamente a su agenciado, quien en la actualidad sigue beneficiándose del fructífero laborío llevado a cabo por mi representada'. (ver página 70 de la demanda).
6. Lo anterior puede verse probado en las más de 339 pruebas presentadas en la demanda. Por ejemplo: en las múltiples fotografías aportadas en el acápite de pruebas (Vid. Prueba 90 a 273 de la demanda); los planes de mercadeo, tal y como puede evidenciarse en el hecho 139 de la demanda, así como la declaración extra judicial realizada por Martha Urquilla quien fue funcionaria de Cervecería Modelo (Vid.

Prueba 338 de la demanda); las apertura de agencias en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Magdalena, Atlántico, Valle del Cauca, Santander, Norte de Santander, Risaralda, Quindío y Caldas como se evidencia en el hecho 112.2 de la demanda presentada; las activaciones, desarrollo de productos tal y como puede observarse en las fotografías allegadas como prueba en la demanda (Vid. Prueba 254, 255, 258 y 266 de la demanda); el diseño de campañas como se evidencia en los hechos 59, 69, 71, 99, 100, 102 de la demanda, así como las presentaciones en Power Point allegadas como prueba (Vid. Prueba 285 a 287 de la demanda); la coordinación y definición de la operación logística con el fin de lograr la creación, penetración y posicionamiento de las diferentes marcas de Cervecería Modelo dentro del mercado colombiano, entre muchas otras.

En razón a todo lo anterior, es claro que DicerMex jamás otorgó su manifestación de voluntad expresa e inequívoca en el sentido de acudir a la justicia arbitral para discutir la controversia de agencia contractual que acá se debate. En verdad, el objeto del negocio jurídico y de la controversia que acá se debate desborda ampliamente la relación contenida en el contrato Internacional de Importación, puesto que, se trata de un negocio jurídico distinto; la agencia comercial como institución separada y supremamente más compleja que se nutre de otros negocios y actos jurídicos.

A pesar de todo lo anterior, el Despacho aplicó, a la compleja y diametralmente opuesta discusión presentada, una cláusula arbitral contenida en un documento que enfrasca una relación jurídica diferente y totalmente distante a este pleito y a los hechos sometidos a consideración. Esto es, la cláusula compromisoria radicada en el contrato Internacional de Importación citado en los numerales 3 y 3.2 del Auto Recurrido.

En este punto se debe mencionar que, de conformidad con la Corte Constitucional, el principio de habilitación derivado de los artículos 29 y 116 de la Constitución Política de Colombia, es necesario para establecer el carácter vinculante de la cláusula compromisoria

NIETO ABOGADOS

y, por lo tanto, el éxito de la excepción previa acá recurrida.

Según la Corte Constitucional, ‘el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales de los árbitros exige, por mandato constitucional, **habilitación expresa de las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, por lo cual se requiere necesariamente el consentimiento de quienes han de someter sus diferencias a un tribunal arbitral, a través de un acuerdo específico inter partes en relación con cada contrato o con una controversia específica, que manifieste la espontánea y libre voluntad de someterse a este mecanismo de resolución de litigios**’.¹ (Se resalta en negrillas.)

Asimismo, la Corte Constitucional en Sentencia de SU 174/07 dictaminó que ‘[p]or mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto **es el pilar central** sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento **con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto** (Se resalta en negrillas.)

Asimismo, la mencionada Corte ha precisado que, ‘**tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, al constituir una derogación excepcional del sistema estatal de administración de justicia, deben pactarse de manera libre y voluntaria, y no ser producto de la imposición unilateral de una de las partes**’.² (Se resalta en negrillas.)²

Lo anterior no ha sido desconocido para otras corporaciones, por ejemplo, para la Superintendencia de Sociedades, ‘los efectos vinculantes de una cláusula compromisoria dependen necesariamente de una manifestación expresa de voluntad en el sentido de acudir a la justicia arbitral’.³

¹ Cfr. Sentencia C-242 de 1997 y Sentencia C-170/14.

² Sentencia C-330 de 2012.

³ Auto de la Superintendencia de Sociedades No. 801-18280 del 29 de octubre de 2013.

La importancia de lo anterior es denotar al Despacho que la presente demanda de agenciamiento comercial no es abarcada por el objeto de la cláusula arbitral contenida en uno de los negocios jurídicos celebrados por las partes y, en consecuencia, no puede afirmarse que las partes habilitaron a la justicia arbitral para conocer del proceso que acá se debate.

En verdad, tal y como está probado, Dicermex realizó y celebró una multiplicidad de labores, actividades, prestaciones comerciales, negocios y actos jurídicos adicionales y superiores al contrato de Importación Internacional del cual el Despacho tomó la cláusula arbitral, que según se solicitó en la demanda, configuran una agencia comercial entre los extremos del presente litigio.

Lo anterior era completamente claro para el juez de conocimiento anterior de este proceso. Ciertamente, en palabras del Auto del 21 de agosto de 2018 proferido dentro del presente proceso por el juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá **'no discute el Despacho que la demanda presentada gira en torno a la existencia de un contrato de agencia comercial, su posterior terminación y los perjuicios que se generaron con ocasión de su terminación'**. (vid. Folio 282 cuaderno medidas cautelares Auto resuelve recurso de reposición y en subsidio de apelación contra auto del 19 de julio de 2018, se resalta en negrillas).

La importancia de lo anterior puede verse reflejado en una importante y reciente decisión del año 2018 por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, indicó que '[e]ntonces, como no existe documento alguno en el que conste que entre las partes se pactó un compromiso o cláusula compromisoria con **respecto al contrato de agencia comercial** que pretende el demandante se declare en este asunto, no es posible atender los argumentos del recurrente en el sentido de pretender que lo pactado en otros contratos [comisión], se extienda a la eventual

NIETO ABOGADOS

existencia del primero [agencia comercial]'.⁴ (se resalta en negrillas).

Esta posición ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se decidió no casar una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. En esta decisión se reconoció la existencia de un contrato de agencia comercial a través de diversas pruebas, entre las cuales, se analizó **un contrato de distribución el cual había plasmado una cláusula arbitral**. En este entendido, la Corte entendió que lo solicitado en la demanda escapaba el objeto de la cláusula compromisoria y por lo tanto en el proceso debía probarse por el demandante, la real y efectiva existencia del contrato de agencia comercial. En ese sentido si bien existía dentro del universo de la agencia comercial un contrato de distribución, el mismo no era aplicable por cuanto lo que se solicitaba en la demanda era el reconocimiento de la relación de agencia comercial.

Según la citada Corporación '[e]n otras palabras, al analizar el supuesto fáctico en el que descansa la imputación de nulidad por falta de jurisdicción, de entrada aprecia la Corte que el pacto arbitral que sirve de pábulo para argüir el vicio procesal tiene su campo de acción en las diferencias de las partes atinentes exclusivamente al contrato de distribución que la demandada (Fagor) y uno de los demandantes, esto es, la sociedad Las Viviendas Sociedad Ltda., ajustaron el 21 de abril de 2001. Y muy otro es el conflicto que atendió la jurisdicción ordinaria, pues está referido, de un lado a un contrato distinto (de agencia y no de distribución) que se aduce haber comenzado antes de esta fecha (1º de febrero del año 1998), acordado entre una persona natural (demandante en esta causa), el señor Enrique Peña Gómez y Fagor Industrial S.A. Colombia. Esto es, ni el inicio, ni el tipo de contrato, ni las partes coinciden con las disputas a que se refiere la cláusula compromisoria base de la imputación de nulidad'.⁵

⁴ Auto emitido por el Tribunal Superior de Bogotá, del 25 de abril del 2018. Proceso 2015-0092. MP. María Patricia Cruz Miranda.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad. 6315-2017 del 9 de mayo de 2017.
P á g i n a 8 | 15

En línea con lo interpretado por la Corte Suprema de Justicia, es evidente la necesidad de distinguir los negocios jurídicos que sustentan los reclamos presentados al Despacho y el objeto de la cláusula compromisoria contenida en un documento en específico, que, si bien es aportado como prueba al proceso, la discusión no gira alrededor de las obligaciones allí pactadas. En criterio de la Corte, la agencia comercial responde a una relación jurídica diferente e independiente de cualquier otra que las partes puedan suscribir en el desarrollo de esta.

En síntesis, forzar a una de las partes a someter las controversias propias de un litigio a la justicia arbitral, lo cual el Auto Recurrido pretende, violenta profundamente el principio de habilitación, lo cual agravia el postulado de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Se reitera que la Corte Constitucional ha dicho que '[l]os tribunales arbitrales han de ser convenidos libremente por las personas que participan en la relación negocial, y no asignados por la más fuerte'.⁶

En conclusión, la cláusula arbitral radicada en el contrato Internacional de Importación citado en los numerales 3 y 3.2 del Auto Recurrido, no es vinculante ni aplicable al presente proceso, y forzar su vinculación es desconocer el principio de habilitación acá estudiado, razón por la cual, se solicita al Despacho reponer el Auto Recurrido en el sentido de declarar **no probada** la excepción previa de cláusula compromisoria alegada por Cervecería Modelo S. de R.L. de C.V.

(ii) VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY

Adicionalmente a brindarle efectos vinculantes a la cláusula arbitral en contravención al principio de habilitación, se desconoce el margen de configuración del proceso arbitral a la luz del artículo 116.

⁶ Sentencia C-1140 de 2000.

NIETO ABOGADOS

Según la Corte Constitucional,⁷ ‘Si bien el arbitraje se funda en la habilitación de las partes, corresponde a la ley determinar (i) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia como árbitros, (ii) **los límites y los términos de dicha habilitación**’. (se resalta en negrillas)⁸

Así, pues, encontramos que de conformidad con el artículo 1328 del Código de Comercio que, ‘[p]ara todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. **Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita**’. (se resalta en negrilla)

Ahora bien, de conformidad con la cláusula compromisoria examinada para terminar abruptamente el presente proceso, ‘el presente contrato se regirá por la Convención de Naciones sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y supletoriamente por el **Código Civil Federal, el Código de Comercio y demás leyes mexicanas** aplicables’. Determinada en la cláusula arbitral alegada. (se resalta en negrilla)

Así, pues, al no ser aplicable la Convención de Naciones sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías al proceso de agencia comercial, el Despacho pretende violentar lo consagrado en el artículo 1328 del Código de Comercio al afirmar que las partes podían someter las diferencias acá plasmadas de agencia comercial bajo la ley extranjera aplicable a la cláusula compromisoria en violación directa al artículo 1328 del Código de Comercio.

Aunado a lo anterior, debe mencionarse que las partes no podrían manifestar su habilitación y vinculación a una cláusula vetada por la ley para la agencia comercial, lo cual refuerza la idea de que las partes no consintieron tratar el objeto de este proceso a la luz de la cláusula

⁷ Sentencia C-572A/14.

⁸ Cfr. Sentencias C-431 de 1995, SU-174 de 2007 y C-378 de 2008.

arbitral rechazada.

En conclusión, la cláusula arbitral radicada en el contrato Internacional de Importación citado en los numerales 3 y 3.2 del Auto Recurrido, no es vinculante ni aplicable al presente proceso, y forzar su vinculación es desconocer el principio de habilitación acá estudiado junto con el margen de configuración del proceso arbitral, razón por la cual, se solicita al Despacho reponer el Auto Recurrido en el sentido de declarar no probada la excepción previa de cláusula compromisoria alegada por Cervecería Modelo S. de R.L. de C.V.

(iii) ERROR DE HECHO Y DE DERECHO AL DECLARAR PROBADA LA EXISTENCIA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA

El Despacho incurrió en errores de hecho y de derecho en el Auto Recurrido al declarar probada la excepción previa de existencia de cláusula compromisoria en relación con la disputa sometida a su consideración.

En el mencionado auto se resolvió '[d]eclarar probada la excepción previa planteada por la sociedad demandada Cervecería Modelo S. de R.L. de C.V por los motivos indicados en la parte considerativa de la providencia'.⁹

Los argumentos aducidos por el Despacho para declarar probada la excepción previa de la existencia de la cláusula compromisoria en la relación de agencia comercial entre la empresa colombiana y la empresa mexicana se centraron en qué; '[p]odría pensarse que la actora persigue la indiscutible existencia de un contrato que tuvo sus orígenes de forma distinta a la escrita. Sin embargo, la congruencia de las peticiones con el supuesto fáctico relatado en el libelo, desdibujan esa afirmación y llevan a concluir que lo que aquí se pretende es mutar la rotulación y efectos del objeto del contrato inicialmente pactado, por unos de diferente

⁹ Auto del 15 de diciembre del 2020.

NIETO ABOGADOS

naturaleza'.¹⁰ (Se resalta fuera de texto)

En este mismo sentido, continúa el Despacho aduciendo que 'la actora en ningún momento desconoce la suscripción del contrato de importación que para la década de los 90 se suscribió con Cervecería Modelo, así como el contrato internacional de importación del 1º de enero de 2002, ni los otros que se hayan celebrado, detalle, que como ya se dijo resultaría irrelevante de no ser por la conducta asumida en el relato que sirve de fundamento a la acción. Al respecto nótese que dentro de la narrativa del cuerpo de la demanda no se adujo la existencia paralela de dos contratos, uno de agencia comercial y uno de importación, sino que por el contrario se aspiraba a develar la realidad del primero y mascara del segundo'. (Se resalta fuera de texto)

Concluye su argumento el Despacho afirmando que, 'resulta entonces claro que lo pretendido es la búsqueda de una condición distinta a la pactada en los convenios, sin que ello desataque el desconocimiento integral de los mismos. Ahondando en argumentos, incluso dentro del acápite de las pretensiones, se solicitó la nulidad de apartes del clausulado, por lo cual no puede explorarse la teoría de una forma negocial a la ya pactada, sino el avistamiento de una realidad contractual distinta, pero con la aplicación inexorable de los convenios acordados'.¹¹ (Se resalta fuera de texto)

Pues bien, de lo anterior, consideramos que el Despacho no acierta en el análisis de la demanda y lo pretendido por Dicermex en la misma, como se ha dejado claro, no solo en la demanda sino en múltiples recursos presentados a lo largo del litigio, hemos sido enfáticos en afirmar que no se pretende en el presente proceso judicial el reconocimiento de las prerrogativas contenidas en el contrato Internacional de Importación, es más, lo que se pretende probar es la existencia de una relación de agencia comercial ejecutada entre Cervecería Modelo y Dicermex, celebrada desde 1993, la cual fue injustamente terminada

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

por Cervecería Modelo en el año 2015.

Sin embargo, en la argumentación del Despacho se presenta una latente contradicción, al momento de precisar que, ‘debe recordarse que las pretensiones declarativas principales se hicieron consistir en la celebración y ejecución de un contrato de agencia comercial entre Cervecería Modelo y Dicermex, con las consecuencias pecuniarias que de ese se puedan provocar, en razón a que en comunicación adiada a 19 de enero del 2015, la demandada decidió dar por terminado y de forma unilateral, el convenio’.¹² (Se resalta fuera de texto)

Así, pues, resulta contradictorio por parte del Despacho concluir que lo que se pretendía por parte de Dicermex con la demanda, es una mutación del contrato Internacional de Importación a un contrato de agencia comercial.

Pues bien, es importante recordar al Despacho, que Dicermex no se limitó a una simple relación de importación de cervezas a la luz del contrato Internacional de Importación, pues, Dicermex realizó y celebró una multiplicidad de labores, actividades y, prestaciones comerciales conducentes a la promoción, distribución, comercialización, representación y venta de los variados productos de Cervecería Modelo en Colombia, traducido en una típica relación de agencia comercial a la luz del artículo 1317 del Código de Comercio, se desbordaron y se presentaron de forma adicional al contrato Internacional de Importación.

Para claridad del Despacho, Dicermex no desconoce la existencia del contrato Internacional de Importación, lo que desconoce Dicermex, es que sea éste, el instrumento legal que regula la relación total entre las partes, pues como se ha probado, existieron una multiplicidad de negocios jurídicos que desembocaron en una relación de agencia comercial entre Dicermex y Cervecería Modelo.

¹² Ibidem.

NIETO ABOGADOS

Ahora bien, en caso similar al analizado, traemos a colación, nuevamente, la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, donde indicó que '[e]ntonces, como no existe documento alguno en el que conste que entre las partes se pactó un compromiso o cláusula compromisoria con respecto al contrato de agencia comercial que pretende el demandante se declare en este asunto, no es posible atender los argumentos del recurrente en el sentido de pretender que lo pactado en otros contratos [comisión], se extienda a la eventual existencia del primero [agencia comercial]'.¹³

De la interpretación esbozada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el marco de un proceso declarativo de agencia comercial, donde se pretendía por parte del demandado se extendiera los efectos de un contrato de comisión a la relación de agencia comercial, interpretó ese Despacho que no era posible, toda vez que, si bien existían y confluían en el mundo jurídico los contratos, en la demanda no se solicitaba el reconocimiento del contrato de comisión sino el de agencia comercial y frente a este último no existía por las partes compromiso o cláusula compromisoria que obligara a ir a arbitraje a las partes.

Situación que se da de manera calcada en el caso bajo estudio. Pues bien, la mera coexistencia de los contratos no genera la aplicación de la cláusula compromisoria de un negocio jurídico a otro. Como se evidencia, la cláusula compromisoria está contenida en el contrato internacional de importación y sus respectivos otrosíes, más no fue pactada en la relación de agencia comercial que se pretende su reconocimiento en el presente proceso.

En este sentido, concluimos que el Despacho incurrió en errores de hecho y de derecho al declarar probada la excepción previa de existencia de cláusula compromisoria en la relación de agencia comercial. En este sentido solicitamos de manera respetuosa revoque el auto atacado y en su defecto declare no probada la excepción previa de existencia de cláusula compromisoria.

¹³ Auto emitido por el Tribunal Superior de Bogotá, del 25 de abril del 2018. Proceso 2015-0092. MP. María Patricia Cruz Miranda.

En consecuencia, con todo lo anterior se solicitará respetuosamente lo siguiente ante su Despacho.

SOLICITUD

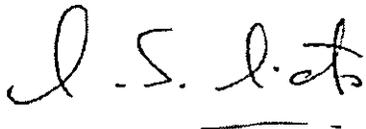
En atención a los argumentos planteados en los acápites que antecede, de forma respetuosa solicitamos al Despacho:

Primero: Revoque el Auto Recurrido, por medio de los cuales declaró probada la existencia de la cláusula compromisoria y dio por terminado el proceso.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, y con fundamento en los fundamentos de derecho acá esbozados, declare no probada la excepción previa de cláusula compromisoria y ordene continuar con el trámite procesal respectivo.

Tercero: En subsidio a lo anterior, en caso en que el Despacho no considere los argumentos antes expuestos, solicito proceda a conceder el recurso de apelación.

De la H. Jueza,



LUIS EDUARDO NIETO
C.C. 79.488.586 de Bogotá
T.P.A. 71.827 del CSJ
Apoderado
DICERMEX S.A., EN REORGANIZACIÓN

101

Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación Proceso 2017-00484

Cesar Perez <cesarperez@nietochalela.com>

Vie 18/12/2020 4:33 PM

Para: Juzgado 44 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <j44cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Luis Nieto <luisnieto@nietochalela.com>; Juan Vallejo <juanvallejo@nietochalela.com>; Ana Lozano <analozano@nietochalela.com>

📎 1 archivos adjuntos (226 KB)

NA-17122020-DicermexRecursoRepoApela VF.pdf;

Señores

Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá

Atn. H. Jueza Heney Velásquez Ortiz

Radicado: 2017-484**Demandante:** Dicermex S.A., En Reorganización**Demandado:** Cervecería Modelo S. de R.L. de C.V.**Referencia:** Recurso de reposición y en subsidio de apelación

Estando dentro del término legal respectivo, respetuosamente presento ante su Despacho, de conformidad con el numeral 7 del artículo 321 del Código General del Proceso, recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto emitido por su Despacho el 14 de diciembre del 2020, bajo el número de radicación 11001-31-03-043-2017-00484-00 notificado el 15 de diciembre del mismo año de conformidad con los argumentos que se presentan el escrito adjunto. El presente escrito se presenta sin perjuicio de poder ser complementado, adicionado o modificado durante el término de ejecutoria del Auto Recurrido.

Quedamos atentos a sus dudas o comentarios.

Saludos Cordiales,

César Eduardo Pérez

Nieto & Chalela Abogados

Calle 72 No. 5-83, Piso 4

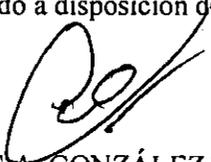
Bogotá, Colombia

Te. +57 1 345 3663

cesarperez@nietochalela.comwww.nietochalela.com

TRASLADO. Para dar cumplimiento a lo ordenado en los arts. 110 y 319 del Código General del Proceso, se fija el anterior recurso de reposición, en lista de traslado en lugar público de la Secretaria, hoy 26 de febrero de 2021, siendo las 8:00 AM, por el término legal de *tres (3) días*, que empieza a correr el día 1° de marzo de 2021 a las 8:00 AM, quedando a disposición de la parte contraria.

El Srío,


CARLOS A. GONZÁLEZ T.

JUZGADO 41 CIVIL DEL CIRCUITO DE ALFONSO FERNANDEZ PALACIO SAS
BOGOTÁ Abogados

Bogotá, D.C. 25 de Julio de 2019 **2019 JUL 25 PM 2 43**

**CORRESPONDENCIA
RECIBIDA**

597

Señor
JUEZ CUARENTA Y CUATRO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA
E. S. M.

Ref. Exp. No. 11001310304420170023100

Demandante: BANCO DE BOGOTA

Demandado: ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S.,
ALBERTO RAFAEL MANOTAS ANGULO,
PROMOTORA VILLA LUCANIA Y OTROS

Respetado Señor

ALFREDO FERNANDEZ SARMIENTO, identificado como aparece al pie de mi firma y obrando en nombre y representación de ALIANZA FIDUCIARIA quien actúa única y exclusivamente, como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO VILLA CAMPESTRE, me permito ante usted presentar el siguiente escrito con el propósito de que se declare la **NULIDAD** de lo actuado hasta el momento con relación a las medidas cautelares aún vigentes, a partir del auto de fecha 11 de marzo de 2019, mediante el cual el despacho en ejercicio de un control de legalidad, dejó sin efecto el auto de fecha 14 de enero de 2019 con el que ponía a disposición de la Superintendencia de Sociedades el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 040-470685, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, consagra el máximo espíritu de la orientación jurídica en el desarrollo de los procesos judiciales. Es así que su atención y en particular su cumplimiento esta dado no solo por el desenvolvimiento de dicho principio, sino también por su aplicación

RECIBIDA
CORRESPONDENCIA

2013 JUN 22 PM 5 43

BOCOYA
INSCRIDO H. C. J. F. DE F. C. B. C. H. O.

152511

548

material en cada uno de los asuntos que se adelanten en ejercicio del poder jurisdiccional.

Bajo esta premisa, la nulidad de un proceso está enmarcada en la atención de este principio, para ello se procede en virtud de esta apreciación a poner de presente ante el despacho, la ocurrencia de una nulidad de conformidad con las normas vigentes y que procuran el respeto y aplicación del *debido proceso*.

Ha dicho la doctrina: *"Para garantizar el cumplimiento de la norma que consagra el derecho fundamental al debido proceso, en los diversos ordenamientos procesales se tipifican como causales de nulidad de las actuaciones judiciales las circunstancias que en consideración del legislador se erigen en vicios tales que impiden que exista aquel"*

Y la jurisprudencia en diversos pronunciamientos ha ratificado el sentido de la nulidad, expresando: *"(...) al acudir a las nulidades procesales, como instrumentos encaminados a redireccionar el curso del proceso cuando ocurren ostensibles irregularidades dentro del trámite, su ejercicio se encuentra delimitado por el interés que le asiste a su proponente, su contemplación expresa como causal de invalidación y que el vicio no se haya superado por la anuencia de las partes. En ese sentido la Sala señaló que 'dable es, por consiguiente, sostener que las nulidades procesales corresponden al remedio establecido por el legislador para que las partes y, en ciertos casos, los terceros, puedan conjurar los agravios irrogados a sus derechos por actuaciones cumplidas en el interior de un proceso judicial, instituto que, por ende, es restringido, razón por la que opera únicamente en los supuestos taxativamente determinados por la ley, y al que sólo pueden recurrir las personas directamente afectadas con el acto ilegítimo, siempre y cuando no lo hayan convalidado expresa o tácitamente' (SC-2011, 30 nov., rad. 2000-00229-01)."*²

Así entonces, teniendo en cuenta lo señalado, basta con expresar que es un principio de las nulidades procesales la *"taxatividad o especificidad"*, que enseña que el legislador enumera con carácter taxativo, los motivos que pueden dar lugar a la anulación total o parcial de toda clase de procesos, y los mismos pueden encontrarse reunidos en un solo artículo, o encontrarse dispersos no solo dentro de la misma obra (verbigracia Código General del Proceso consagra nulidades en el artículo 133, artículo 36, 107.1.; 40-2; 121.6) o hallarse algunas mencionadas en otras disposiciones

¹ LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General. Tomo I. 11° ed. Pag. 913

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2/03/2016 Rad.: T 1100102030002016-00150-00. Sala De Casación Civil Y Agraria. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez

regulatorias, por ejemplo para el caso que nos convoca, estar expresamente señaladas, para asuntos de orden especial, al tenor de las regulaciones del legislador.

2. CAUSALES DE NULIDAD

De acuerdo a lo expresado, invocamos las siguientes causales de nulidad en procura de la atención a la presente solicitud.

2.1. Código General del Proceso. Consagra el Artículo 133 numeral 1º C.G.P:

Artículo 133.- El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
(...)"*

2.2. Ley 1116 de 2006. Se expresa en el artículo 20 de la norma regulatoria del Régimen de Insolvencia Empresarial:

"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.” (Subrayado nuestro)

Conforme a lo expresado, se configuran las señaladas causales de conformidad con los hechos y las apreciaciones que se señalan.

3. HECHOS CONSTITUTIVOS DE NULIDAD

De conformidad con la pretensión expresada presentamos ante usted los siguientes hechos que evidencian la ocurrencia de la nulidad invocada:

3.1. El 29 de marzo de 2017, se radica demanda ejecutiva promovida por el BANCO DE BOGOTA (en adelante el Banco) en contra de PROMOTORA VILLA LUCANIA S.A., (en adelante PVL), CONSTRUCTORA PERFIL URBANO S.A., (en adelante CPU), ORGANIZACION CONSTRUCTORA CONSTRUMAX SA HOY ORGANIZACION CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S. (en adelante OCC), ALBERTO RAFAEL MANOTAS ANGULO, VICENTE RAFAEL BUSTAMANTE URZOLA Y CONJUNTO RESIDENCIAL DIANA VERONICA S.A. HOY CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A. (en adelante CDV).

3.2. Luego de ser inadmitida y subsanarse la demanda, el día 4 de mayo de 2017 el juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, emite auto librando mandamiento de pago basando el mismo en el título constituido por los pagarés base de la acción y que se identifican con los número 8300671781 - 1; 353760414 y 8300671781 - 2, los cuales habían sido extendido por los demandados a favor de la demandante y con ocasión de un crédito facilitado por la parte actora a quienes figuran como parte pasiva, excepto a mi representada ALIANZA FIDUCIARIA quien actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO VILLA CAMPESTRE. Los dineros del crédito tenían como finalidad ser usados para los gastos *operativos* del proyecto Conjunto Residencial Villa Campestre que se desarrollaría en la ciudad de Barranquilla.

551

3.3. En fecha 15 de agosto de 2017, se emite auto decretando medidas cautelares, y reitera dicha decisión con auto de fecha 13 de febrero de 2018, en contra del demandado VICENTE RAFAEL BUSTAMANTE.

3.4. Con fecha 13 de febrero de 2018, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá atendiendo el conocimiento que tiene de la decisión de la Superintendencia de Sociedades adoptada mediante Autos 400-000334,400-000335,400-000336 del 9 de enero de 2018, con los cuales se admitía en proceso de Reorganización Empresarial al tenor del contenido de la Ley 1116 de 2006, a las empresas, ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S., CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A. y CONSTRUCTORA PERFIL URBANO S.A., emite auto en el que decide enviar a la Superintendencia de Sociedades el proceso seguido en contra de estas empresas, disponiendo el levantamiento de las medidas cautelares y dejando estas a disposición del juez concursal. Así mismo dispone continuar con el proceso en cabeza de las personas naturales, señores ALBERTO RAFAEL MANOTAS ANGULO y VICENTE RAFAEL BUSTAMANTE URZOLA, y la empresa PROMOTORA VILLA LUCANIA.

3.5. Con fecha 10 de abril de 2018, el despacho ordena notificar a mi representada, ALIANZA FIDUCIARIA quien actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO VILLA CAMPESTRE, de acuerdo al contrato fiduciario celebrado mediante la escritura pública No. 4664 del 30 de julio de 2012

El despacho del Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, procedió a levantar las medidas cautelares de los bienes en cabeza de las empresas ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S., CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A. y CONSTRUCTORA PERFIL URBANO S.A., dejando a disposición de la Superintendencia de Sociedades los mismas, sin embargo deja de pronunciarse respecto de inmueble identificado con el número de matrícula 04-470685, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, el cual a la fecha pertenece a un tercero y a la Sociedad CONSTRUCTORA DIANA VERONICA, quien se encuentra en reorganización, teniendo en cuenta que son titulares de los derechos fiduciarios sobre los activos del Fideicomiso que detenta la titularidad jurídica del inmueble mencionado.

3.6. Sobre el bien inmueble identificado con la matrícula No. 040-478605 se constituyó la fiducia mercantil de administración por parte de la empresa PROMOTORA VILLA LUCANIA, de acuerdo al contrato fiduciario celebrado mediante la escritura pública No. 4664 del 30 de julio de 2012. De acuerdo a las disposiciones legales y en ejercicio pleno de los derechos, mediante documento privado del 30 de julio de 2012, la sociedad PROMOTORA VILLA LUCANIA S.A. cedió el cien por ciento (100%) de su posición contractual, derechos y obligaciones en el Fideicomiso a favor de la sociedad CONSTRUCTORA PERFIL URBANO S.A. A su vez, y conforme a la ley y en ejercicio de sus derechos, a través de documento privado fechado 31 de julio de 2012, la empresa CONSTRUCTORA PERFIL URBANO S.A. cedió a favor de la sociedad ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A., el cien por ciento (100%) de la posición contractual, derechos y obligaciones. De igual manera y con documento privado de fecha 10 de octubre de 2016, la sociedad ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A. cedió el setenta por ciento (70%) de su posición contractual, derechos y obligaciones en el fideicomiso a favor de la sociedad CAMPESTRE RESERVADO SAS. Y finalmente, mediante documento privado de fecha 17 de mayo de 2017, la sociedad ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A. cedió el treinta por ciento (30%) restante de su posición contractual, derechos y obligaciones en el fideicomiso a favor de la sociedad CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A., de tal manera que a la fecha el bien sobre el cual se ha anulado el levantamiento de la medida cautelar pertenece en su porcentaje a una empresa en reorganización y sobre el mismo pesa la aplicación de la norma especial sobre la general, debiendo por ende ser dejado a disposición de la Superintendencia de Sociedades.

3.7. Conforme a lo anterior, a la fecha los titulares de los derechos fiduciarios, sobre el bien inmueble identificado con el número de matrícula 040-478605, son la sociedad CAMPESTRE RESERVADO SAS, con el setenta por ciento (70%) y la sociedad CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A. con el treinta por ciento (30%), razón por la cual el mismo no habrá de estar afectado con medida cautelar promovida dentro del presente asunto, en tanto que uno de los titulares de los derechos fiduciarios NO ES parte del presente proceso y el otro, la Sociedad DIANA VERONICA S.A. por auto del 13 de febrero de 2018, fue desafectado de la medida cautelar dentro del presente asunto y se dejó la misma a disposición de la Superintendencia de Sociedades.

4. FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD

En el presente asunto soportamos la ocurrencia de las nulidades señalando en primer lugar que por virtud del artículo 6° de la Ley 1116 de 2006³ corresponde a la Superintendencia de Sociedades conocer del proceso de reorganización, siendo esta **una norma de orden especial** y por ende entregando prevalencia a las normas de carácter ordinario, si así se admite denominar, lo cual lleva a expresar que se dará preeminencia tanto a las decisiones de orden procesal como de carácter objetivo que se adopten con relación a las empresas sujetas a reorganización.

De esta manera lo entendió el despacho de conocimiento al decidir desligar del presente proceso de ejecución a las empresas CPU, OCC y CDV, pero no lo aplicó frente a todos los bienes motivo de garantía y que además hacen parte del proceso de reorganización para ser usados en el cumplimiento del objetivo legal.

En efecto, se materializa la causal No. 1 del artículo 133 del CGP, dado que en virtud de la mencionada Ley 1116 de 2006, es la Superintendencia de Sociedades, quien asume el conocimiento de todo lo relacionado con la reorganización empresarial de las empresas y con ello arrastra igualmente aquello que tiene relación directa con los negocios y acciones que procuren dar atención al mencionado proceso de reorganización.

La competencia del concurso está en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, la que en virtud de la norma especial asume el conocimiento de todos los aspectos en que incurren los sujetos de la reorganización, siendo entonces esta entidad la competente para conocer todos y cada uno de los aspectos que atañen a las empresas que en este caso se han sometido a la reorganización. La competencia no es un aspecto meramente formal, es la aplicación de atribuciones legalmente otorgadas en asuntos que son de conocimiento de quien la invoca, así cuando se atribuye la competencia a un servidor público a quien se le ha otorgado por virtud de la ley facultades jurisdiccionales de rango especial, como es el caso que nos ocupa, habrá de ejercerla aún frente a otras consideraciones.

Ha dicho la Corte Constitucional acogiendo criterios doctrinarios:

³ Artículo 6°. *Competencia*. Conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso: La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes. (..)

"Uno de los principios del debido proceso, expresamente señalado en el artículo 29 de la Constitución, es el de ser juzgado ante el juez o tribunal competente. (...)

Es procedente recordar lo que tales conceptos significan. El profesor Ugo Rocco dice:

"Ahora bien, aunque en abstracto la función jurisdiccional corresponda a todos los órganos jurisdiccionales considerados en conjunto, concretamente, por necesidades prácticas, es fraccionada y distribuida entre los distintos jueces que forman el poder jurisdiccional.

"Surge así, el concepto de la competencia, como distribución y atribución de la jurisdicción entre los distintos jueces. De este concepto se sigue que la jurisdicción y la competencia son cosas distintas, pero no se trata de una distinción cualitativa, sino solamente cuantitativa. La diferencia está en que mientras la jurisdicción es el poder que compete a todos los magistrados considerados en su conjunto, la competencia es la jurisdicción que en concreto corresponde al magistrado singular. La jurisdicción atañe, en abstracto, a todo el poder jurisdiccional, considerado genéricamente en relación con todos los magistrados y con todas las causas posibles; la competencia, en cambio, atañe al poder que en concreto compete a un singular oficio jurisdiccional, o a un sujeto particular que desempeña el oficio, en relación con una causa concreta determinada.

"Por consiguiente, la competencia puede definirse así: aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella." (Tratado de Derecho Procesal Civil, II Parte General, Témis, Bogotá, DePalma, Buenos Aires, 1970, pags. 41 y ss.)"⁴

Para el caso que nos convoca, es claro que desde el día 13 de febrero de 2018, el juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, reconoció que dejó de tener la competencia para conocer en forma directa y precisa cualquier asunto relacionado con el título ejecutivo motivo del proceso y que tuviese como vinculadas a las empresas CPU, OCC y CDV, así como los bienes en donde estas tuviesen algún tipo de titularidad, implicando entonces el que no solo pusiere a disposición de la Superintendencia de Sociedades las medidas cautelares adoptadas sobre las cuentas bancarias y demás aspectos de orden financiero que involucraba a las mencionadas empresas, sino que

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, 24/08/1995. Exp. No. 69229 M.P. JORGE ARANGO MEJÍA

también, era su deber dejar ante el Juez del Concurso, en forma directa y precisa todos los inmuebles, incluso aquel identificado con el número de matrícula inmobiliaria 040-478605, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, en tanto que este fue constituido como *garantía* de las obligaciones que asume CDV, en virtud de las cesiones que se realizaron y que además sobre el mismo se constituyó un gravamen hipotecario, para salvaguardar los bienes de la que hoy esta en reorganización.

Ahora bien, atendiendo lo expuesto, no puede desconocerse el alcance del proceso de reorganización el cual se sobrepone a cualquier interés que no corresponda la atención de sus principios y la finalidad del mismo, señalados estos en la propia ley especial que le regula.

Así entonces, haciendo las precisiones del caso, es evidente que el involucramiento del inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 040-478605, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, en el proceso constitutivo del crédito, y con ello de la hipoteca, tiene como finalidad única, hacer efectivo un proyecto, en procura de avanzar en la ejecución del objeto societario para el cual fue constituido CDV, pero además porque el mencionado bien, hace parte de la denominada "parrilla" de activos a ser puestos a disposición de la reorganización, pues sobre el mismo pesaba el desarrollo de un proceso constructivo que permitirá avanzar en la atención de la ya señalada finalidad de la reorganización⁵.

Frente a lo expuesto, se hace conclusivo que si el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, perdió la competencia para conocer del proceso de ejecución en contra de CPU, OCC y CDV promovido por el Banco, de igual manera pierde la competencia para conocer o pronunciarse respecto de los bienes que hacen parte del proceso de reorganización y el bien inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 040-478605, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, hace parte del proceso de reorganización.

Ahora bien, es del caso dejar claro al estrado judicial que no se está ante cualquier tipo de traspaso de dominio o modificación de la titularidad del inmueble, dado que nos encontramos en primer lugar frente a una entidad que ha ingresado en el estado

⁵ Ley 1116 de 2006 Artículo 1°. *Finalidad del régimen de insolvencia.* El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. (...)

de reorganización al tenor de la ley 1116 de 2006, lo cual la coloca al tenor de las normas actuales, en una protección especial dentro de las valoraciones que deban efectuarse, es decir que no puede entrar a afectarse los bienes que a hoy conforman el activo de la empresa en reorganización y que forman parte de la masa que será utilizada no solo para solventar las deudas existentes, dentro de ellas la de la aquí demandante sino además, para lograr la finalidad dispuesta por la ley, esto es la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, condición que prima sobre cualquier consideración previa que se llegare a efectuar.

De tal forma que debe a la fecha preservarse el sentido extenso de la pretensión surgida frente a la reorganización y ello conlleva, el evitar hacer más gravosa la condición de la empresa que se encuentra en dicha reorganización, por ello incluso al respecto traemos a colación lo ya mencionado y señalado en escrito anterior en donde invocamos y recurrimos al Principio de Universalidad, con el cual se pretende que todos los bienes del deudor queden vinculados al proceso de reorganización y dentro de ello no puede descartarse los DERECHOS que se tengan en un contrato fiduciario, dado que la esencia del mismo es proceder a explotar económicamente un bien que por virtud de la figura de la FIDUCIA, ha sido traspasado en cabeza de la entidad fiduciaria para desarrollar un fin único y específico, siguiendo unas instrucciones, pero ello no lo hace de libre y extensa disposición por parte de terceros, dado que la constitución de un patrimonio autónomo, para atender un proyecto de construcción obedece a un acuerdo regulado por las normas que disponen de forma primigenia la utilización y destino del bien para un fin específico, por eso se constituye el patrimonio autónomo a través de la fiducia, para que traspase el bien afectado con la fiducia, una vez se cumpla la condición, lo cual no hace en si a la entidad fiduciaria propietaria del bien, y como tal a la fecha lo hace INEMBARGABLE.

Así lo señala la Superintendencia de Notariado y Registro en la instrucción Administrativa No. 19 de 2018: *"En este sentido, el propietario fiduciario al no ser el propietario del derecho real de dominio, no puede responder por sus obligaciones personales con estos bienes que posee fiduciariamente, siendo en este sentido el bien inmueble que adquiere la calidad de inembargable."*, complementa esta apreciación, que Alianza Fiduciaria, no firmo bajo ninguna calidad, documento alguno que comprometiera el bien entregado en fiducia y como tal no puede ser afectado el mismo, en esencia no firmo incluso pagaré alguno y su responsabilidad es con la empresa en REORGANIZACION, por lo tanto afectar el bien entrega a título de fiducia

es afectar el cumplimiento de sus obligaciones, y por tanto no es deudora, solo se circunscribió a ratificar la hipoteca a favor del banco para garantizar las deudas de los deudores en Reorganización, cuyos derechos están por encima de cualquier interés particular como el que se refleja en el presente asunto, arrastrando bienes en cabeza de CDV., cuyo derecho de reorganización, se repite, prima sobre cualquier interés dispuesto en este asunto.

Lo anterior, además se suma a la finalidad de la reorganización que cobija a la empresa CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A.S al estar bajo el amparo de la Ley 1116 de 2006, tomando sentido particular el procurar atender el mencionado contrato fiduciario y lograr las pretensiones de la reorganización, que no son otras que incluso pagar a quien es la parte actora, quien como se deduce, usando este tipo de figuras se aventaja a los demás acreedores que se han sometido a respetar el orden a proponer por el juez concursal.

Ha dicho incluso la Corte Constitucional: *"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 afujías económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad"*⁶. De donde se concluye entonces que, ante el interés del particular, en este caso el demandante, no puede bajo interpretaciones sencillas, es decir dejando a un lado el contexto, y compleja figura no solo de la reorganización, sino además de la fiducia como patrimonio autónomo, se repite, no se puede dar paso a un interés particular, dejando a un lado la finalidad del proceso de reorganización.

Así entonces señor juez, reitero lo ya mencionado en oportunidad anterior relacionado con el señalado principio de Universalidad dado que su esencia es la de incluir todos, sin excepción, los bienes de la entidad involucrada en este proceso y como tal no será procedente imponer medida cautelar a un bien afecto por este procedimiento.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-527 DE 2013

Todo el asunto debe soportarse de manera primigenia en el principio de universalidad, consagrado en el numeral 1º del artículo 4º de Ley 1116 de 2006, con el cual se dispone que "(...) La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. Los tratadistas expertos en insolvencia, y en procesos concursales en general, clasifican el principio de Universalidad, en Universalidad Subjetiva y Universalidad Objetiva. Así mismo, la naturaleza universal del proceso impide que el acreedor que actúe primero agote el patrimonio del deudor y no deje nada para otros acreedores de superior o igual prelación. (...)” al respecto se ha dicho:

“Dicho principio nos indica que la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. Los tratadistas expertos en insolvencia, y en procesos concursales en general, clasifican el principio de Universalidad, en Universalidad Subjetiva y Universalidad Objetiva. Así mismo, la naturaleza universal del proceso impide que el acreedor que actúe primero agote el patrimonio del deudor y no deje nada para otros acreedores de superior o igual prelación.

La Universalidad Subjetiva hace referencia a la obligación que tienen los acreedores de concurrir al proceso de insolvencia. El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, la define de la siguiente manera: “Este principio ha sido conocido también como colectividad o plenitud y en virtud de todos los acreedores del deudor, están llamados a formar parte del concurso a intervenir en él como el único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias. Bajo esta consideración, todos los acreedores están llamados a formar parte del concurso, a comparecer en él, a intervenir y a enfrentar consecuencias legales adversas por el incumplimiento de su carga. El llamamiento que la Ley hace se predica de todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de su obligación, el monto, la clasificación legal que le corresponde y si cuentan o no con garantías”.

Por su parte, la Universalidad Objetiva hace referencia a que el patrimonio del deudor es prenda general de los acreedores, tal y como lo dispone el artículo 2488 del Código Civil. El mismo Instituto mencionado anteriormente, define la Universalidad Objetiva así: “Este principio es la respuesta o el equivalente al anterior, y realiza la regla según el cual el patrimonio es prenda común de los acreedores del deudor fallido. Es decir, si el concurso involucra todos los acreedores del deudor y éstos por consiguiente pierden el derecho de ejecución individual o separada, en contraprestación, los acreedores cuentan un respaldo, consistente en que todo el patrimonio del deudor y no una parte de él, está comprometido, involucrado y resguardado en el proceso”.

Frente al principio de Universalidad, también es pertinente hacer referencia a lo indicado por el Doctor Roberto García Martínez, quien explica lo anterior de la siguiente manera: "El principio de universalidad se extiende en dos direcciones básicas: la primera es una manifestación desde el punto de vista subjetivo, integrándose con el principio de colectividad, es decir, con la participación de todos los acreedores del concursado, sin exclusiones ni excepciones, con base al concepto de distribución de las pérdidas y ganancias en igual medida. La segunda, desde una óptica objetiva, hace que la universalidad permita formar la masa activa, con la integración del patrimonio del deudor, universalidad que no sólo abarca el presente, sino también el pasado y el futuro de ese patrimonio".

Tal y como puede observarse, el principio de Universalidad se convierte en pieza fundamental de los procesos concursales, pues obliga a los acreedores a participar dentro del respectivo proceso para reclamar sus derechos y entablar todas las acciones legales a que haya lugar, y por otro lado, implica que el patrimonio del deudor (masa concursal) queda afectado para satisfacer el pago de los acreedores a prorrata de sus acreencias y de acuerdo a la prelación de créditos establecida en la Ley."

Conforme a lo anterior y dado que es un criterio de aceptación en procura de permitir que las empresas salgan adelante es del caso tener presente entonces que las acciones que se adopten deben pretender el apoyo y la búsqueda del salvamento del patrimonio en procura de que los acreedores puedan ser satisfechos en sus deudas, incluso en este sentido ha señalado la Corte Constitucional:

"Acerca de la importancia de este nuevo estatuto, la Corte ha reconocido que la legislación de insolvencia, especialmente la desarrollada en la ley 1116 de 2006, "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".

SSA



El cumplimiento de los objetivos allí trazados, se materializa a través de dos vías, no necesariamente concurrentes: (i) la reorganización empresarial y (ii) la liquidación judicial. La primera se dirige a la preservación de empresas viables, mediante la estabilización de las relaciones comerciales y crediticias; por su parte, la liquidación busca esencialmente aprovechar el patrimonio del deudor para atender equitativamente las obligaciones de los acreedores cuando la empresa se ve avocada a su extinción.”⁸

Pero es que además y bajo esta premisa se debe entender el alcance de lo señalado al tenor del artículo 70 de la misma Ley 1116 de 2006, el cual estipula que:

“Artículo 70. Continuación de los procesos ejecutivos en donde existen otros demandados. En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto pondrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios.

Estando decretadas medidas cautelares sobre bienes de los garantes, deudores solidarios o cualquier persona que deba cumplir la obligación del deudor, serán liberadas si el acreedor manifiesta que prescinde de cobrar el crédito a aquellos.

Satisfecha la acreencia total o parcialmente, quien efectúe el pago deberá denunciar dicha circunstancia al promotor o liquidador y al juez del concurso para que sea tenida en cuenta en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto.

De continuar el proceso ejecutivo, no habrá lugar a practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor en reorganización, y las practicadas respecto de sus bienes quedarán a órdenes del juez del concurso, aplicando las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en esta ley.

Parágrafo. Si al inicio del proceso de insolvencia un acreedor no hubiere iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, ello no le impide hacer efectivo su derecho contra los garantes o codeudores.”

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-527 de 2013, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio

FERNANDEZ PALACIO SAS
Abogados

De donde se deduce claramente que, si la decisión del ejecutante es dar continuidad al proceso ejecutivo en contra de los garantes u otros deudores no sometidos al régimen de insolvencia, el mismo se continua solo en relación con los bienes de los garantes, de los deudores solidarios, no en contra de los bienes sometidos a las reglas de la reorganización, caso que se evidencia en el presente asunto, dado que el tantas veces mencionado inmueble está involucrado por virtud del proyecto constructivo y de la garantía brindada bajo la esfera de negocios y de actividades de CDV, no en relación con los terceros vinculados al proceso ejecutivo.

Así las cosas, es contundente deducir que para el caso que nos ocupa, el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 04-470685, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, hace parte de los bienes en garantía de las obligaciones de empresa en reorganización CDV y no es de propiedad de los firmantes del título ejecutivo sobre los cuales se siguió el proceso ejecutivo, (se debe tener en cuenta que el Fideicomiso no es deudor) por lo tanto, el inmueble no puede ser afectado con medida cautelar alguna, dado que su titular que valga la pena aclarar es a título de fiducia mercantil, no está siendo ejecutado, y este mismo bien, hace parte de los proyectos que se involucran en las actividades para la reorganización de CDV. *Constructora Diosa Persepolis*

Así entonces, deberá de acogerse lo expuesto en tanto que es deber procesal el respeto al debido proceso y ello se materializa en forma evidente con la necesidad de dejar a disposición de la Superintendencia de Sociedades el señalado inmueble.

Complemento a lo señalado y como respaldo normativo, encontramos además de lo ya mencionado, los principios que orientan los procesos de reorganización, los cuales se encuentran consagrados en la misma Ley especial 1116 de 2006, obligando a su atención por parte del administrador de justicia y en particular la precisión del alcance de los mismos. Ya hemos referido al principio de Universalidad⁹, reiterando que este obliga a que todos los bienes de los deudores y de los acreedores quedan vinculados al proceso de reorganización, sin que se determine excepción alguna. De igual manera, el principio de Igualdad¹⁰, indica que debe otorgarse el mismo tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias, lo cual se extiende a que incluso no se favorezca con bienes que son de la reorganización a los deudores que deciden dar continuidad a la ejecución, dado

⁹ Artículo 4° Ley 1116 de 2006

¹⁰ Artículo 4° Ley 1116 de 2006

S62

que estos en virtud del ya señalado artículo 70 de la mencionada ley, deciden perseguir los bienes de los garantes y de los deudores solidarios, no el de los sujetos acogidos en reorganización.

En este aspecto, debe resaltarse que permitir seguir el proceso en contra de bienes donde estén involucradas las empresas en reorganización es permitir darle prelación al ejecutante que se sometió dentro del proceso de reorganización, para que tenga ventaja con este proceso externo, sobre otros acreedores que de buena fe y acogiendo las normas legales se han sometido a las disposiciones de la Superintendencia.

Es decir, según lo expuesto obliga a que el juzgado de conocimiento evite que los acreedores que decidieron continuar el proceso ejecutivo con los terceros, garantes o deudores solidarios, logren un pago "anticipado" de sus obligaciones con bienes de la reorganización que no se reportaron o no fueron puestos a disposición de la Superintendencia de Sociedades o como el caso, **anularon** su puesta en disposición. Pues sería claro que se configuraría una burla al sistema dispuesto por la Ley 1116 de 2006, y con ello patrocinada por el despacho de conocimiento, pues bastaría, como está ocurriendo en el presente asunto, que el inmueble no sea puesto a disposición del juez legítimo del concurso, quien por competencia es quien decide sobre el mismo y se lograría hacer perder el sentido de la señalada ley, ya que el señalado inmueble es un activo operativo, para cumplir con el desarrollo de los acuerdos de pago y demás consideraciones que se hagan en ejecución del proceso de reorganización.

Así entonces, es evidente la necesidad de declarar la nulidad de lo actuado ante el bien inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria No. 04-470685, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, pues el mismo no puede ser afectado en el presente asunto y el despacho de conocimiento en virtud del inciso segundo del artículo 20 de la Ley 116 de 2006, debe proceder a declararlo de manera inmediata.

5. PETICION

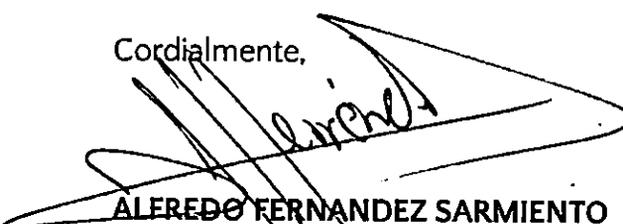
Con base en lo expuesto, e invocando las causales de nulidad señaladas, solicito a usted se declare la **NULIDAD de todo lo actuado con relación al bien inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria No. 04-470685, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla**, y en consecuencia se ponga el

FERNANDEZ PALACIO SAS
Abogados

mismo a disposición de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de reorganización de las empresas CONSTRUCTORA DIANA VERONICA S.A., CONSTRUCTORA PERFIL URBANO S.A., ORGANIZACIÓN CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S

Agradezco la atención prestada.

Cordialmente,



ALFREDO FERNANDEZ SARMIENTO

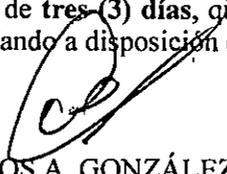
C.C. No. 79.577.195 de Bogotá

T.P. No. 73.153 del C.S.J.

[Handwritten mark]
563

TRASLADO. Para dar cumplimiento a lo ordenado en los arts, 110 y 134 del Código General del Proceso, se fija el anterior escrito de nulidad, en lista de traslado en lugar público de la Secretaria, hoy 26 de febrero de 2021, siendo las 8:00 AM, por el término legal de tres (3) días, que empieza a correr el día 1° de marzo de 2021 a las 8:00 AM, quedando a disposición de la parte contraria.

El Srio,


CARLOS A. GONZÁLEZ T.