



RESOLUCIÓN No. 010 del 30 de agosto de 2017

"Por medio de la cual se decide un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 09 del 27 de julio de 2017"

EL LIQUIDADOR DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL "ZONA FRANCA ANDINA S.A.S.," EN LIQUIDACIÓN

En ejercicio de sus facultades y funciones consagradas en el Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, los Estatutos Sociales de la Empresa Industrial y Comercial del Estado ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN y las demás normas concordantes y complementarias y,

CONSIDERANDO

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

PRIMERO: Mediante documento privado del 30 de Septiembre de 2.009, con reconocimiento de firma y contenido ante el Notario Segundo de Manizales, el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES – INFIMANIZALES -, Establecimiento Público Colombiano del orden Municipal, transformado mediante el Acuerdo N° 292 del 6 de agosto de 1.997, modificado mediante el Acuerdo N° 640 del 9 de agosto de 2.006, ambos del Consejo Municipal de Manizales, con NIT 890801059 – 0, por conducto de su respectivo representante legal y el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS– INFICALDAS-, entidad descentralizada creada por la Ordenanza 234 del 25 de febrero de 1.998, modificada por las Ordenanzas 565 de 2.007 y 595 de 2.008, Establecimiento Público Colombiano del orden Departamental, adscrito a la Gobernación de Caldas, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y patrimonio propio e independiente, con domicilio principal en la ciudad de Manizales, con NIT 890806006 – 3, por conducto de su respectivo representante legal, manifestaron su intención de constituir una Sociedad por Acciones Simplificada, de conformidad con lo previsto en la Ley 1258 de 2.008 y sus respectivos estatutos sociales, denominada "ZONA FRANCA ANDINA S.A.S"., con domicilio principal en la ciudad de Manizales.

SEGUNDO: En cuanto a su naturaleza jurídica respecta, ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., se constituyó como una Sociedad Comercial de naturaleza Pública Indirecta del Orden Departamental, de Segundo Grado, adscrita o vinculada al Departamento de Caldas conforme a lo establecido en la Ley 489 de 1.998, Ley 1258 de 2.008, el Código de Comercio y demás normas concordantes y complementarias, como una sociedad por acciones simplificada, dotada de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, por lo que su régimen legal corresponde al previsto para

Teléfono: (57) (6) 8807580, correo: enliquidaciónzfa@gmail.com, Calle 24 No 21-30 Piso 9 Edificio BCH.
Manizales-Colombia



las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, que desarrolla actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las leyes del derecho privado, salvo las excepciones legales y en los términos dispuestos en la Ley 489 de 1.998 y la Ley 1150 de 2.007, por cuya actividad se encuentra en competencia con el sector privado nacional o internacional.

TERCERO: La constitución de la sociedad comercial ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., fue previamente autorizada por los Estatutos y por los Consejos Directivos de INFICALDAS e INFIMANIZALES de acuerdo con la presentación de los estudios demostrativos que justificaron su creación bajo los criterios de seguridad, rentabilidad y beneficio, y por el Gobernador del Departamento de Caldas, según consta en la reunión del Consejo de Gobierno celebrada el día 13 de Julio de 2.009, y por el Alcalde de Manizales, según consta en la reunión del Consejo de Gobierno celebrada el día 14 de Mayo de 2.009 y los Decretos N° 0133 del 14 de Septiembre de 2009 y del N° 0374 del 31 de Agosto de 2.009.

CUARTO: De acuerdo con sus estatutos sociales, la Sociedad Comercial ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., tuvo como objeto principal la realización de las siguientes actividades: 1. La adquisición, construcción, venta, arrendamiento y/o administración de todo tipo de bienes inmuebles ubicadas en la áreas geográficas que hayan sido declaradas Zonas Francas Permanentes. 2. La adquisición o disposición a cualquier título, de bienes inmuebles con destino a la creación, construcción y/o ampliación de Zonas Francas Permanentes o al desarrollo de la infraestructura de las mismas. 3. La participación como socia o accionista en cualquier clase de sociedades civiles o mercantiles. 4. La compañía podrá desarrollar las actividades propias de un Usuario Operador en una o varias Zonas Francas Permanentes y/o Zonas Francas Permanentes Especiales en el país o en el exterior, tales como dirigir, administrar, supervisar, promocionar, y desarrollar una o varias Zonas Francas Permanentes y/o Zonas Francas Especiales. 5. Impulsar el desarrollo industrial, comercial y de servicios de las Zonas Francas Permanentes en el ámbito regional, nacional e internacional. 6. Organizar ferias, exposiciones o convenciones nacionales o internacionales de carácter comercial y científico dentro de sus instalaciones y en general, cualquier otro mecanismo dirigido a promover las actividades que desarrolle dentro de la Zona Franca Permanente. 7. Calificar a quienes pretendan instalarse como usuarios en la Zona Franca Permanente y hacer efectiva la pérdida de su calidad de usuarios en los eventos previstos en la legislación aplicable. 8. Autorizar y llevar el control de operaciones de ingreso y egreso de mercancías e inventario de bienes para los usuarios. 9. Prestar a los usuarios, si lo considera conveniente y de acuerdo con las normas pertinentes, el suministro de servicios de agua, energía eléctrica, gas, telecomunicaciones, aseo y vigilancia y demás servicios complementarios para el mejor desarrollo de la Zona Franca Permanente. 10. Velar por el cumplimiento en las Zonas Francas Permanentes del régimen aplicable y de los reglamentos de las actividades comerciales e industriales de bienes y servicios expedidos por las autoridades competentes. 11. Las demás relacionadas con el desarrollo de las Zonas Francas Permanentes.

QUINTO: En reunión de la Asamblea extraordinaria de Accionistas, se deliberó y decidió sobre la disolución y estado de liquidación de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., bajo la segunda causal contenida

LR



en el artículo 43 de los Estatutos de la Sociedad, esto es, por la imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en el objeto social, según consta en el Acta N° 015 del 27 de diciembre de 2016.

Lo anterior, en los términos que para el efecto disponen los artículos 25 numeral 15° y 43 numeral 2° de los Estatutos Sociales de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., concordante con el artículo 52° de la Ley 489 de 1.998, y teniendo en cuenta la decisión adoptada por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas en sesión No. 62 del 24 de junio de 2016, confirmada por la Resolución No. 0001 del 17 de abril de 2017, mediante la cual no se aprobó la modificación del Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca Andina y por lo cual no se autorizó la prórroga de para acreditar los requisitos mínimos de inversión y de usuarios instalados.

SEXTO: En reunión de la Asamblea Universal de Accionistas, se deliberó y decidió sobre el nombramiento del liquidador de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., según consta en el Acta N° 015 del 27 de diciembre de 2016.

SÉPTIMO: Como consecuencia de la orden de disolución y estado de liquidación, la entidad pública ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN, no puede iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, directa o indirectamente o a través de terceros, y conserva su capacidad jurídica únicamente para expedir actos, celebrar contratos y adelantar las acciones necesarias para su liquidación.

OCTAVO: En desarrollo del proceso de liquidación, el Liquidador de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN, emplazó a las personas naturales y jurídicas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole en contra de la entidad, con el propósito de que se presentaran al trámite liquidatario, indicando el motivo de su reclamación y la prueba en que se fundamenta la misma y a quienes tengan en su poder, a cualquier título, activos de la entidad, para los fines de su devolución y cancelación.

Para esos efectos, fue fijado un aviso en un lugar visible en las oficinas de la entidad, ubicada en calle 24 No. 21-30, piso 9 del edificio BCH, de la ciudad de Manizales, Caldas. De igual forma, dicho aviso fue publicado en dos oportunidades en dos diarios, uno de amplia circulación nacional y otro de circulación local correspondiente al domicilio de la entidad, con un intervalo no inferior a ocho (8) días calendario de la siguiente manera: En el diario La República, en publicación de los días 7 y 14 de febrero de 2017 y en el diario Q'hubo en publicación de los días 7 y 14 de febrero de 2017. En dichas publicaciones se indicó el término para presentar todas las reclamaciones y la advertencia de que una vez vencido éste, el liquidador no tendría facultad para aceptar ninguna reclamación.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 12 de la Ley 1105 de 2006.

NOVENO: El término para la presentación oportuna de las reclamaciones fue el comprendido entre el 16 de febrero de 2017 y el 21 de marzo de 2017, en el horario de 08:00 a.m. a 12:00 m y de 02:00



p.m. a 06:00 p.m., según lo ordenado por el artículo 24 del Decreto- Ley 254 del 2.000, en concordancia con el artículo 9.1.3.2.1., del Decreto 2555 de 2010.

DÉCIMO: Una vez vencido el término para presentar reclamaciones, esto es a partir del día 22 de marzo de 2.017, se mantuvo el expediente en traslado común a todos los interesados por un término de cinco (5) días hábiles, en el domicilio de la entidad ubicada en la calle 24 No. 21-30, piso 9 del edificio BCH, de la ciudad de Manizales, Caldas, sin que durante el plazo en cuestión se presentara objeción alguna.

Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9.1.3.2.3., del Decreto 2555 de 2010.

DÉCIMO PRIMERO: El término para la presentación oportuna de las reclamaciones fue el comprendido entre el 16 de febrero de 2017 y el 21 de marzo de 2017, en el horario de 08:00 a.m. a 12:00 m y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m., según lo ordenado por el artículo 24 del Decreto- Ley 254 del 2.000, en concordancia con el artículo 9.1.3.2.1., del Decreto 2555 de 2010.

DÉCIMO SEGUNDO: Toda vez que la finalidad esencial del proceso concursal y universal de liquidación de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN consiste en determinar y cancelar, en lo posible, el pasivo de la Entidad, el proceso de calificación de las reclamaciones presentadas oportunamente se inició a partir del día 30 de marzo de 2017, teniendo en cuenta su naturaleza, cuantía, orden de restitución, prelación de pagos y privilegios de Ley.

DÉCIMO TERCERO: Posteriormente, mediante Resolución N° 04 del 11 de mayo de 2017 el liquidador de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S EN LIQUIDACIÓN decidió acerca del rechazo, la calificación y graduación de los créditos reclamados al procedimiento administrativo de liquidación de la entidad.

En relación con la reclamación presentada por la sociedad comercial S y S INGENIERÍA S. en C.A., el mencionado acto administrativo dispuso el rechazo de la misma, en los siguientes términos:

“(…)

ARTÍCULO SÉPTIMO: RECHAZAR la reclamación en contra de la entidad en liquidación presentada por la sociedad SYS INGENIERIA Y CIA S. en CA., de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente Resolución, por las siguientes causales de rechazo:

3. NO SE ACREDITÓ LA CALIDAD DE APODERADO: Esto sucede si no se acreditó la calidad de apoderado para actuar en el proceso liquidatorio de la ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN.

Con respecto a poderes especiales: No se aportó documento original que acredite su calidad de apoderado especial; (...)

(...)

CR



“11. OBLIGACIÓN LITIGIOSA: Se rechaza por cuanto en la actualidad se adelanta proceso judicial en contra de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., en la actualidad EN LIQUIDACIÓN y se estará sujeto a la decisión que se profiera dentro del mismo (...)”

Lo anterior, sin perjuicio de la provisión que para el pago de créditos a cargo de la entidad en liquidación, realice el liquidador de la entidad para atender los procesos en curso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33 del Decreto Ley 254 del 2.000.

DÉCIMO CUARTO: La sociedad S Y S INGENIERÍA Y CIA S. EN C.A., inconforme con la decisión anterior, y dentro de la oportunidad respectiva, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución N° 04 del 11 de Mayo de 2017 *"Por medio de la cual se decide acerca del rechazo, la calificación y graduación de los créditos reclamados al proceso de liquidación de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S EN LIQUIDACIÓN"*.

El recurso de reposición formulado cumple con los requisitos previstos en el artículo 77 de la Ley 1437 de 2.011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -.

DÉCIMO QUINTO: Mediante acto administrativo debidamente motivado, la agencia liquidadora, confirmó la resolución impugnada, la cual se encuentra en firme.

DECIMO SEXTO: Mediante la Resolución No. 09 del 27 de julio del año 2017, en su artículo 3°, esta agencia liquidadora decidió lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO TERCERO: DETERMINAR las obligaciones litigiosas a cargo de la entidad ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN, sin perjuicio de que su pago, sometido a una condición, solo pueda llevarse a cabo cuando éstas se hicieren exigibles, de conformidad con el numeral 4° del artículo 32 del Decreto – Ley 254 de 2000, las siguientes:

S Y S INGENIERIA Y CIA S EN C.A.		VALOR INDEX		DIFERENCIA	
10 DE JULIO DE 2.012	\$ 49.200.000,00		\$ 58.958.677,69		\$ 9.758.677,69
TOTAL	\$ 49.200.000,00				
TOTAL INDEXADO	\$ 58.958.677,69				

(...)”

Dicho acto administrativo fue debidamente notificado vía correo electrónico el día 31 de julio de esta misma anualidad.

DÉCIMO SÉPTIMO: La sociedad S Y S INGENIERÍA Y CIA S. EN C.A., inconforme con la decisión anterior, y dentro de la oportunidad respectiva, interpuso recurso de reposición en contra del artículo tercero

CR



de la Resolución N° 09 del 27 de julio de 2017 "Por medio de la cual se determina y reconoce el pasivo cierto no reclamado de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN y las obligaciones litigiosas"

El recurso de reposición formulado cumple con los requisitos previstos en el artículo 77 de la Ley 1437 de 2.011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA DEL LIQUIDADOR PARA DECIDIR EL RECURSO DE REPOSICIÓN FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DISPUSO SOBRE EL RECHAZO DE RECLAMACIONES.

DÉCIMO OCTAVO: El Liquidador de la entidad pública ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN se encuentra facultado para expedir y hacer cumplir el presente acto administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto – Ley 254 del 2.000, modificado por el artículo 7° de la Ley 1105 de 2.006, y el numeral 1° del artículo 74 de la Ley 1437 de 2.011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, toda vez que los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyan ejercicio de funciones administrativas, constituyen actos administrativos, frente a los cuales únicamente procede el recurso de reposición, con excepción de los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del procedimiento administrativo de liquidación frente a los cuales no procede recurso alguno.

CAPÍTULO III

EL RECURSO DE REPOSICIÓN FORMULADO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 09 DEL 27 DE JULIO DE 2017.

DÉCIMO NOVENO: En la fecha mencionada, la apoderada de S Y S INGENIERÍA Y CIA S. EN C. A presentó recurso de reposición contra la resolución en comento.

En criterio de la Sociedad Comercial recurrente la decisión contenida en el artículo tercero del acto administrativo recurrido está desconociendo no solo los propios actos administrativos proferidos por esta agencia liquidadora, sino una decisión judicial porque, según la recurrente "mediante resolución No. 004 del 11 de mayo de 2017, se previó que la obligación reclamada se sometería a la decisión judicial proferida dentro de la acción contractual proferida" expresando que el fallo de primera instancia "declaró el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa" y ordenó, además, el pago de la cláusula penal.

Para sustentar su recurso acude a la normativa y a definiciones literales que hace de los términos usados por el artículo 245 del Código de Comercio.



Con fundamento en lo expuesto, la recurrente solicita *“REPONER la decisión impugnada y en su lugar, provisionar de manera adecuada los recursos para el reconocimiento y pago de las obligaciones litigiosas correspondientes a S y S INGENIERÍA S en C.A., incluyendo no solo las sumas canceladas con ocasión de la promesa de contrato de compraventa debidamente indexadas, sino la cláusula penal pactada en la promesa de compraventa tal como lo dispuso la citada sentencia judicial”*

CAPITULO IV. CONSIDERACIONES

VIGÉSIMO: Se procede a continuación a desatar el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad SYS INGENIERIA Y CIA S. en CA.

En efecto la constancia secretarial expedida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, adiaada el 27 de febrero de 2017, da cuenta de la existencia del proceso en mención.

VIGÉSIMO PRIMERO: En cuanto a las *“obligaciones litigiosas”* respecta, el Decreto ley 254 del 2000, categóricamente establece en el artículo 32, numeral 4, que *“el pago de las obligaciones condicionales o litigiosas se efectuara solamente cuando estas se hicieren exigibles”*.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En su momento oportuno no se accedió al reconocimiento de la reclamación hecha por el recurrente por tratarse de un crédito litigioso, que se encuentra sujeto a una condición, esto es, a un acontecimiento futuro que puede suceder o no, en los términos dispuestos en el artículo 1530 del Código Civil Colombiano, que para el caso concreto, se traduce en la existencia de una sentencia ejecutoriada que declare la obligación dineraria reclamada por la sociedad comercial recurrente en contra de la entidad en liquidación.

De ahí que los créditos litigiosos correspondan a la categoría jurídica de las obligaciones condicionales, por lo que en este caso, no existe certeza sobre la obligación de pago a cargo de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S EN LIQUIDACIÓN, pues, la reclamación del ente societario, al ser un crédito litigioso no comporta una obligación clara, expresa y exigible en contra de la entidad en liquidación.

VIGÉSIMO TERCERO: Siendo esto así, aunque exista una sentencia de primera instancia que, oportunamente, fue apelada, donde se condenó al pago de una cláusula penal como resultante de un incumplimiento contractual, pues como se dijo a la recurrente en acto administrativo pasado, *“la mentada providencia judicial no se encuentra ejecutoriada como quiera que, dentro de la oportunidad procesal respectiva, se formuló el recurso de apelación*



contra la sentencia de primera instancia”, no puede en consecuencia calificarse de inadecuada o insuficiente la provisión ordenada por este Agente Liquidador, en tratándose, como se dijo, de un crédito sometido a una condición, pero además, porque la razón de la provisión que se ordena, por la cuantía decretada, también está dada, no solo por el cumplimiento del fallo, sino con base en lo que efectivamente ingresó a la contabilidad de la empresa hoy en liquidación.

VIGÉSIMO CUARTO: Ahora bien, en el respectivo contrato se estableció una cláusula penal correspondiente al 10% del valor del negocio, pagadera en caso de incumplimiento de alguna de las partes, pero es bien sabido que para acudir a la acción de cumplimiento de contrato, con las respectivas indemnizaciones que sean menester, como la cláusula penal reclamada por el recurrente, la otra parte debe ser de aquellas que cumplió el contrato, así lo consagra el artículo 1609 del Código Civil Colombiano que reza:

“(…) ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (…)”

VIGÉSIMO QUINTO: Sobre el mutuo disenso tácito contractual y sus efectos en relación con la condición resolutoria tácita, el artículo 1602 del Código Civil dispone que:

“(…) Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (…)”

De igual forma, en relación con los modos de extinguirse las obligaciones, el inciso 1º del artículo 1625 de dicha codificación señala que:

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.”

Siendo del caso resaltar que la expresión “nula” incorporada en la redacción de esta última norma es inexacta, en la medida en que los efectos de la nulidad sobre un negocio jurídico solo pueden producirse por ministerio de la ley o mediante sentencia judicial, más no así por voluntad de las partes contratantes, pero más allá del error en que incurrió el legislador en la redacción de la norma bajo examen, se tiene que su teleología se endereza a establecer la posibilidad que asiste a los contratantes desde en el ámbito de su libertad contractual, esto es, incluso, desde la misma perspectiva del artículo 1602 del C.C., consistente en consentir en la extinción de las obligaciones que

WR



las ataba preliminarmente por ministerio de un contrato anterior, mediante un nuevo acuerdo expreso que disponga sobre la terminación del mismo.

Por su parte, y en el marco de la disposiciones precitadas, la jurisprudencia Civil ha decantado la institución del mutuo disenso tácito, entendido como aquel acuerdo de las partes en un negocio jurídico encaminado a su terminación; en esta hipótesis, al contrario de lo que acontece con el mutuo disenso expreso, la voluntad de dejar sin efectos el negocio jurídico no es expresa, sino que se aducen una serie de circunstancias inequívocas que se predicen de las partes y que son manifiestamente indicativos de esa voluntad, como acontece con el incumplimiento mutuo.

A ese respecto, sobre la disolución del contrato por mutuo disenso tácito, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del cinco (5) de noviembre de 1979, señaló que:

“(...) La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda forma si requiere de decisión judicial. Esta última forma de disolver el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.

(...)

La jurisprudencia de la Corte, en este preciso punto, es la de que “para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérase que el comportamiento de ambos contratantes, frente al incumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el no llevarlo a cabo.

No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tacita o expresamente de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato (...)” (negritas fuera de texto).

En pronunciamiento más reciente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010), en relación con el “mutuo disenso contractual” como medio de extinción de las obligaciones, señaló que:



“(…) Es evidente que la interpretación literal o exegética de dicha reclamación, en tanto que apunta a que se disponga la resolución “por mutuo disenso” del contrato de promesa de compraventa materia del litigio, ubica dicho pedimento en el instituto de ese mismo nombre desarrollado jurisprudencialmente, en torno del cual la Sala ha sostenido que “[a]sí como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley” (se subraya).

(…)

[!] la primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan mutuo disenso, “resciliación” o “distracto contractual”, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que, toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula “...” (Cas. Civ., sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; se subraya. En similar sentido, fallos de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01).

Y en cuanto a las formas en que el mutuo disenso o distracto contractual adquiere perfil, la Corte tiene dicho que él se estructura por razón de un consentimiento expreso, o por cuenta de un proceder que tácitamente así lo denote. De suyo, que tal forma de terminación contractual puede tener “origen [en] una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido” o “en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anonadar su fuerza obligatoria” (Cas. Civ., sentencia de 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707).”

Ahora bien, respecto de los efectos del mutuo disenso tácito de cara a la condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 del Código Civil, se tiene que, ante el incumplimiento recíproco, los



contratantes pueden, incluso, demandar la resolución del contrato por la vía de dicha disposición pero sin indemnización de perjuicios, así como la obligación principal sin indemnización, ni cláusula penal.

En efecto, sobre este punto de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha diciembre 7 de 1982, realizó el siguiente pronunciamiento que por su importancia y pertinencia es dable traer a colación; dijo en esa oportunidad la Corte:

“(...) Si ambos han cumplido ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrá predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (C.C., arts. 1610 y 1615). 2) Hace exigible la cláusula penal (C.C. arts. 1594 y 1595) y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente sobre la cosa debida (C.C. arts. 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante. ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de lo mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedara sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del Código Civil, que dice: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena sino sólo lo obligación principal...” ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena.

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Este es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlos, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.



(...)

Las acciones alternativas del artículo 1546 con o sin indemnización de perjuicios. Es importante también hacer una interpretación del artículo citado, por cuanto a primera vista esa norma parece consagrar las acciones alternativas de resolución o ejecución exclusivamente para el contratante que ha cumplido. Ciertamente la norma en comento está regulando el fenómeno del incumplimiento de uno y del incumplimiento de otro. Pero lo que hay que observar es que el artículo 1546 consagra la resolución o la ejecución del contrato "con indemnización de perjuicios. Cuando se trata del incumplimiento de ambos contratantes, la norma que debe aplicarse es el artículo 1609, según el cual ninguno está en mora, lo cual implica que de ninguno se puede predicar que deba perjuicios, toda vez que el artículo 1615 establece que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora..." Como ninguno está en mora, ninguno debe perjuicios. Igual debe predicarse según el artículo 1594 de la cláusula penal.

Contrario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios y b) Cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal". (Negritas fuera de texto).

VIGÉSIMO SEXTO: Colofón de lo anteriormente expuesto, es que ante el fenómeno del mutuo disenso tácito contractual, las partes que recíprocamente han concurrido a la inejecución del contrato por razones de hecho que permiten traducir su voluntad de darlo por terminado, pueden por la vía de la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del Código Civil concurrir a obtener la resolución o ejecución judicial del contrato en cuestión, pero sin que por ello haya lugar a la indemnización de perjuicios, ni a la declaratoria de la condena al pago de la cláusula penal.

Los promitentes compradores determinaron como fecha del otorgamiento de la Escritura Pública el día 30 de octubre de 2012.

Aunado a lo anterior, la promitente compradora concurrió al pago solo del diez por ciento (10%) del valor total del precio, pues no se reflejan pagos posteriores en los términos y condiciones pactados en el contrato.



Finalmente, no se evidencia constancia notarial que advierta que la promitente compradora concurriera a la Notaria, con el ánimo de cumplir con el otorgamiento de la escritura de compraventa.

En ese contexto, las partes contratantes se encuentran en una situación de mutuo disenso contractual, por lo tanto, no le es dable a la promitente compradora exigir ahora el pago de la cláusula penal establecida en la mencionada promesa de compraventa.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Estos argumentos hacen parte del recurso de alzada oportunamente deprecado por la entidad en liquidación y son suficientes para colegir que no puede el demandante algar el reconocimiento de la cláusula penal como lo pretende, razón por la cual se despachará desfavorablemente el presente recurso.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Liquidador de ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el artículo 3° de la Resolución No. 09 del 27 de julio de 2017.

SEGUNDO: Contra la presente Resolución no proceden recursos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto – Ley 254 del 2.000, modificado por el artículo 7° de la ley 1105 de 2.006.

Dado en Manizales a los treinta (30) días del mes de agosto de 2017.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ESTEBAN RESTREPO URIBE
Liquidador
ZONA FRANCA ANDINA S.A.S., EN LIQUIDACIÓN

er