

OFICIO 220-003075 DEL 17 DE ENERO DE 2018

Ref: Radicación 2017-01-595496 28/11/2017- VENTA DE UNA SOCIEDAD EN PROCESO DE REORGANIZACION.

Aviso recibo de su escrito en el cual formula consulta relativa a la posibilidad de enajenar una empresa que se encuentra en un proceso de reorganización y la forma de hacerlo.

Antes de abordar el tema es necesario precisar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

Desde esa perspectiva procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

La finalidad del proceso de reorganización de una sociedad, no es otra que la de preservar empresas viables y, normalizar sus relaciones crediticias pendientes de pago según los términos del artículo 1° de la Ley 1116 de 2006, cometidos que priorizan la gestión del juez como su armonización, pese a que eventualmente pudieran parecer intereses opuestos.

Con la presentación de la solicitud del proceso de reorganización, comienzan a surtir efectos jurídicos frente a terceros, socios o accionistas y sus administradores, en la medida en que las facultades de disposición quedan limitadas, pues no es posible realizar operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios, como sería precisamente la venta de la empresa en reorganización, para la cual será necesaria la autorización previa y expresa del juez del concurso, según dispone el artículo 17 de la misma Ley 1116.

Sumado a lo anterior, surgen varios efectos y circunstancias a tener en cuenta, pues de un lado la sociedad se encuentra tramitando un proceso jurisdiccional de reorganización y al mismo tiempo la solicitud de venta de la empresa, con la alternativa de que a través de este acto, se pueda bien terminar, o continuar el proceso según entre otros, la intención de los inversionistas.

Como es bien sabido, el proceso de reorganización consta de varias etapas, tres de ellas: i) La que surge desde la fecha de presentación de la solicitud de reorganización hasta el día de la expedición de la providencia que admite a la sociedad al trámite de reorganización, ii) Desde la fecha de la apertura del trámite

de reorganización y su debida notificación a su deudor hasta el día antes de la providencia de calificación y gradación de créditos, y iii) Desde la ejecutoria de la citada providencia hasta la confirmación del acuerdo de reorganización.

La posibilidad de la enajenación referida, en la primera de las etapas, tanto por las facultades de los administradores, como de las decisiones del máximo órgano social, se verían eventualmente supeditadas o limitadas por las prohibiciones previstas por el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Sin embargo, nada obsta a la luz del régimen concursal, para que se presente el desistimiento del proceso, con el fin de surtir el acto jurídico de venta por fuera del escenario de la insolvencia, en cuyo caso una de las alternativas procesales iniciales a analizar, sería que una vez autorizado por el juez del concurso se producirían varias consecuencias jurídicas, a saber: 1) Los administradores recobran la plena administración del ente societario como de su gestión, 2) El proceso termina por el fenómeno del desistimiento, 3) La venta de la sociedad se haría por fuera del proceso de reorganización, 4) Las partes deberán perfeccionar el negocio con el lleno de los requisitos de ley, 5.) Deberá contarse con suficientes garantías de pago que le permitan a los acreedores tener plena credibilidad en dicho proceso, 6) El plazo para llevar a cabo la enajenación deberá ser brevísimo en aras de seguridad, certeza, confianza, tranquilidad de sus acreedores.

Por su parte, otra posibilidad que tienen los interesados (deudor e inversionista) si deciden hacerlo dentro de esta etapa, es presentar a consideración del juez del concurso solicitud para la enajenación de la sociedad; sin embargo este aspecto merece un examen cuidadoso toda vez que después de recibida la solicitud de reorganización, la ley ha establecido un brevísimo término de tres días para su aceptación por parte del juez, por lo cual corresponderá al juez realizar un examen cuidadoso y autónomo, a efectos de valorar la seriedad de las circunstancias frente a propuestas que podrían representar dilaciones injustificadas o temerarias como mayores perjuicios a los actores de estos procesos.

En esa misma perspectiva, no puede perderse de vista que en este caso, se deberá contemplar en la petición también el desistimiento del proceso jurisdiccional concursal si es que el nuevo inversionista o titular de la empresa no requiere seguir con el proceso de reorganización.

Eventualmente y en gracia de discusión, la solicitud de venta en esas circunstancias deberá estar debidamente sustentada, y se habrá de acreditar entre otros aspectos: el pago del total del pasivo si es que no pretende seguir con el proceso de reorganización, las autorizaciones del máximo órgano social a los administradores bajo ese cometido, la continuidad en principio de la empresa,

pruebas de las reformas estatutarias cuando sea del caso, la forma de pago del pasivo determinado en los balances de corte y su actualización a la fecha de venta, la forma en que se enervará la causal por pérdidas, la forma en que se procederá al pago del pasivo pensional como los mecanismos para normalizarlo si es que existe, en caso de fusión cumplir con los requisitos previstos en la Circular Externa nro. 100-00001 del 21 de marzo de 2017, Autocontrol y Gestión del Riesgo LA/FT, de las sociedad que estén obligadas en los términos del numeral 5° del Capítulo X de la Circular Básica Jurídica Nro. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, cumplimiento del régimen cambiario en cuanto a inversión extranjera directa Decreto 119 de 2017, así como los demás aspectos que requiera el juez del concurso en ese contexto particular.

En la subsiguiente etapa, las circunstancias jurídicas cambian sustancialmente, en la medida en que iniciado el proceso de reorganización ya no es posible su desistimiento, conforme al numeral 26 del Auto 400-000112 de 1° de septiembre de 2015, proferido por la Delegatura de Procedimiento de Insolvencia, así:

“26. De igual manera, la Corte Constitucional ha expresado, acerca del principio de oficiosidad en los procedimientos concursales, que:

“En virtud del interés general que revisten los procesos concursales no terminan por desistimiento ni les son aplicables las normas sobre perención; por razón del principio de igualdad los acreedores de la misma naturaleza deben recibir igual trato sin considerar la fecha de exigibilidad y presentación de los créditos, y por causa de la plenitud concursal estos procesos atraen los activos y pasivos del deudor y resuelven las diferencias en relación con las mismas”.

No obstante la limitación procesal anterior, se suma la que en esta etapa procesal aún no existe una definición precisa tanto del activo como del pasivo a cancelar conforme la prelación legal.

Por tanto, antes de proferirse una autorización de venta de la empresa en esas condiciones procesales, se requiere previamente cumplir con el derrotero legal de definición económico y jurídico, previsto en el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006.

De lo contrario, una autorización de venta que no quiera pasar por ese escrutinio procesal o principio de contradicción, deberá ser analizada cuidadosamente por el juez del concurso, si ha bien lo tiene autorizar.

En la tercera fase procesal, en la que el juez del concurso, como el deudor y los acreedores tienen certeza de las obligaciones o del pasivo a cancelar de la sociedad, resulta jurídicamente viable acceder a una solicitud de venta de la empresa presentada a su consideración.

Tan es así, que inmediatamente en firme la providencia de calificación y graduación de créditos y sin esperar a que se cumplan los cuatro meses de que trata el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, puede el juez del concurso convocar inmediatamente a una audiencia de confirmación de un acuerdo de reorganización en el que se haya considerado dicha fórmula, amén del cumplimiento de los requisitos enunciados en la primera parte, como de los que adicionalmente considere frente a la preservación de la empresa como unidad económica en particular y del pago efectivo de los acreedores que participan dentro del amparo concursal anotado, a tono con la prerrogativa prevista en el artículo 44 de la Ley 1116 de 2006.

Así mismo, es viable que los inversionistas también puedan durante el camino concursal procesal, entrar a formar parte del pasivo a través de la subrogación de créditos del pasivo externo como del capital, lo que eventualmente representaría mitigar el riesgo de litigiosidad como la firme alternativa de contar con las mayorías de ley en una eventual decisión de venta y aprobación del acuerdo de reorganización, en ese sentido.

Finalmente, una vez confirmado el acuerdo de reorganización, la venta deberá estar precedida de una reforma del acuerdo de reorganización si ha bien tiene lugar, en los términos del párrafo del artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.