

OFICIO 220-084542 DEL 89 DE MAYO DE 2014

ASUNTO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 DE 2006- FRENTE A LA ENAJENACIÓN DE BIENES

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2014- 01- 193693, mediante el cual formula una consulta sobre algunos aspectos relacionados con un proceso de reorganización empresarial, en los siguientes términos:

1. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 aplica para las sociedades comerciales que ya firmaron acuerdo de reorganización i el mismo ha sido confirmado por el juez del concurso? O sólo aplica desde la presentación de la solicitud y hasta la confirmación del acuerdo?
2. Si el acuerdo de reorganización no dice nada al respecto, puede una sociedad con acuerdo firmado disponer de sus activos fijos (por fuera del giro ordinario) sin autorización del comité de acreedores y/o del juez del concurso? Lo anterior independientemente de la naturaleza y valor del activo? Qué pasa si se trata del activo productivo más importante que tiene la empresa?
3. Aplica el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 a la venta de activos fijos por parte de una sociedad que ya firmó y confirmó su acuerdo de reorganización?

De requerirse autorización, ¿Cuál sería el trámite a seguir ante el Despacho?

En caso de no requerirse, bajo que sustento legal podrían celebrarse estas Operaciones?

Al respecto, me permito manifestarle, de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, es función de la Superintendencia de Sociedades la de absolver las consultas de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, y de otra, que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos de los cuales haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006:

- i) Artículo 17 ibídem, preceptúa que “A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar

compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

(...)

Parágrafo 1°. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 8° de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.

Parágrafo 2°. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el parágrafo anterior." (El llamado es nuestro).

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que uno de los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor concursado, es el prohibir a los administradores efectuar, entre otras operaciones, la enajenación de bienes que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, salvo que exista autorización previa expresa y precisa del juez del concurso.

ii) Dicha prohibición, tiene por objeto la realización de los principios de universalidad objetiva y subjetiva e igualdad, toda vez que el carácter universal de proceso de reorganización empresarial reconoce, por así decirlo, que el patrimonio del deudor es la garantía de todos sus acreedores, tal como lo consagra el artículo 2488 del Código Civil, y por ende, la capacidad dispositiva del deudor debe restringirse a aquellos actos necesarios para su funcionamiento y que no comprometan su patrimonio. También reconoce que si los acreedores pierden el derecho de ejecución individual o separada y el proceso es el único escenario para que hagan valer sus créditos, no tiene razón de ser el propiciar mecanismos para sustraerse de él, y en cuanto a la igualdad, se refiere a que

todas las obligaciones deberán ser atendidas dentro del proceso en igualdad de condiciones.

De otra parte, se observa que la sanción varía si el acto es realizado a partir de la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma o a partir de la admisión al proceso de insolvencia, sin la respectiva autorización del juez concursal; en el primer evento, se sanciona con la remoción de los administradores e imposición de multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes hasta tanto se reverse la operación; pues no de otra manera se lograría la recuperación inmediata de los recursos destinados al pago de tales acreencias; en segundo caso, la sanción de ineficacia fue prevista únicamente para los actos ejecutados con posterioridad a la admisión del proceso de insolvencia, lo cual se explica por el hecho de que todos los acreedores, sin excepción alguna, quedan vinculados al proceso y el pago de sus obligaciones quedan sujetas a las resultas del mismo, esto es, que su cancelación se hará en la formas y términos estipulados en el acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

iii) A su vez, el artículo 35 ejusdem, consagra que “Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que el promotor radique el acuerdo de reorganización aprobado por los acreedores, el juez del concurso convocará a una audiencia de confirmación del acuerdo, la cual deberá ser realizada dentro de los cinco (5) días siguientes, para que los acreedores tengan la oportunidad de presentar sus observaciones tendientes a que el Juez verifique su legalidad. ...”. (Se subraya).

Del análisis de la norma en mención, se colige, de una parte, que el juez, dentro del término allí previsto, es decir, dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación del acuerdo por parte del promotor, deberá convocar a los acreedores a una audiencia de conformación del acuerdo, y de otra, que tales acreedores disponen del mismo término para presentar la observaciones que consideren pertinentes, con el fin de que se verifique su legalidad.

iv) Ahora bien, una vez confirmado el acuerdo de reorganización por el juez del concurso, el representante legal retomara la capacidad de disposición sobre los bienes del deudor, es decir, que a partir de entonces no tendría aplicación el artículo 17 ya citado. Sin embargo, es de anotar que se debe revisar las cláusulas del acuerdo para verificar que allí no se haya estipulado ninguna limitante o se haya exigido autorización alguna por parte del Comité de Vigilancia para el efecto, en cuyo caso deberá procederse de conformidad, sin perjuicio de que las condiciones y pautas de la negociación sean concertadas entre las partes intervinientes en el que se proyecta realizar.

v) De otra parte, debe tenerse en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 78 op. cit., “Los acuerdos de reorganización incluirán un Código de Gestión Ética Empresarial y de responsabilidad social, exigible al deudor, el cual precisará, entre otras, las reglas a que debe sujetarse la administración del deudor en relación con:

(...)

2. Manejo del flujo de caja y de los activos no relacionados con la actividad empresarial...

Parágrafo. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Códigos de Gestión Ética Empresarial dará lugar a la remoción del cargo y a la imposición de multas sucesivas de carácter personal a cada uno de los administradores y al revisor fiscal, contralor, auditor o contador público responsables, hasta por doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La imposición de una o ambas clases de sanciones corresponderá al juez del concurso competente, según el caso, y su trámite no suspende el proceso de insolvencia". (El llamado por fuera del texto original).

vi) Luego, en el acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora, se debe incluir un Código de Gestión Ética Empresarial y de responsabilidad social, exigible al deudor, el cual necesariamente debe contener una cláusula que consagre expresamente el tratamiento o manejo que se le dará a los activos no

relacionados con la actividad empresarial o aquellos que son denominados improductivos, así como las autorizaciones a que haya lugar para su venta por parte del Comité de Vigilancia.

vii) Nótese que el legislador no involucro a los activos productivos o necesarios para el desarrollo de las actividades consagradas en el objeto social de la compañía deudora, toda vez que, como es sabido, el régimen judicial de insolvencia, 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, finalidad que solamente se logra en la medida de que la compañía continúe como empresa en marcha y cuente con las herramientas y activos necesarios para tal efecto.

En consecuencia, no es viable que un acuerdo de reorganización empresarial se pacte la posibilidad de disponer de los activos necesarios para el proceso productivo de la misma, ya que ello iría en contra de uno de los objetivos que persigue el régimen de insolvencia, cual es la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica.

De otra parte, tampoco debe olvidarse que la competencia de los administradores está restringida al desarrollo del objeto social, y disponer de los bienes productivos dirigidos a la actividad económica empresarial podría estar sobrepasando los límites de la capacidad social y por ende de las facultades de los administradores.