

OFICIO 220-130708 DEL 21 DE AGOSTO DE 2014

ASUNTO: CESION DE CONTRATOS DENTRO DE UN PROCESO DE REORGANIZACION EMPRESARIAL- LEY 1116 DE 2006

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2014- 01- 322465, mediante el cual formula una consulta sobre algunos aspectos relacionados con un proceso de reorganización empresarial, en los siguientes términos:

“ ...

1.Una empresa que se encuentra admitida al proceso de reorganización, previo a ello firmo bajo el Decreto 2655 de 1988 una licencia de exploración con la Autoridad Minera y con la Ley 685 de 2001 (actual código de minas) se acogió a los beneficios que se señalan en el artículo 352, por lo cual hasta el 2014 firmó el contrato de concesión, es decir posterior a la admisión del proceso de reorganización, en consecuencia y bajo el entendido de la Ley 1116 de 2006, este contrato se entendería posterior al acogimiento del proceso de reorganización por lo se pregunta si se requerirá para la cesión la autorización previa del juez de concurso.

2. Bajo el supuesto que la empresa haya sido admitida al proceso de reorganización, y tenga una licencia de exploración y no se haya firmado a la fecha con la Autoridad Minera el contrato de concesión señalado en el Ley 685 de 2001, se pregunta si se requiere autorización del juez de concurso para la cesión de dicho contrato.

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 de la Ley 1116 de 2006, por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones:

i) El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, prevé que uno de los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor, es el prohibir a los administradores efectuar en relación con las obligaciones a cargo de éste, compensaciones, pagos, arreglos, descuentos, allanamientos, terminación unilateral 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, salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

ii) Tal 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** (giro ordinario de sus negocios). 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.

iii) Acorde con lo anterior, el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, adiciona dos párrafos al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, los cuales son del siguiente tenor literal:

“PAR. 3º- Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.

PAR. 4º En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor”. (Subraya el Despacho).

iv) Como se puede apreciar, el legislador solamente le permite al deudor realizar pagos de sus obligaciones propias dentro del giro ordinario de sus negocios, causadas desde la fecha de presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que en dicho interregno el deudor no se encuentra aun adelantando ningún proceso concursal, y por ende, éste conserva su capacidad para efectuar pagos relacionados con el giro ordinario de los negocios, entre las cuales se encuentran, entre otras, las obligaciones laborales, fiscales proveedores, financieras, en los términos y condiciones estipulados en el documento contentivo de la respectiva obligación, llámese factura, titulo valor, contrato, cuentas de cobro, etc.

v) Sin embargo, es de advertir que el legislador estableció en el artículo 17 ibídem, varias sanciones cuando el acto es celebrado o ejecutado en contravención a lo señalado en dicha norma o se realiza sin la respectiva autorización del juez del concurso, así:

“Parágrafo 1º. 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 por fuera del texto original).

Nótese 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.

vi) Ahora bien, en lo referente a la cesión de derechos derivados de una concesión, se observa que la ley expresamente consagró dicha posibilidad. En efecto, el artículo 22 de la Ley 685 de 2001, preceptúa que “La cesión de derechos emanados de una concesión, requerirá aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si recibido este aviso dicha entidad no se pronuncia mediante resolución motivada en el término de cuarenta y cinco (45) días, se entenderá que no tiene reparo a la cesión y se inscribirá el documento de negociación en el Registro Minero Nacional”. (El llamado es nuestro).

vii) No obstante, y tratándose de una sociedad que se encuentre adelantando un proceso de reorganización de que trata la Ley 1116 de 2006, no puede efectuar dicha operación sin que previamente se haya obtenido la autorización del juez del concurso para tal, toda vez que, de una parte, en ejercicio de la autonomía privada de los contratos, la cual, como es sabido, comprende dos partes: a) el poder atribuido a la voluntad respecto de la

creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas; y b) el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, se está disponiendo de unos derechos económicos que conforman el patrimonio de la sociedad sometida al régimen de insolvencia, y en tal virtud el juez del concurso debe velar porque dicha operación no afecte los intereses económicos tanto de la sociedad en reorganización como de sus acreedores, ni mucho menos que vaya a afectar la prenda de éstos, y de otra, que se trata de una operación que no corresponde al giro ordinario de los negocios del deudor, y por ende, para su realización se requiere de la autorización que nos ocupa.

Lo anterior, independientemente de que el contrato de concesión se haya celebrado con posterioridad a la admisión del deudor al trámite de un proceso de reorganización, pues, una cosa es la ejecución del contrato como tal y otra muy distinta la cesión del mismo.

viii) Igual circunstancia, se predica respecto de la cesión de una licencia de exploración otorgada al deudor concursado.