

**OFICIO 220-124524 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2015**

**ASUNTO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 DE 2006 - MODIFICACIÓN PRELACIÓN DE CRÉDITOS**

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2015- 01- 339999, mediante el cual formula una consulta relativa al proceso de reorganización empresarial, en los siguientes términos:

1. Luego de ser admitido a un proceso de reorganización (Ley 1116), puede pedirse autorización para seguir adelante con el proceso de compensación de pago de impuestos?
2. Si una persona presta dinero a una compañía en reorganización (Ley 1116) para pago de impuestos, queda con prelación 1 en los derechos de voto de los créditos?

Al respecto, me permito advertir que de conformidad con el artículos 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, la Superintendencia de Sociedades absuelve las consultas de carácter general a que haya lugar sobre las materias de su competencia regulados por la legislación mercantil, mas no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, atendiendo adicionalmente que de acuerdo con la Sent C-1641 del 29 de 2000, de la H. Corte Constitucional (M.P. Alejandro Martínez Caballero) a la Entidad no le es dable como autoridad administrativa intervenir en asuntos de los cuales haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales debe pronunciarse como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Bajo ese presupuesto, procede efectuar las siguientes consideraciones a la luz de la Ley 1116 de 2006:

- i) El 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 faculden 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).

ii) De la simple lectura de la norma antes transcrita, se desprende que uno de los efectos de la presentación de la solicitud y de la admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor concursado, es el no poder 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 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.

iii) 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.

iv) Acorde con lo anterior, el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, adiciona dos párrafos al artículo 17 de la citada Ley 1116, que al letra rezan::

“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).

v) 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 ese interregno el deudor no se encuentra adelantando aun 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, título valor, contrato, cuentas de cobro, etc.

Sin embargo, se advierte que el mismo artículo 17 ibídem, establece varias sanciones para los actos celebrados o ejecutados en contravención a la norma o, que se realizan sin la respectiva autorización del juez del concurso.

vi) 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 realizados o 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 con ocasión de la iniciación del 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.

vii) De otra parte, el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, preceptúa que “En el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos, siempre que sean cumplidas las siguientes condiciones:

1. La decisión sea adoptada con una mayoría superior al sesenta por ciento (60%) de los votos admisibles.
2. Tenga como propósito facilitar la finalidad del acuerdo de reorganización.
3. No degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor.
4. No afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciable, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito.

La prelación de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades fiscales, podrá ser compartida a prorrata con aquellos acreedores que durante el proceso hayan entregado nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo, la cual será aplicada inclusive en el evento del proceso de liquidación judicial. Para tal efecto, cada peso nuevo suministrado, dará prelación a un peso de la deuda anterior. La prelación no es aplicable por la capitalización de pasivos, ni por la mera continuación de los contratos de tracto sucesivo.

Para el caso de nuevas capitalizaciones que generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del acuerdo de reorganización, los inversionistas que realicen tales aportes de capital, además de las ventajas anteriores, al momento de su liquidación, tendrán prelación en el reembolso de su remanente frente a otros aportes y hasta por el monto de los nuevos recursos aportados.

Los acreedores que entreguen al deudor nuevos recursos, condonen parcialmente sus obligaciones, otorguen quitas, plazos de gracia especiales, podrán obtener, como contraprestación las ventajas que en el acuerdo se otorgan a todos aquellos que concedan los mismos beneficios al deudor.

PARÁGRAFO 1o. En el evento de no cumplirse el acuerdo de manera tal que satisfaga las obligaciones que han renunciado a prelación o preferencia, estas recuperarán dicha prelación o preferencia cualquiera que sea la modalidad con la que concluya el proceso de insolvencia.

PARÁGRAFO 2o. Los créditos laborales podrán capitalizarse siempre y cuando sus titulares convengan, individual y expresamente, las condiciones, proporciones, cuantías y plazos en que se mantenga o modifique, total o parcialmente la prelación que le corresponde como acreencias privilegiadas. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización los créditos laborales capitalizados recuperan la prelación de primer grado para efectos del acuerdo de adjudicación y el de liquidación judicial". (Subraya el Despacho).

Como se puede apreciar, la flexibilización de la prelación legal dentro de un proceso de reorganización empresarial, está sujeta a las siguientes reglas: a) la exigencia de una mayoría especial, la cual tiene como justificación el hecho de que se trata de excepcionar las reglas de prelación legal y además proteger los derechos de los acreedores; b) que tenga como finalidad facilitar la celebración del acuerdo de reestructuración; c) que no degrade a ningún acreedor, es decir, que la flexibilización solo procede para mejorar la categoría de los acreedores que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que se traduzcan en beneficio del deudor, como el acreedor que recibe una dación en pago sobre un inmueble, pero en contraprestación otorga una quita o renuncia al pago de intereses; d) que la flexibilización no puede afectar la prelación de determinados créditos, tales como pensionales, laborales, de seguridad social o de adquirentes de vivienda, salvo que el acreedor acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciable y siempre que conduzca a la recuperación del crédito; y e) compartir la misma preferencia de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades, con aquellos acreedores que entreguen nuevos recursos al deudor en reorganización o se comprometa a hacerlo en la ejecución del acuerdo, en cuyo caso por cada peso nuevo que entregue, un peso de la deuda anterior obtiene preferencia para las obligaciones fiscales al momento de celebrar el acuerdo, si las hubiere, y en el evento de que el deudor no tuviere obligaciones fiscales al momento de celebrar dicho acuerdo, ello no es óbice para que se le dé un trato como obligación de primera clase.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los alcances previstos en el C.C.A.