

OFICIO 220-168750 DE 16 DE JULIO DE 2024

ASUNTO: PROCESO DE REORGANIZACIÓN DE PATRIMONIOS AUTÓNOMOS AFECTOS A ACTIVIDADES EMPRESARIALES - OTROS ASUNTOS.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta una consulta en los siguientes términos:

"(...)

¿En un proceso de Reorganización empresarial, ingresan los Patrimonios constituidos a través de contrato de Fiducia?

La sociedad que se somete a Reorganización empresarial al ser dueña de otras sociedades en otros países se lleva el proceso por cada país o en Colombia ¿cómo sería el trámite?

¿Las garantías mobiliarias constituidas en los Patrimonios de Fiducia, en qué grado ingresarían?

¿La decisión de una reorganización empresarial, debe estar sometida a decisión del Órgano Social?

¿Cuál es el tiempo máximo para un acuerdo de pago dentro de la reorganización empresarial?"

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020 modificado por el Decreto 1380 de 2021.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o a sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos de insolvencia que se tramitan ante la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las Superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que 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.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder sus inquietudes en los siguientes términos:

"¿En un proceso de Reorganización empresarial, ingresan los Patrimonios constituidos a través de contrato de Fiducia?"

El artículo 2 de la Ley 1116 de 2006, sobre ámbito de aplicación del régimen insolvencia, prescribe:

"Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales." (Subrayado fuera del texto)

A su vez, el párrafo del artículo 3 y el artículo 12 de la Ley 1116 de 2006 establecen lo siguiente:

"Parágrafo. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores."

"Artículo 12. Matrices, controlantes, vinculados y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia. Una solicitud de inicio del proceso de reorganización podrá referirse simultáneamente a varios deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinados, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas jurídicas o naturales, sea que estas obren directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales que no tengan como efecto la personificación jurídica. Para tales efectos, no se requerirá que la situación de control haya sido declarada o inscrita previamente en el registro mercantil." (Subrayado fuera del texto)

Por su parte, en los artículos 2.2.2.12.1 y 2.2.2.12.2 del Decreto 1074 de 2015 se acota lo siguiente:

"Artículo 2.2.2.12.1. Patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia. Para los efectos del artículo 2º de la Ley 1116 de 2006, los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios."

Artículo 2.2.2.12.2. Supuestos de admisión al proceso de reorganización.

Los supuestos de admisión al proceso de reorganización de los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, serán respecto de tales patrimonios los consagrados en el artículo 9° y en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 1116 de 2006. Adicionalmente, el negocio fiduciario no debe estar en ninguna de las causales de extinción de que trata el artículo 1240 del Código de Comercio.

Parágrafo. *El acuerdo de reorganización no podrá establecer un plazo de cumplimiento mayor al término del contrato, salvo que se acuerde su prórroga, pero en ningún caso por un término superior al máximo señalado en la ley. (Subrayado fuera del texto)*

Con base en lo expuesto, es posible concluir que los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales están sometidos al régimen de insolvencia. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores.

"La sociedad que se somete a reorganización empresarial al ser dueña de otras sociedades en otros países se lleva el proceso por cada país o en Colombia ¿cómo sería el trámite?"

El carácter de accionista que tenga una sociedad colombiana incurso en un proceso de Reorganización, en compañías ubicadas en países extranjeros, no conlleva, en principio, a la insolvencia automática de las sociedades extranjeras. Cosa distinta es que se esté frente a un evento de insolvencia transfronteriza, en cuyo caso, los artículos 85 y siguientes de la ley 1116 de 2006 aplican en los siguientes supuestos:

- Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero, o
- Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o
- Estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia, o
- Los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participen un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

"¿Las garantías mobiliarias constituidas en los Patrimonios de Fiducia, en qué grado ingresarían?"

El artículo 43 de la Ley 1116 de 2006, en torno a la conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias, prescribe lo siguiente:

"Artículo 43. Conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias. En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa. (...)"

Así mismo, esta Oficina tuvo la oportunidad de referirse a la "PRELACIÓN LEGAL DE UN CRÉDITO GARANTIZADO CON GARANTÍA MOBILIARIA"; en Oficio 220-223724 del 11 de octubre de 2022, en los siguientes términos:

"(...) El artículo 3 de la Ley 1676 de 2013, frente a la connotación de carácter principal que tienen los contratos de garantías mobiliarias, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 3º. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía. (...)"
(Subrayado fuera del texto)

Al respecto, esta Oficina mediante Oficio 220-084463 del 1 de junio de 2018, ha precisado cuál es la prelación legal que le corresponde a los acreedores con garantías mobiliarias dentro de la calificación y graduación de créditos, en los siguientes términos:

(...) Es de destacar entonces que, según los términos del artículo 3º, la Ley de Garantías Mobiliarias, Ley 1676 de 2013, según se refiere a las constituidas a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

A renglón seguido, la misma norma indica que independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación

que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley. Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.

Igualmente, el artículo 5º de la citada Ley 1676 de 2013 estipula que podrán constituirse garantías mobiliarias sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, si estos pueden separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este.

Ahora bien, en materia de prelación de créditos, el artículo 2497 del Código Civil, establece que a la segunda clase de créditos pertenecen los del acreedor prendario sobre la prenda (numeral 3), y el artículo 2499 del mismo estatuto, indica que en la tercera clase de créditos serán comprendidos los hipotecarios.

A este propósito viene al caso traer a colación los apartes pertinentes del pronunciamiento de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia, de que da cuenta el Acta No. 400- 000359 del 19 de febrero de 2016:

(...)

(c) Ubicación de los créditos respaldados con garantías mobiliarias y garantías hipotecarias en el contexto de la prelación legal de créditos.

La discriminación entre clases de acreedores en el ordenamiento jurídico colombiano tiene fuente legal. El propio Código Civil prevé la existencia de la prelación de créditos, entendida como el sistema de ordenación de deudas para su pago, en atención a condiciones objetivas o subjetivas de cada crédito.

Es así como el Código Civil distingue entre acreedores de primera, de segunda, de tercera, de cuarta y de quinta clases, y dentro de cada clase, reconoce distintos órdenes que tienen reglas especiales de preferencia.

Los regímenes concursales han asignado además un tratamiento especial, con pago preferente, a créditos que se encuentran por fuera de este abanico.

Es el caso de los gastos de administración, que según lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, se refiere a los créditos nacidos luego del inicio del proceso de insolvencia, que deben ser pagados a medida que se vayan causando. Es también el caso de los créditos y de los bienes excluidos de la masa, según lo

regula expresamente, entre otras disposiciones, el artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, tal como se expuso, la Ley 1676 de 2013 no derogó la prelación legal de créditos del Código Civil, como además lo dijo la Corte Constitucional, pero sí creó una nueva especie de acreedor, le asignó un régimen diferenciado y mejoró su expectativa de satisfacción del crédito a través del reconocimiento de una preferencia especial, es decir, relativa a un bien o derecho determinado o determinable, que es, precisamente, aquel sobre el cual recae la garantía.

Así las cosas, una vez reconocido en el concurso, el acreedor con garantía sobre mueble debe ser incluido en la calificación y graduación de créditos como titular de un crédito garantizado en la segunda clase, que es la que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 2497 del Código Civil.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Para que un crédito con garantía mobiliaria sea tenido como crédito de segunda clase se requiere previamente del cumplimiento de los requisitos de constitución, oponibilidad y registro, de conformidad con lo previsto en los artículos 9, 21, 38, 48, 50, 84 y 85 de la Ley 1676 de 2013.” (Subraya fuera de texto).

“¿La decisión de una reorganización empresarial, debe estar sometida a decisión del Órgano Social?”

Sobre el particular, es preciso señalar que dependerá de si conforme a los estatutos de la sociedad, el representante legal requiere autorización del máximo órgano social para solicitar la admisión a un proceso concursal.

Sin perjuicio de lo anterior, se ponen de presente las siguientes normas:

Código de Comercio:

“ARTÍCULO 224. Cuando la sociedad se encuentre en estado de cesación en los pagos, los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán de inmediato a los asociados para informarlos completa y documentadamente de dicha situación, so pena de responder solidariamente de los perjuicios que se causen a los asociados o a terceros por la infracción de este precepto.

Los asociados podrán tomar las medidas conducentes a impedir la declaratoria de quiebra o a obtener la revocatoria de la misma.”

Ley 2069 de 2020:

ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto.

PARÁGRAFO 1o. Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal. Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles a las sucursales de sociedad extranjera.

PARÁGRAFO 2o. Deróguese el numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008, así como los artículos 342, 351, 370, 458, 459, 490, el numeral 2 del artículo del artículo 457 del Decreto 410 de 1971."

"¿Cuál es el tiempo máximo para un acuerdo de pago dentro de la reorganización empresarial?"

Sobre el particular, se pone de presente que la Ley 1116 de 2006 no establece un término máximo para el pago de las obligaciones objeto del acuerdo, salvo el establecido para la situación específica a la que se refiere el parágrafo 2 del artículo 31 de la referida ley, el cual es del siguiente tenor:

"Parágrafo 2º. *Cuando los acreedores internos o vinculados detenten la mayoría decisoria en el acuerdo de reorganización, no podrá preverse en el acuerdo ni en sus reformas un plazo para la atención del pasivo externo de acreedores no vinculados superior a diez años contados desde la fecha de celebración del acuerdo, salvo que la mayoría de los acreedores externos consientan en el otorgamiento de un plazo superior." (Negrilla fuera de texto).*

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se invita al usuario a consultar en nuestra página WEB www.supersociedades.gov.co los conceptos y normativa emitidos por la entidad, así como la herramienta tecnológica Tesauro.