SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 220-271315 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2020

ASUNTO: FLEXIBILIZACIÓN EN EL PAGO DE PEQUEÑOS ACREEDORES PARA MITIGAR SU AFECTACIÓN CON EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta consulta relativa al siguiente contexto:

"(…)1. Conforme a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social por causa del COVID-19 se expidió el Decreto Legislativo 560 de 2020 que modificó sustancialmente el régimen de Insolvencia empresarial previsto en la Ley 1116 de 2006.

2. El artículo 3 Decreto Legislativo mencionado indica que, desde la admisión al proceso de reorganización, el deudor puede pagar anticipadamente a proveedores sin autorización del juez del concurso, siempre que:

> *a. sean pagos a acreedores no vinculados, bien sea por situaciones de control o grupo empresarial, según lo previsto en los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995;*
>
> *b. tratarse de pequeñas acreencias, con un valor agregado igual o inferior al cinco por ciento (5%) del total del pasivo externo; y*
>
> *c. el deudor debe contar con la recomendación del promotor, si este ha sido designado.*

3. Que las disposiciones del mencionado Decreto son aplicables a las empresas cuya operación haya sido afectada por causa del COVID-19, lo cual comprende la reducción de sus ingresos por las restricciones de movilidad, el aislamiento preventivo obligatorio, entre otros.

4. De igual forma, el artículo 1 del Decreto Legislativo 842 de 2020 dispone que:

"Todos los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica podrán ser sujetos de los mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación, observando las reglas de competencia aplicable para cada uno.

Para los deudores que se encuentren en trámite o en ejecución de cualquier acuerdo de reorganización, la afectación deberá ser afirmada y sustentada en el evento en el que se vaya a implementar alguno de los mecanismos o herramientas establecidos como consecuencia de la crisis del COVID-19." (Énfasis fuera del texto original).

5. Al momento de la expedición de ambos decretos, había empresas que fueron admitidas a un proceso de insolvencia previa declaración del Estado de Emergencia, conforme a lo establecido en la ley 1116 de 2006 y sin haber celebrado el respectivo acuerdo de reorganización. Sin embargo, estas se han visto afectadas de manera directa por la pandemia del COVID-19, y, por lo tanto, se encuentran dentro del público merecedor de la aplicación de los mecanismos de flexibilización establecidos en el Decreto Legislativo mencionado anteriormente.

PETICIÓN

Conforme a lo establecido anteriormente, solicito sea aclarado el alcance de los Decretos Legislativos 560 y 842 de 2020, en el sentido de aclarar si las medidas extraordinarias de salvamento y recuperación, particularmente el prepago de acreencias con valor igual o menor al cinco por ciento (5%) del total del pasivo (artículo 3 Decreto 560 de 2020), son aplicables o no para aquellas empresas que hayan iniciado un proceso de insolvencia con anterioridad a la declaratoria del Estado de Emergencia y aún no hayan suscrito el Acuerdo de Reestructuración, pero se han visto afectadas directamente a causa del Estado de Emergencia."

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 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad 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 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 concursales que se tramitan ante la Entidad o por los despachos judiciales, 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 o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Así las cosas, conforme al alcance indicado, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones a la luz de las normas que regulan la materia.

El Articulo 3 del Decreto Legislativo 560 de 2020, establece lo siguiente:

*"**Artículo 3. Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa.** A partir de la presentación de la solicitud de admisión a un proceso de reorganización de un deudor afectado por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el deudor podrá pagar anticipadamente a los acreedores laborales no vinculados y a los proveedores no vinculados, titulares de pequeñas acreencias sujetas al proceso de reorganización, que en su total no superen el cinco por ciento (5%) del total del pasivo externo, Para estos efectos, no se requerirá autorización previa del Juez del Concurso, pero deberá contar con la recomendación del promotor, en caso de haber sido designado. El deudor, conjuntamente con el promotor, en caso de haber sido designado, deberán informar al Juez del Concurso sobre tales pagos dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización, aportando la lista discriminada de los acreedores, su clase y la cuantía, así como los soportes correspondientes.*

Para el pago de los referidos acreedores, el deudor podrá vender, en condiciones comerciales de mercado, activos fijos no afectos a la operación o giro ordinario del negocio, que no superen el valor de las acreencias objeto de pago. La venta de los bienes en las mencionadas condiciones no requiere autorización previa del Juez del Concurso. Sin embargo, en el evento en el que sobre el activo pese una medida cautelar deberá solicitar su levantamiento al Juez del Concurso. Si el Juez del Concurso lo encuentra ajustado a la ley, librará los oficios de desembargo correspondientes, sin necesidad de auto. No obstante, lo anterior no podrá implicar

el desconocimiento de los derechos de los acreedores garantizados. El uso de los recursos para propósitos distintos a los indicados, hará a los administradores responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados, y estarán obligados a reembolsar las sumas en cuestión, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda resultar aplicable." (Subraya fuerza de texto).

Por su parte, el Decreto 842 de 2020, en su artículo 1 acota lo siguiente:

*"**Artículo 1. Sujetos de la aplicación de los mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación.** Todos los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica podrán ser sujetos de los mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación, observando las reglas de competencia aplicable para cada uno.*

Para los deudores que soliciten la admisión a un nuevo proceso, procedimiento o trámite, se deberá aportar con la solicitud de admisión, una declaración de afectación en la memoria de la crisis de que trata el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, en la que se afirme y sustente dicha afectación.

***Para los deudores que se encuentren en trámite o en ejecución de cualquier acuerdo de reorganización, la afectación deberá ser afirmada y sustentada en el evento en el que se vaya a implementar alguno de los mecanismos o herramientas establecidos como consecuencia de la crisis del COVID-19.**"* (Negrilla y subraya fuera de texto).

A su vez, el artículo 2 del Decreto 842 de 2020, dispuso lo siguiente frente al pago anticipado de pequeños acreedores dentro de un proceso de reorganización empresarial:

***"Artículo 2. Pago anticipado de pequeños acreedores dentro de un proceso de reorganización empresarial.** La flexibilización en el pago de pequeños acreedores, previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020, dirigido a los acreedores laborales y proveedores no vinculados al deudor, se deberá considerar para el pago de aquellas acreencias que tengan el menor saldo reconocido en sus estados financieros, hasta el cinco por ciento (5%) del total del pasivo externo.*

De las normas transcritas, se puede inferir como los deudores que se encuentren en trámite o en ejecución de cualquier acuerdo de reorganización, pueden ser destinatarios de la aplicación de alguno de los mecanismos o herramientas establecidos como consecuencia de la crisis del COVID-19, pero deberán afirmar y sustentar la afectación, tal y como lo prescribe el articulo 1 Decreto 842 de 2020.

Es decir, para aquellas empresas que hayan iniciado un proceso de insolvencia con anterioridad a la expedición del Decreto Legislativo 560 de 2020 y aún no hayan suscrito el Acuerdo de Reorganización, pero que se han visto afectadas directamente a causa de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, pueden acceder al procedimiento de "*Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa",* previsto por el artículo 3 del Decreto Legislativo 560 de 2020 y demás normas concordantes.

En este mismo sentido, el Delegado para Procedimientos de Insolvencia Ad hoc de la Superintendencia de Sociedades, en Auto 400-04958 del 21 de mayo de 2020, indicó lo siguiente:

"(…) Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera que la correcta interpretación que debe darse al artículo tercero, es que la medida de flexibilidad de pago de pequeños acreedores pueden aplicarla los deudores que (i) su situación de insolvencia se produjo como consecuencia de la pandemia Coronavirus COVID-19, o (ii) que su situación de insolvencia se produjo por causa distinta a la pandemia Coronavirus COVID-19, pero que se vio agravada con ocasión de la misma.

10. Así las cosas, tanto los deudores que hayan solicitado la admisión al concurso con ocasión del Coronavirus como los que ya se encuentren admitidos, pero han visto agravada su situación con ocasión de dicha pandemia, podrán realizar pagos de pequeñas acreencias y enajenar activos fijos no afectos al giro ordinario de los negocios para el pago de las mismas, con base en lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 560 de 2020."

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 el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página WEB de la Entidad, la normatividad y los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.