



**OFICIO 220-106504 DEL 27 DE ABRIL DE 2022**

**ASUNTO: TRÁMITE DE NEGOCIACIÓN DE EMERGENCIA DE ACUERDOS DE REORGANIZACIÓN ESTABLECIDO EN EL DECRETO LEGISLATIVO 560 DE 2020 - COMMODITIES.**

Me refiero a su escrito radicado con el número de la referencia, por medio del cual formula una consulta relacionada con el trámite de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, establecido en el Decreto Legislativo 560 de 2020.

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 parcialmente 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 sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales 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 o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

A su vez, es necesario indicar que las funciones jurisdiccionales que ejerce esta Superintendencia, en materia del régimen de insolvencia, se desarrollan con base en los principios de independencia, autonomía, transparencia e imparcialidad, en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia en estas precisas materias; lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 4, y 5 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia.





En efecto resulta propio destacar que esta Superintendencia en el ejercicio de sus facultades y funciones administrativas está supeditado al marco constitucional y legal debidamente reglado, por lo cual, no puede interferir con pronunciamientos o inmiscuirse en asuntos o decisiones que adopte o pueda adoptar la Superintendencia de Sociedades como Juez de los procesos concursales, ni tampoco asesorar o conceptuar sobre asuntos de orden particular y concreto que deben ser presentados y resueltos por el peticionario ante esta jurisdicción, tal y como se colige de los fundamentos facticos expuestos en su consulta, pues precisamente esas circunstancias particulares y procesales quedan bajo la órbita de las decisiones que al respecto pueda proferir y definir el Juez del concurso conforme a la competencias atribuidas por la ley.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder su consulta en los siguientes términos:

Plantea el peticionario varios interrogantes en el marco del trámite de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, establecido en el Decreto Legislativo 560 de 2020, de cara a obligaciones cuyo pago fue pactado en especie con un *commoditie*, teniendo en cuenta que el precio para estos bienes varía con el tiempo.

Antes de abordar sus inquietudes, lo primero por recordar es que el trámite de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, como mecanismo extraordinario de recuperación empresarial contemplado en el Decreto Legislativo 560 de 2020, busca aminorar en las empresas los efectos del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y persigue como fin la celebración de un acuerdo entre un deudor y sus acreedores para preservar la empresa y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, reestructurando sus activos y pasivos.

“¿Este tipo de obligaciones (cuyo pago fue pactado en especie con un *commoditie*) son susceptibles de ser incluidas en el pasivo a reestructurar?”

Llama de manera especial la atención de este Despacho, el advertir que la incertidumbre no se cierne sobre la acreencia en sí misma, pasivo en que el solicitante no ahonda en mayor explicación, como si, sobre el activo con el que se pretende pagar tal acreencia graduada y calificada.

Lo anterior, por cuanto ha de quedar claro que la graduación y calificación de un crédito, dependerá de los documentos que soporten su causación, existencia y prelación, más no del activo con el que será pagado el mismo.

Ahora, conforme lo previsto en el parágrafo 3° del artículo 8° del Decreto 560 de 2020, a través del trámite de negociación de emergencia, el deudor puede negociar acuerdos de reorganización con todas las categorías de acreedores establecidas en el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, e incluso solo con una o varias de ellas.



Luego, es claro que cualquier pasivo causado hasta el día anterior a la admisión al trámite de negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización, con la excepción hecha de las obligaciones a que se refiere el artículo 32 de la ley 1429 de 2010 referido a la existencia de pasivos por retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social, puede ser susceptible de ser incluido en el pasivo a reestructurar.

“¿Cómo se puede determinar el valor de dicha obligación, teniendo en cuenta que el valor del commodity cambia según se fija el precio en los mercados internacionales, en aras de definir el monto de la obligación en los proyectos de graduación y calificación de créditos?”

En términos generales, cuando se hace referencia a commodities, se está frente a materias primas o bienes no diferenciados, que tendrá en mercados denominados al contado o en mercados mundiales, financieros regulados o bolsas mercantiles, su escenario de comercialización, y cuyo precio es fijado por la demanda externa, volatilidad y retornos entre otros factores.

De tal primigenia noción, y ante la falta de claridad de la consulta, habrá de abordarse dos escenarios distintos y posibles según la participación del deudor en tales mercados, pues dependerá de que la compra del commodity haya ocurrido en el mercado físico o spot o de futuros, esto es:

- Que la compra de materias primas se haya realizado en el acto, con entrega inmediata, y con un precio acordado, o
- Negociando el precio futuro de estos bienes y fijando una fecha futura en la cual se hará la entrega del producto (contratos futuros).

En el primer caso, esto es, que la compra de materias primas se haya realizado en el acto, con entrega inmediata y precio acordado, no se sustrae un factor notable para condicionar el reconocimiento, naturaleza y cuantía de una acreencia dentro de un proceso de insolvencia, pues habrá de recordarse que:

1. La etapa de la graduación y calificación de créditos, demanda del acreedor en ejercicio de sus cargas procesales, el procurar el reconocimiento de su crédito en cuanto a su existencia, cuantía, naturaleza y orden de prelación de pagos.

Lo anterior, para hacer notar que conforme el artículo 8° del Decreto Legislativo 560 citado, un acreedor tiene la facultad de presentar su inconformidad al deudor en relación con la graduación y calificación de su obligación y determinación los derechos voto, obligándole a aportar los soportes documentales que sustenten su pretensión, acervo último que servirá en principio al deudor y en caso de desacuerdo al juez del concurso, para en audiencia resolver sobre la certeza, prelación, preferencia, cuantía y naturaleza de la obligación.





2. Ahora, si con el commodity se paga en forma inmediata al acreedor, podría entenderse que el crédito cierto ha sido honrado con un activo cierto que a esta fecha cuenta con un valor de mercado determinado y acordado.

Para el segundo evento, en que la transacción de commodities fue realizado a un precio futuro y fijando una fecha futura en la cual se hará la entrega del producto, varia la suerte del acreedor, a quien, bajo los términos del acuerdo pactado en el trámite de negociación de emergencia, su pago tiene no una fecha actual, sino una fecha futura, caso común para acreedores de menor derecho y de vocación de pago (quiérogafarios, por ejemplo), evento este en que, en efecto, el acuerdo de pago podría verse afectado por los cambios en precios y las condiciones del intercambio del producto en el mercado, escenario en que tal activo puede bajar o subir su valía, evento en el cual:

1. Si se ha pactado como medio de pago la entrega futura de un commodity sujeto a su precio futuro, para honrar también en forma ulterior a un acreedor reconocido en un acuerdo de reorganización, debe el acreedor demandar que en el acuerdo quede expresamente claro que éste es un pago condicionado y, por ejemplo, si lo considera pertinente, el acreedor podría intentar que se pacte en su favor un medio de pago (por ejemplo, la entrega de recursos en efectivo), que supla el eventual menor valor que resulte de la futura comercialización del commodity, buscando una equivalencia entre el crédito cierto reconocido y el valor del commodity con que se honrará el crédito. Todo lo cual debe ser sometido a decisión del Juez del concurso.

2. Ahora, si habiéndose pactado que el medio de pago es la entrega futura de un commodity sujeto a su precio futuro, y el acuerdo fue votado en forma positiva en la forma antes acordada, habrá de entenderse que hay expresa aceptación y asunción del riesgo por el eventual menor precio que pueda obtenerse en la fecha futura.

Es claro que se está frente a una forma de pago aceptada indistintamente de las circunstancias que le puedan afectar, caso en el que, cumplido el plazo futuro, deberá honrarse la obligación en los términos del acuerdo.

“¿Cómo se determinan los derechos de voto al tratarse de bienes fungibles”

En el trámite de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, los derechos de voto se calculan aplicando las reglas previstas en los artículos 31 y 32 de la Ley 1116 de 2006, sin que en tales disposiciones se excepcione al acreedor cuyo pago fue pactado en los términos de la consulta.

“¿El pago de estas obligaciones podría pactarse en plazos mayores a dos años?”





De la lectura de las normas que bajo el Decreto Legislativo 560 de 2020 rige la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, no se desprende prohibición del pacto o acuerdo de pago de obligaciones en plazo mayor a dos años con bienes fungibles.

No obstante, se insiste que nada obsta para que el acreedor que se sienta vulnerado con tal propuesta de forma de pago, en ejercicio de las cargas procesales vele por la defensa y mejor guarda de su propio interés, y dentro de la oportunidad procesal defienda su derecho.

“En caso de que dichas obligaciones sean susceptibles de ser incluidas en el pasivo de la compañía a reestructurar, ¿el valor de la obligación definido en el proyecto de graduación y calificación de créditos podría pactarse de forma estimativa y que, al momento en que se haga efectiva la obligación, su valor se determine de acuerdo con el valor que tenga el commodity, en la fecha de pago?”

Sobre este último punto, baste recordar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 de la ley 1116 de 2006, el deudor debe relacionar todos sus acreedores, cuyas obligaciones han sido causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso, entre ellos, las acreencias condicionales, últimas que quedarán para su pago sujetas a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición, para que además, en el entretanto, el deudor constituya una provisión contable para atender su pago.

En este orden de ideas, nada contraría la posibilidad de que un acreedor sea reconocido con un crédito condicional y estimar la cuantía del mismo, sujeto a que se haga efectiva la condición.

Para que la condición sea que el valor del crédito se determine como cierto y se cuantifique de acuerdo con el valor que tenga el commodity en la fecha de pago, dependerá de lo pactado entre el deudor y el acreedor y que se pruebe para la graduación y calificación la naturaleza de esta acreencia como condicional y no cierta.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta Tesauro, entre otros.