

Oficio 220-028505 Del 3 de mayo de 2010

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL REGIMEN DE INSOLVENCIA

Me refiero a su escrito, recibido vía correo electrónico, radicado con el número 2010- 01- 068538, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula a esta Entidad una consulta sobre los siguientes aspectos:

- 1.- Si puede declararse insolvente? Ya que se están cumpliendo las fechas de las obligaciones adquiridas con los bancos.
- 2.- Cómo puede o acceder al régimen de insolvencia ante la Superintendencia de Sociedades? y en qué tiempo se debe empezar a tramitar?
- 3.- Necesita de un abogado para este trámite o lo puede hacer directamente? 4.- Una de las deudas tiene fiador, al iniciarse el proceso respectivo éste puede verse afectado?

Al respecto, me permito manifestarle que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo y 2 numeral 18 del Decreto 1080 de 1996, 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 que dicho sea de paso no asesora sobre hechos particulares como resulta ser el caso planteado.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo hacer las siguientes precisiones de orden legal:

a) De acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 1116 de 2006, El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. (El llamado es nuestro).

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 1380 de 2010, preceptúa que ¿El régimen de insolvencia regulado en la presente ley tiene por objeto permitirle al deudor mediante un trámite de negociación de deudas en audiencia de conciliación extrajudicial celebrar un acuerdo de pago con sus acreedores y cumplir así con sus obligaciones pecuniarias pendientes sin importar su naturaleza, salvo las originadas en obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas.

Del estudio de las normas antes transcritas, se desprende que el legislador estableció varios mecanismos no solo para perseguir la salvación de los negocios del deudor, ya se trate de sociedades comerciales, personas naturales comerciantes y personas naturales no comerciantes, que aunque afrontan dificultades económicas tienen perspectivas de salir de la crisis financiera en que se encuentra, sino para permitirle a aquél a través de un acuerdo o una conciliación extrajudicial, según el caso, celebrar un convenio de pagos con sus acreedores, en el cual se estipulara la forma y términos en que se atenderán sus respectivas obligaciones, lo que de no ser posible incuestionablemente conlleva a la liquidación judicial, si se trata de un deudor persona jurídica o persona natural comerciante, o la declaratoria de fracaso o incumplimiento del acuerdo, si se trata de una persona natural no comerciante, para los efectos previstos en el artículo 27 de la Ley 1380 ya mencionada.

Es de advertir, que son muchos y muy diversos los intereses que tienen que atender esos mecanismos; en primer lugar, los de las partes afectadas por el procedimiento, entre ellas el deudor, los propietarios y los administradores de la empresa de éste, los acreedores que estén respaldados por garantías de diverso grado (incluidas las administraciones tributarias y otros acreedores públicos), los empleados, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones jurídicas, comerciales y sociales que tienen interés en la implementación del régimen de la insolvencia.

b) En lo que respecta al ámbito de aplicación, las mencionadas leyes señalaron expresamente las personas naturales o jurídicas que pueden acogerse al régimen de insolvencia, así:

Ley 1116 de 2006: 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.

Ley 1380 de 2010: Estarán sometidas al régimen de insolvencia allí contemplado **las personas naturales no comerciantes** que tengan su domicilio en el país. Ahora bien, el artículo 3º de la Ley 1116 de 2006, prevé que no están sujetas al régimen de insolvencia las siguientes personas jurídicas:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. 2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.

3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.

4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito.

5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial.

6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.

7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.

8. Las personas naturales no comerciantes.

9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar. 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.

c) Al tenor de lo dispuesto en el artículo 6º ibídem, conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso:

i

) **La Superintendencia de Sociedades:** en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.

i) **El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor:** en los demás casos, no excluidos del proceso.

En relación con las personas naturales no comerciantes, conocerán del proceso de insolvencia, según el artículo 5º de la Ley 1380 de 2010, **los Centros de Conciliación del lugar del domicilio del deudor**, que se encuentren debidamente autorizados por el Ministerio del Interior y de Justicia, **incluidas las Notarias**, los cuales operarán en los términos fijados por la Ley 640 de 2001 y demás normas que la modifiquen o adicionen.

d.- La solicitud de admisión a un proceso de reorganización empresarial regulado por la Ley 1116 de 2006, puede ser formulada por el deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza la supervisión sobre el respectivo deudor o actividad.

En la situación de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios.

Tratándose de personas naturales no comerciantes, la solicitud solamente podrá ser elevada por la misma, según se desprende del artículo 10º de la Ley 1380 de 2010.

No obstante lo anterior, es de advertir, de una parte, que a la solicitud respectiva se le debe anexar los documentos a que aluden los artículos 13 y 10 de las Leyes 1116 de 2006 y 1380 de 2010, respectivamente, y de otra, que la solicitud de admisión al proceso de reorganización empresarial o a un procedimiento de

negociación de deudas en audiencia de conciliación extrajudicial de un deudor, **podrá hacerse directamente o a través de abogado y supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente** (Ley 1116), que podrá ser solicitada en ambos casos por el deudor o por uno o varios acreedores incumplidos en el primer supuesto, y por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios, en el segundo supuesto; en tanto que tratándose de una persona natural no comerciante, **presupone únicamente la existencia de una situación de cesación de pagos** (Ley 1380).

e) Acorde con lo anterior, el artículo 9º de la Ley 1116 de 2006, prevé que el inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente:

□1.- **Cesación de pagos.** El deudor estará en cesación de pagos cuando: Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, obtenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. **Incapacidad de pago inminente.** El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

Así mismo, la referida disposición dispone que en el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente.

Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas □. (El llamado es nuestro).

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 1380, consagra que se entenderá que la persona natural no comerciante podrá acogerse al procedimiento de insolvencia, cuando se encuentre en cesación de pagos.

El deudor estará en cesación de pagos cuando incumpla el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de noventa (90) días, o cursen en su contra una o más demandas de ejecución o de jurisdicción coactiva exigiendo el pago de alguna de sus obligaciones.

En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones con cesación de pagos o reclamadas judicial o coactivamente, deberán representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la aludida ley.

De lo expuesto, se colige que el deudor necesariamente debe encontrarse en una situación de cesación de pagos para poder acceder al régimen de insolvencia previsto en una u otra ley.

f) De otra parte, se observa que si bien el legislador no consagró cual era el tratamiento que se le debía dar a los créditos de terceros que pudieran pagar obligaciones del deudor, tales como los garantes, fiadores, avalistas y codeudores, los titulares de tales créditos deberán solicitar al promotor, hasta antes del traslado, por el término de diez (10) días, del proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto, para que los acreedores puedan presentar objeciones con relación a tales actuaciones, sea incluido dentro del aludido proyecto el crédito contingente a su favor, ya por que fueren perseguidos judicialmente o llegaren a pagar las obligaciones garantizadas, y por ende, en el acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre el deudor y sus acreedores, deberá ordenarse la provisión de fondos para atender el pago de dichas obligaciones.

Igualmente, en la conciliación extrajudicial que se llegare a celebre entre el deudor persona natural y sus acreedores, sobre el pago de las obligaciones a su cargo, se deberá tener en cuenta los créditos a favor de terceros que pudieran pagar obligaciones del deudor y ordenar constituir la provisión de fondos para la solución de tales obligaciones.

g) Finalmente, y para una mayor ilustración sobre los aspectos tratados, es conveniente consultar, de una parte, en nuestra página WEB de esta Superintendencia, la cartilla sobre el nuevo régimen de insolvencia empresarial, la cual contiene los principales cambios e innovaciones para aquellas empresas que siendo viables, se encuentran en crisis transitoria y deben ser sometidas a una reorganización tanto financiera como organizacional, operativa y de competitividad, conducente a solucionar las razones por las cuales se acogieron

a este régimen, así como lo correspondiente a la liquidación judicial y la adopción del régimen de Insolvencia Transfronteriza, y de otra, la Ley 1380 de 2006, que regula todo lo atinente al régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante.

Así mismo, es necesario consultar a través de la susodicha página, la Circular Externa No. 430- 000002 del 24 de julio de 2007, mediante la cual se precisa los supuestos y requisitos para solicitar la admisión a dicho régimen bien sea bajo la modalidad de proceso de reorganización o liquidación judicial y, para tramitar la validación judicial de un acuerdo extrajudicial de reorganización, que sean presentados por los deudores o acreedores ante la Superintendencia de Sociedades en su calidad de juez del concurso.