

OFICIO 220-282551 16 DE NOVIEMBRE DE 2023

ASUNTO GENERALIDADES DE LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA (LEY 1116 DE 2006)

Me refiero a la comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, por medio de la cual solicita emitir un concepto respecto de las inquietudes transcritas a continuación:

“1) Si una sociedad vigilada por Supersociedades pretende acogerse a un proceso de insolvencia y reestructuración empresarial, desde el momento en que se presenta la solicitud al cuanto tiempo aproximadamente la Supersociedades se pronuncia con el acto administrativo correspondiente favorable o desfavorablemente.

2) Bajo el régimen de insolvencia y reestructuración empresarial, ¿que (sic) pasa con un contrato de leasing que tenga a la empresa como tenedor del mismo ante una entidad bancaria? ¿se congela la potestad del banco de dar por terminado el contrato ante el incumplimiento de pago de la empresa? ¿Puede el banco iniciar un proceso de restitución (sic) del inmueble? En caso de que haya iniciado el banco un proceso de restitución (sic) previo al proceso insolvencia y reestructuración empresarial, ¿el juzgado debe dar por terminado el proceso una vez aprobado el proceso insolvencia y reestructuración (sic) empresarial por parte de la Supersociedades?

3) ¿Puede un tercero particular solicitar a la Supersociedades información respecto de una empresa en particular de si ha iniciado el trámite (sic) de insolvencia y reestructuración empresarial? O solo es posible realizar la pregunta si efectivamente fue aprobado favorablemente (sic) por la Supersociedades el proceso de insolvencia y reestructuración empresarial?”

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

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 o cursaron 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, y partiendo de la base de que su consulta se refiere al proceso judicial de Reorganización, este Despacho procede a responder sus inquietudes en los siguientes términos:

“1) Si una sociedad vigilada por Supersociedades pretende acogerse a un proceso de insolvencia y reestructuración (sic) empresarial, desde el momento en que se presenta la solicitud al cuanto tiempo aproximadamente la Supersociedades se pronuncia con el acto administrativo correspondiente favorable o desfavorablemente.”

Sobre este punto es importante mencionar lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 1116 de 2006, el cual señala:

“ARTÍCULO 14. ADMISIÓN O RECHAZO DE LA SOLICITUD DE INICIO DEL PROCESO. Recibida la solicitud de inicio de un proceso de reorganización, el juez del concurso verificará el cumplimiento de los supuestos y requisitos legales necesarios para su presentación y trámite, y si está ajustada a la ley, la aceptará dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación.

Si falta información exigida, el Juez del Concurso requerirá mediante oficio al solicitante para que, dentro de los diez (10) días siguientes, complete lo que haga falta o rinda las explicaciones a que haya lugar. Este requerimiento interrumpirá los términos para que las autoridades competentes decidan. Desde la fecha en que el interesado aporte nuevos documentos e informaciones para satisfacer el requerimiento, comenzarán a correr otra vez los términos.

Cuando el requerimiento no sea respondido oportunamente o la respuesta no contenga las informaciones o explicaciones pedidas, será rechazada la solicitud.

Si la solicitud es presentada por acreedores la autoridad competente requerirá al deudor para que, dentro de los treinta (30) días siguientes presente los documentos exigidos en la ley.

Si la información allegada por el deudor no cumple dichos requisitos se le requerirá para que dentro de los diez (10) días siguientes los allegue al proceso. Si este requerimiento no se cumple, se ordenará la apertura del proceso de liquidación judicial u ordenará la remoción inmediata de los administradores.”.

No obstante el artículo transcrito, es preciso advertir que dichos términos, por la dificultad que entraña cada caso particular, podrían diferir por factores tales como: volumen de solicitudes que ingresan diariamente para admisión a los procesos de insolvencia; grado de dificultad o complejidad de las cuestiones debatidas; número de acreedores -por cuanto estos procesos se caracterizan por la multiplicidad de partes-; grado de litigiosidad que se presenta en cada caso en particular; congestión judicial, entre otros, conllevando en algunas ocasiones a que los tiempos establecidos en el citado artículo 14 de la Ley 1116 de 2006, para su admisión o rechazo puedan exceder los plazos allí previstos.

“2) Bajo el régimen de insolvencia y reestructuración empresarial, ¿que (sic) pasa con un contrato de leasing que tenga a la empresa como tenedor del mismo ante una entidad bancaria? ¿se congela la potestad del banco de dar por terminado el contrato ante el incumplimiento de pago de la empresa? ¿Puede el banco iniciar un proceso de restitución (sic) del inmueble? En caso de que haya iniciado el banco un proceso de restitución (sic) previo al proceso insolvencia y reestructuración empresarial, ¿el juzgado debe dar por terminado el proceso una vez aprobado el proceso insolvencia y reestructuración empresarial por parte de la Supersociedades?”

Sobre el tema, esta Oficina se ha pronunciado en los siguientes términos mediante Oficio No. 220-122670 del 5 de noviembre de 2019¹:

“(…) este Despacho se permite, a título meramente informativo, hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz de las normas que regulan la materia:

¹ Colombia Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-122670 del 5 de noviembre de 2019.

“ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL LEASING FINANCIERO Y OPERATIVO FRENTE A UN PROCESO DE REORGANIZACIÓN”- Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/results>

- i) El negocio de leasing, como es sabido, es un contrato mediante el cual una parte entrega a la otra un activo productivo para su uso y goce, a cambio de un canon periódico, durante el plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye al propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer la opción de compra pactada a su favor.
- ii) Ahora bien, de acuerdo con el alcance de los derechos y obligaciones que se establecen a favor de las partes, su finalidad y clase de bienes, dicho contrato puede revestir distintas modalidades de leasing, todas las cuales se enmarcan en dos tipos fundamentales que son a saber:

a.- **Leasing Financiero:** Es un negocio jurídico exclusivo de las compañías de financiamiento comercial, y consistente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 913 de 1993, en “(...) **la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.**

En consecuencia, el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora, derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo, debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que son elementos esenciales del contrato de leasing financiero: 1) La entrega de cualquier tipo de bien ya sea mueble o inmueble para su uso y goce; 2) El establecimiento de un canon periódico que lleva implícito el precio del derecho a ejercer una opción de adquisición, y 3) La existencia en favor del locatario de una opción de compra al terminarse el plazo pactado en el contrato, que podrá ejercer, siempre y cuando cumpla con la totalidad de las prestaciones a su cargo.

b.- **Leasing Operativo:** El artículo 5º. ibídem, faculta a las compañías de financiamiento comercial para celebrar contratos de arrendamiento sin opción de compra, denominados por la doctrina “leasing operativo”, los cuales según la norma en mención se sujetarán a las disposiciones comunes sobre el particular. Así las cosas, se entiende que el leasing operativo corresponde a aquel contrato, en virtud del cual, una persona natural o jurídica, denominada arrendadora, entrega a otra, llamada la arrendataria, la tenencia de un bien para su uso y goce, a cambio del pago de un canon o renta periódica.

De lo expuesto, se puede concluir que los elementos del leasing operativos son:

a) La entrega del bien para su uso y goce; y b) El pago de un canon de arrendamiento.

iii) Visto la definición de cada contrato de leasing y los elementos esenciales de cada uno de ellos, se entra a precisar sus diferencias, así:

Diferencias entre el contrato de Leasing financiero y Leasing operativo:

a) El contrato de leasing operativo se distingue fundamentalmente del leasing financiero, en que este último siempre existe una opción de adquisición, pactada desde el inicio del contrato a favor del locatario, mientras que en el operativo sólo se presenta esta opción excepcionalmente, y de existir es por el valor comercial del bien.

b) Los cánones del leasing financiero incluyen una parte del precio del derecho para ejercer la opción de adquisición, al paso que el canon en el leasing operativo se pacta libremente entre el arrendador y arrendatario con base en el tipo de bien de que se trate, en el plazo del contrato, en las obligaciones que asuman las partes contratantes y en las condiciones del mercado.

c) En el leasing financiero la vocación del bien es pasar al patrimonio del locatario, en tanto que en el operativo es permanecer en poder del arrendador.

d) La especie de leasing operativo, a diferencia del financiero, puede ser ofrecida por cualquier persona natural o jurídica sin necesidad de ser vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre y cuando la actividad se realice con recursos propios.

e) Hasta tanto no se dé la opción de compra en el leasing financiero, o excepcionalmente en el leasing operativo, el bien no entra a formar parte del patrimonio del locatario.

f) El leasing financiero es una operación de endeudamiento, mientras que el leasing operativo no.

g) En el leasing financiero el activo y el endeudamiento ingresan al balance del arrendatario, en tanto que en el leasing operativo el activo está fuera del balance del arrendatario y lo deprecia el arrendador.

iv) Sentado lo anterior, se entra a analizar cuál es el tratamiento de uno u otro contrato dentro de un proceso de reorganización empresarial:

1. Sea lo primero señalar, que por tratarse contratos de tracto sucesivo no podrá darse por terminado los mismos, por el hecho de haber sido admitido el deudor al trámite de un proceso de reorganización.

2. En efecto el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, preceptúa que “Por el hecho del inicio del proceso reorganización **no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato**, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía...” (Se subraya).

Nótese que la norma no hace excepción alguna, simplemente basta que se trate de un contrato de tracto sucesivo, como es el de leasing, en sus dos tipos fundamentales, celebrados antes de la fecha de inicio de la apertura del proceso de reorganización, para que se dé la prohibición allí contemplada.

La explicación de esta regla frente a los contratos de tracto sucesivo se da por la circunstancia de que los mismos son vitales para el desarrollo de los negocios del deudor, verbigracia el arrendamiento o leasing, en este caso el legislador considera que la protección debe darse frente a todo contrato, pues a su juicio todos son necesarios para la recuperación del deudor y además se trata de reprimir cualquier conducta que desconozca un mecanismo recuperatorio.

Sin embargo, la mencionada disposición advierte que, el incumplimiento de las obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

Así mismo, prevé que el deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuere parte.

Cuando no fuere posible la negociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8º de dicha ley, para lo cual deberá cumplir con los requisitos allí señalados, entre los cuales se encuentra el que el contrato de tracto sucesivo se encuentre en ejecución.

3) De otra parte, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 ejusdem, “A partir de la apertura del proceso de reorganización no podrá iniciarse o continuarse procesos de restitución de tenencia sobre bienes muebles o inmuebles con los que el deudor desarrolla su objeto social, siempre que la causal invocada fuere la mora en el pago de los cánones, precios, rentas o cualquier otra contraprestación correspondiente a contratos de arrendamiento o de leasing.

El incumplimiento en los cánones causados con posterioridad al inicio del proceso podrá dar lugar a la terminación de los contratos y facultará al acreedor para iniciar procesos ejecutivos y de restitución, procesos estos en los cuales no puede oponerse como excepción el hecho de estar tramitándose el proceso de reorganización”. (El llamado por fuera del texto original).

Del análisis de la preceptiva en mención, se deduce, de una parte, que la improcedencia de la restitución requiere que se trate de bienes muebles o inmuebles con los cuales el deudor concursado desarrolle su objeto social, y de otra, que ante el incumplimiento de los cánones causados con posterioridad a la fecha de apertura del proceso de reorganización, se podrá dar por terminado los contratos respectivos, y por ende, iniciar los procesos ejecutivos o de restitución. Ahora bien, lo señalado respecto al incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento causados con posterioridad al inicio del trámite del proceso de reorganización, está acorde, con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 1116 tantas veces citada, el cual dispone: “Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha del procesos de insolvencia, son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellos objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro...” (El resaltado es nuestro).

4) El hecho de que una empresa tenga registros de leasing operativos, no significa que el proceso de reorganización deba tramitarse bajo ese concepto, trayendo solo los pasivos adeudados y continuar con los pagos de cánones subsiguientes entendidos como gastos de administración, por cuanto de un lado, la ley no previó dicha modalidad, y de otro, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º ejusdem, 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, cuyos presupuestos de uno u otro describe a reglón seguido.

La solicitud de apertura del proceso deberá presentarse acompañada de los documentos que acredite, además de los supuestos de cesación de pagos o incapacidad inminente, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo

10 ídem, cuyo trámite se sujetará a las reglas y etapas previstas en la susodicha ley...”

Con fundamento en el concepto anterior, y con relación a sus inquietudes se concluye que por tratarse el contrato de “Leasing” de un contrato de tracto sucesivo, no podrá darse por terminado por el hecho de haber sido admitido el deudor al trámite de un proceso de Reorganización, máxime si se trata de bienes muebles o inmuebles con los cuales el deudor concursado desarrolla su objeto social. No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 1116 de 2006², el incumplimiento en los cánones causados con **posterioridad** al inicio del proceso de reorganización, podrá dar lugar a la terminación de los contratos y facultará al acreedor para iniciar procesos ejecutivos y de restitución, procesos éstos en los cuales no puede oponerse como excepción el hecho de estar tramitándose el proceso de reorganización.

Es preciso advertir que estos cánones causados con posterioridad al inicio del trámite del proceso de Reorganización, son considerados como gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 íbidem³.

Ahora bien, es importante señalar que durante el trámite del proceso de reorganización, los procesos de restitución iniciados con **anterioridad** a éste, quedan suspendidos en virtud del precitado artículo 22, de tal forma que las obligaciones originadas con anterioridad a la apertura del proceso de reorganización, quedarán sujetas a la resultas de éste, es decir, que su pago se hará en la forma y términos estipulados en el acuerdo de reorganización que se llegará a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

“3) ¿Puede un tercero particular solicitar a la Supersociedades información (sic) respecto de una empresa en particular de si ha iniciado el trámite (sic) de insolvencia y reestructuración (sic) empresarial? O solo es posible realizar la

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 1116 de 2006 ARTÍCULO 22. PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE BIENES OPERACIONALES ARRENDADOS Y CONTRATOS DE LEASING. A partir de la apertura del proceso de reorganización no podrán iniciarse o continuarse procesos de restitución de tenencia sobre bienes muebles o inmuebles con los que el deudor desarrolle su objeto social, siempre que la causal invocada fuere la mora en el pago de cánones, precios, rentas o cualquier otra contraprestación correspondiente a contratos de arrendamiento o de leasing. El incumplimiento en el pago de los cánones causados con posterioridad al inicio del proceso podrá dar lugar a la terminación de los contratos y facultará al acreedor para iniciar procesos ejecutivos y de restitución, procesos estos en los cuales no puede oponerse como excepción el hecho de estar tramitándose el proceso de reorganización. Disponible en: http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html#21

³ Íbidem. ARTÍCULO 71. OBLIGACIONES POSTERIORES AL INICIO DEL PROCESO DE INSOLVENCIA. Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas, objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial...

pregunta si efectivamente fue aprobado favorablemente (sic) por la Supersociedades el proceso de insolvencia y reestructuración (sic) empresarial?”

Un tercero interesado puede consultar a la Superintendencia de Sociedades, a través del Grupo de Apoyo Judicial, sobre los procesos judiciales que se adelantan en la entidad. El otorgamiento de la información se hará de acuerdo con los parámetros permitidos por la Ley de acuerdo con la información reservada y clasificada, y de manera particular por el acceso a la información que consta en los expedientes judiciales.

Con fundamento en lo expuesto, se responde a su consulta, advirtiendo que la respuesta en ningún caso puede considerarse como un pronunciamiento del Juez del concurso, debido a que los pronunciamientos de la Oficina Asesora Jurídica tienen los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, es preciso señalar que en la Página Web de esta superintendencia se puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, la Circular Básica Jurídica y la herramienta tecnológica Tesauro.