

OFICIO 220-122670 DEL 05 DE NOVIEMBRE DE 2019

REF: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL LEASING FINANCIERO Y OPERATIVO FRENTE A UN PROCESO DE REORGANIZACION.

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia, mediante el cual formula una consulta relacionada con el tratamiento de los contratos de leasing operativo y financiero dentro de un proceso de reorganización, en los siguientes términos:

“1.- En los procesos de reorganización Empresarial, ¿cómo deben tomarse los contratos de leasing operativo hoy día, teniendo en cuenta que según las normas contables estos dejaron de ser operativos para ser netamente financiero?”

2.- Cuál es la diferencia y tratamiento del leasing operativo y el financiero frente a un proceso de reorganización?”

3.- Si una empresa en reorganización tiene registros de leasing operativos debe tramitarse el proceso de reorganización bajo este concepto trayendo solo los pasivos adeudados y continuar con los pagos de cañones subsiguientes entendidos como gastos de administración?”

4.- Cuál es el trámite que debe seguir un proceso de restitución de bien mueble bajo la modalidad de leasing financiero y operativo, cuando la demandada se encuentra en proceso de reorganización, y los bienes muebles no son necesarios para el cumplimiento de su objeto social.

5.- En cualquiera de las dos modalidades de leasing una vez admitida la reorganización se debe continuar pagando los cañones de arrendamiento?”

6.- Cuáles son los efectos de no continuar pagando los cañones derivados del leasing financiero y del operativo una vez admitida la solicitud de reorganización?”

Sobre el particular, me permito manifestarle, de una parte, que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los Organismos públicos y privado, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre temas de derecho societario a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y no sobre asuntos de orden contractual, procedimental o jurisdiccional.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 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.

No obstante, lo anterior, 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:

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” (Subrayado fuera del texto).

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



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 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 forma parte del patrimonio del locatario.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 trato 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, podrá 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



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 región 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.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

5) Por último, e hipotéticamente hablando, si por mandato legal los contratos de leasing operativo fueron suprimidos del mundo de los negocios, y los existentes pasaron a convertirse en financieros, se le deberá aplicar para su contabilización las reglas previstas en las NIIF para este tipo de arrendamiento financiero, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 127-1 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 76 de la Ley 1819 de 2016, en relación con este tipo de contrato.