

OFICIO 220-100613 DEL 29 DE JULIO DE 2015

ASUNTO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 DE 2006-

Me refiero a su escrito, recibido vía correo electrónico radicado con el número 2015- 01- 282441, mediante el cual formula una consulta sobre algunos aspectos relacionados con un proceso de reorganización empresarial, en los siguientes términos:

1. En virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 ¿le es permitido a una entidad financiera realizar débitos a las cuentas corrientes y de ahorros, para cancelar cuotas de obligaciones que se encuentran en mora, de una sociedad que ha solicitado admisión a un proceso de reorganización (no ha sido admitida a trámite concursal), pero que no ha notificado dicha solicitud a la entidad financiera?

¿Qué se debe hacer en caso que la entidad financiera se niegue a reintegrar los recursos?

2.- ¿En virtud de lo establecido por la Ley 1116 de 2006, el deudor solidario de un contrato de arrendamiento o leasing, que es admitido en un trámite de reorganización, debe cancelar (como deudor solidario) los cánones del contrato que se cause con posterioridad a la admisión al proceso de reorganización y que no sean cancelados por el deudor principal (locatario), y deben ser tenidos como gastos de administración?

Al respecto, me permito de una parte precisarle que el derecho de petición en la modalidad de consulta, tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, que no está dirigida a resolver inquietudes sobre situaciones concretas, ni menos a asesorar a los peticionarios en la solución asuntos contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, y de otra, que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, a la Entidad como autoridad administrativa no le es dable intervenir en asuntos de los cuales 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.

Bajo los postulados anteriores, a título meramente informativo es pertinente efectuar las siguientes consideraciones legales, a la luz de la Ley 1116 de 2006:

i) Artículo 17 ibídem, preceptúa que “**A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores** la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos

fiduciarios que tengan dicha finalidad; **efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo**; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; **salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.**

La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

(...)

Parágrafo 1°. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 8° de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.

Parágrafo 2°. **A partir de la admisión al proceso de insolvencia**, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, **será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el parágrafo anterior.**” (El llamado es nuestro).

ii) De contenido mismo de la norma antes transcrita, se desprende que uno de los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización respecto al deudor concursado, es la prohibición de efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, ni la enajenación de bienes que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, **salvo que exista autorización previa expresa y precisa del juez del concurso.**

iii) Dicha prohibición, tiene por objeto la realización de los principios de universalidad objetiva y subjetiva e igualdad, toda vez que el carácter universal de proceso de reorganización empresarial reconoce, por así decirlo, que el patrimonio del deudor es la garantía de todos sus acreedores, tal como lo consagra el artículo 2488 del Código Civil, y por ende, la capacidad dispositiva del deudor debe restringirse a aquellos actos necesarios para su funcionamiento y que no comprometan su patrimonio. También reconoce que si los acreedores pierden el derecho de ejecución individual o separada y el proceso es el único escenario para que hagan valer sus créditos, no tiene razón de ser el propiciar mecanismos para sustraerse de él, y en cuanto a la igualdad, se refiere a que todas las obligaciones deberán ser atendidas dentro del proceso en igualdad de condiciones.

iv) Acorde con lo anterior, el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, adiciona dos párrafos al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, los cuales son del siguiente tenor literal:

“PAR. 3º- **Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios,** tales como laborales, fiscales y proveedores.

PAR. 4º En especial **el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor**”. (Subraya el Despacho).

v) Como se puede apreciar, el legislador solamente le permite al deudor realizar pagos de sus obligaciones propias dentro del giro ordinario de sus negocios, causadas desde la fecha de presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que en dicho interregno el deudor no se encuentra aún adelantando ningún proceso concursal, y por ende, éste conserva su capacidad para efectuar pagos relacionados con el giro ordinario de los negocios, entre las cuales se encuentran, entre otras, las obligaciones laborales, fiscales proveedores, financieras, en los términos y condiciones estipulados en el documento contentivo de la respectiva obligación, llámese factura, título valor, contrato, cuentas de cobro, etc.

vi) Sin embargo, es de advertir que el legislador estableció en el artículo 17 ibídem, varias sanciones cuando el acto es celebrado o ejecutado en contravención a lo señalado en dicha norma o se realiza sin la respectiva autorización del juez del concurso.

La sanción varía si el acto es realizado a partir de la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma **o a partir de la admisión al proceso de insolvencia**, sin la respectiva autorización del juez concursal; en el primer evento, se sanciona con la remoción de los administradores e imposición de multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes hasta tanto se reverse la operación; pues no de otra manera se lograría la recuperación inmediata de los recursos destinados al pago de tales acreencias; **en segundo caso**, la sanción de ineficacia fue prevista únicamente para los actos realizados o ejecutados con posterioridad a la admisión del proceso de insolvencia, lo cual se explica por el hecho de que todos los acreedores, sin excepción alguna, quedan vinculados con ocasión de la iniciación del proceso y el pago de sus obligaciones quedan sujetas a las resultas del mismo, esto es, que su cancelación se hará en la formas y términos estipulados en el acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

vii) De otra parte, se tiene que si bien los acreedores de la sociedad deudora no necesitan hacerse parte dentro de un proceso de reorganización, según se desprende del artículo 25 ibídem, no es menos cierto que a éstos les está prohibido pagarse, con los dineros que tenga en su poder de propiedad de la concursada, obligaciones a su favor, toda vez que aquellos no pueden, motu proprio, efectuar compensaciones, pues ello implicaría un pago preferente que violaría el principio de la “par conditio ómnium creditorum”, el cual sólo podría darse en el evento de que un juez lo autorizara.

Además, no debe de perderse de vista que la apertura del referido trámite concursal, impone reglas distintas a aquellas que serían predicables en circunstancias normales de una empresa en marcha, y por ende, los acreedores deben estarse en un todo a las resultas del proceso, y en tal virtud se entra a analizar el pago de las obligaciones a su favor y la compensación como modo de extinguir las obligaciones:

- PAGO DE OBLIGACIONES DENTRO DE UN PROCESO DE REORGANIZACION

Al respecto el pago de los créditos reconocidos y admitidos dentro de un proceso de reorganización deberá hacerse en la forma y términos estipulados en el acuerdo que se llegará a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores, con la prelación y privilegios establecidos en la ley, el cual es de obligatorio cumplimiento para los acreedores presentes, ausentes y disidentes, so pena de que por su inobservancia se tipifique la sanción de nulidad prevista en la ley.

De otra parte, no debe perderse de vista que la ley permite la compensación de obligaciones entre deudores, y por ende, es necesario entrar a analizar si dicha figura es procedente o no tratándose de un proceso concursal, como en el caso que nos ocupa, así:

- LA COMPENSACION COMO MODO DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

El artículo 1714 del Código Civil define la compensación en los siguientes términos: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

De conformidad con las reglas contenidas en el mencionado Código, la compensación opera por el solo ministerio de la ley y aún sin el conocimiento de los deudores, siempre y cuando las obligaciones sobre las cuales se haya de predicar este modo de extinción reúnan los requisitos allí previstos, entre los cuales se encuentra el de que las obligaciones sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

- SANCION POR REALIZAR COMPENSACIONES SIN AUTORIZACION DEL JUEZ

Un pago efectuado por un acreedor en contravención a lo dispuesto en los artículos 17 y 34 de la Ley 1116 de 2006, está viciado de nulidad absoluta de conformidad con el artículo 899 del Código de Comercio que prevé:

“Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1º) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa...”
(Subraya el Despacho)

Luego, si bien la compensación es una forma de extinguir obligaciones, no es menos cierto que tratándose de una compañía en proceso de reorganización, dicha figura no podría operar, ya que ello, se repite, implicaría un pago preferente, que violaría la “par conditio omnium creditorum”, es decir, la igualdad que deben tener todos los acreedores dentro del aludido trámite concursal.

Así las cosas, el pago realizado por un acreedor, llamase laboral, fiscal, prendario, hipotecario, proveedores, quirografarios, etc., mediante la figura de la compensación, sin que mediara la autorización de este Organismo para el efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1116 tantas veces citada, dan lugar a la ocurrencia de los presupuestos de hecho que hacen que ese acto sea nulo absolutamente (artículo 899 del Código de Comercio), cuya sanción podrá ser declarada oficiosamente por el Despacho, en los términos del artículo

1742 del Código Civil, con el fin de que se reverse la precitada operación o se reintegre el dinero correspondiente.

viii) Ahora bien, el artículo 1627 del Código Civil, preceptúa que “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación: sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes...” (Subraya el Despacho).

Del texto de la mencionada disposición se colige, que el pago de las obligaciones debe hacerse en la forma y términos estipulados en el documento contentivo de la misma, llámese contrato, título valor, factura comercial, etc.

No obstante lo anterior, tratándose de un proceso reorganización, el pago de las obligaciones a cargo del deudor concursado, queda sujeto, se repite, a las resultas del proceso, es decir, que la solución de las mismas se hará de acuerdo con las disponibilidades económicas de aquél, atendiendo lo dispuesto en la graduación y con la prelación legal que le corresponda.

Lo anterior, no obsta para que el acreedor persiga el pago de obligación por parte de los codeudores, fiadores, avalistas, etc., en cuyo se deberá dar aplicación al artículo 70 ibídem, que dispone que en los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto podrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios.

Del análisis de la norma antes descrita, se desprende, de una parte, que dentro de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, deberá informarse al juez que está conociendo de procesos ejecutivos únicamente contra el deudor acerca de la apertura del proceso, para que ordene su remisión para su incorporación al respectivo proceso concursal, y de otra, que si el proceso ejecutivo se adelanta contra el deudor concursado y codeudores solidarios o garantes, el juez, dentro de los tres (3) siguientes al recibo de la comunicación que da cuenta de la apertura del proceso concursal, deberá poner en conocimiento de la parte actora dicha circunstancia, a fin de que dentro del término de ejecutoria de la providencia exprese si prescinde de hacer valer su crédito respecto de los codeudores solidarios o garantes, evento en el cual se presentan las siguientes hipótesis:

a) Que el acreedor manifieste que prescinde de hacer valer su crédito contra los codeudores o garantes, en cuyo caso, el proceso ejecutivo termina frente a los mismos y frente al deudor concursado, y por ende, deberá ser remitido al juez que

conoce del proceso concursal, previo el levantamiento de medidas cautelares de los bienes de propiedad de aquellos.

b) Que el acreedor exprese que continúa la ejecución contra los codeudores o garantes, en este evento, el proceso ejecutivo continuará su trámite frente a los mismos y no contra deudor concursado dado el carácter preferente del proceso concursal, y las medidas cautelares allí decretadas sobre bienes quedarán a órdenes del juez del concurso.

c) Que el acreedor guarde silencio, tal proceder no altera los derechos del acreedor, y en consecuencia, el juez que conoce del proceso ejecutivo deberá continuar el mismo en la forma indicada en el literal b) precedente.

d) Sin embargo, puede suceder que a pesar de que se le haya solicitado al juez la remisión del proceso ejecutivo que allí se adelanta contra los codeudores solidarios o garantes, para su incorporación dentro del proceso concursal, aquél haga caso omiso de dicho requerimiento, en cuyo caso el interesado deberá pedir al juez que está conociendo del proceso que proceda de conformidad, la que de no ser atendida, podrá solicitar la intervención de la Superintendencia de Sociedades para que se cumpla con lo dispuesto en la norma en mención, en lo pertinente, la cual por tratarse de una disposición de carácter procesal es de orden público, y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento.

e) Lo anterior, habida cuenta que ante tal proceder, esto es, que el juez no remita el proceso ejecutivo para su incorporación, podrían los codeudores solidarios o garantes ser obligados al pago de la obligación, con las consecuencias jurídicas que ello comporta, cuya actuación surtida dentro del mismo será nula por violación de una norma de carácter imperativo.

ix) Finalmente, se anota que los créditos causados con posterioridad a la apertura del proceso de reorganización o liquidación judicial, tienen el carácter de gastos de administración, y en tal virtud deben pagarse en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 ya mencionada, que consagra que 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. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 y el parágrafo 2° del artículo 34 de esta ley.