

OFICIO 220-120313 DEL 29 DE OCTUBRE DE 2019

REFERENCIA : RADICADO No. 2019-01-349932 DE 26/09/2019
ASUNTO : DERECHO DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia, mediante la cual se solicita concepto al respecto de la eficacia o no de una cláusula dentro de los contratos que se realizan por particulares, en la cual se generan obligaciones de información y transparencia en caso de que alguna de ellas sea admitida en un proceso de insolvencia.

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar resolver situaciones de orden particular, ni a prestar asesoría a los usuarios o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos que se tramitan ante las autoridades jurisdiccionales, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa pronunciarse ni intervenir en asuntos susceptibles de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, menos cuando se trata de hechos puntuales que se ventilan a través de las acciones judiciales, llamadas a resolverse por el competente en las instancias procesales a que haya lugar.

Esta entidad se pronunció sobre el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006 así:

“(…) De verificarse la ocurrencia de la ineficacia y haber intentado hacer efectiva la cláusula el acreedor, el pago de los créditos a su favor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos dentro de dicho proceso, y el juez de considerarlo necesario para el logro de los fines del proceso, podrá ordenar la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el deudor o por terceros para caucionar los créditos objeto de la ineficacia”



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

ii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que la misma sigue la tradición jurídica colombiana respecto al derecho del deudor de acogerse a un mecanismo de recuperación, descalificando cualquier pacto que de una u otra manera frene dicho propósito. Así mismo, consagra la ineficacia como sanción a su contravención.

El contenido de la norma no tiene carácter restrictivo sino enunciativo, pues se trata fundamentalmente de garantizar el derecho del deudor a acceder a un mecanismo de recuperación. Dados los efectos de la sanción, las partes deben cuidarse de pactar este tipo de estipulaciones. (subrayado nuestro).

iii) Ahora bien, la sanción de ineficacia recaerá sobre aquellas estipulaciones contractuales, convenidas de manera previa entre las partes antes del inicio del proceso de reorganización, que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar, directa o indirectamente, el acceso al proceso de reorganización mediante la imposición de sanciones, efectos desfavorables, aceleración de obligaciones, prohibición de operaciones, terminaciones de contratos, etc.

Si bien la ineficacia en el Código de Comercio no requiere declaración judicial, al operar de pleno derecho, es menester resaltar que la norma dispone que en el evento de que exista controversia acerca de si una operación o un acto es ineficaz, la misma será decidida por el juez del concurso. Lo anterior significa que en estos casos sí hay lugar a decreto judicial, máxime cuando las sanciones derivadas de la ineficacia son de tal envergadura que exigen la garantía previa de un debido proceso y de una decisión judicial.(...)”¹.

De lo anterior se deduce que la prohibición de la norma hace relación a aquellas disposiciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir el inicio de un proceso de reorganización, es decir aquellas que necesariamente estén avocadas a generar un efecto adverso o desfavorable al deudor que quiere entrar en un proceso de reorganización.

De lo anterior se colige que no todas las estipulaciones contractuales que tengan una relación con la reorganización tienen la misma sanción de ineficacia. Por lo que habrá que examinar el postulado y en caso de discrepancia sobre los presupuestos de ineficacia serán resueltas por el juez del concurso.

Igualmente se hace necesario ponderar varias normas además de la consagrada en el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006, como es la prevista en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, en relación con los principios del régimen de insolvencia, la cual en su numeral 4 establece que el deudor y los acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso, por su parte el principio de igualdad supone que debe haber trato equitativo a todos los



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

acreedores que concurran al proceso de insolvencia. Adicionalmente, el artículo 1618 del Código Civil estipula que, conocida claramente la

1 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220— 030225 (22 de febrero de 2016). Ineficacia de las estipulaciones contractuales a la luz de los preceptos consagrados en los artículos 16 y 21 de la Ley 1116 de 2006.. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-030225.pdf

intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Unido al principio de la buena fe en los negocios mercantiles estipulado en el artículo 830 del Código de Comercio.

Una interpretación armónica y sistemática de la ley, lleva a determinar que, si el verdadero interés de los contratantes al estipular la cláusula es asegurar la información clara, fidedigna y veraz sobre el proceso específico, en virtud de principios generales de derecho la cláusula no estaría llamada a ser sancionada con la ineficacia. A diferencia de aquella estipulación contractual o comercial convenida de manera previa al inicio de un proceso de reorganización que tenga por finalidad impedir directa o indirectamente el acceso al proceso de reorganización, “(...) bien mediante la imposición de sanciones, efectos desfavorables, aceleración de obligaciones, prohibición de operaciones, terminaciones de contratos, etc (...)”² las cuales son sancionadas como ineficaces.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

2 Rodríguez Espitia Juan José, Nuevo Régimen de Insolvencia, Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Pág. 267.

Cordialmente,

MANUELITA BONILLA ROJAS
Jefe Oficina Asesora Jurídica
TRD: JURÍDICA
A7630
8001



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

legis



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

El progreso
es de todos

Mincomercio

En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el índice de Transparencia de las entidades Públicas, ITEP
www.supersociedades.gov.co webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia

Línea única de atención al ciudadano (57 +1) 2201000

