

OFICIO 220-185814 DEL 23 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ASUNTO: APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LA LEY 1116 DE 2006 A LAS PROPIEDADES HORIZONTALES

Me refiero a su escrito, radicado en esta Entidad con el número 2016-01-419132, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas formula una consulta sobre el tema de la referencia, en los siguientes términos:

a) Teniendo en cuenta que una propiedad horizontal puede verse avocada a una situación de insolvencia y por este motivo requerir de un instrumento de recuperación de negocios y no meramente de liquidación, ¿el instrumento al que tendría derecho sería el contenido en la ley 1116 de 2006 o uno especial para dicho tipo de personas jurídicas?

b) ¿Qué autoridad es competente para conocer de tales procesos concursales, tanto en la modalidad de reorganización como de liquidación?

c) ¿Cuál persona o personas están legitimadas para solicitar la apertura del proceso de insolvencia de la propiedad horizontal?

d) En caso de que se plantee que las propiedades horizontales están excluidas del régimen de la ley 1116 de 2006, ¿en qué supuesto de los contenidos en el artículo 9 de la ley 675 de 2001 se fundamentaría la liquidación de la propiedad horizontal que se encuentre en situación de insolvencia?

e) ¿Si no se pudiera utilizar el procedimiento de insolvencia regulado en la ley 1116 de 2006 para las propiedades horizontales, el proceso de liquidación normado en la ley 675 de 2001 tendría fuero de atracción?

f) ¿Cómo se garantizaría la prelación legal de créditos en el contexto de una propiedad horizontal en situación de insolvencia sin acudir al régimen de insolvencia de la ley 1116 de 2006?

Aun que es sabido, se debe señalar de una parte, que de acuerdo con el numeral 2, artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, 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 general sobre los 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.

Así mismo, 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 no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos del resorte de los jueces.

Bajo ese presupuesto a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones generales:

a) En primer lugar se tiene que ya la Superintendencia se ha ocupado antes sobre el tema motivo de su inquietud, por lo cual procede remitirse a los apartes pertinentes del Oficio 220- 183472 del 15 de diciembre de 2009, que expone el concepto vigente de la Entidad en tal aspecto, sin perjuicio de advertir sobre la Sentencia STC 16713-2014 del 9 de diciembre de 2014 – Radicación no. 76001-22-03-000-2014-00642-01 de la H. Corte Suprema de Justicia.

Es así que el oficio citado expresa:

“(…)

a) “Como preámbulo al análisis de la situación en particular, consideramos el desarrollo realizado por la Ley de insolvencia, en relación con su finalidad y los sujetos destinatarios de esta regulación.

Es claro que este régimen 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, el cual cobija la generalidad de las personas jurídicas salvo las excepciones expresamente allí previstas, tales como:

1. Las empresas promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios d Salud.
2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.
3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo emisores de valores sometidos únicamente a control.
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 sujetos a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

Ahora bien, mediante oficio 220-125476 del 20 de octubre de 2009, se señaló que la propiedad horizontal está sujeta a un régimen especial de liquidación concursal, por lo cual se encuentra dentro de la enumeración relacionada anteriormente como sujeto excluido de los procesos de que trata la Ley que la desarrolla.

En este escenario, procede el Despacho a elaborar un análisis de la Ley 675 de 2001, con el objeto de evaluar el régimen aplicable a las personas jurídicas de propiedad horizontal. Para tal propósito, se tendrá como parámetro de referencia al artículo 9 el cual precisa las causales de extinción de la propiedad horizontal, y el artículo 12 donde se establece que la persona jurídica se liquidará una vez se registre la extinción total de la propiedad horizontal, acto con el cual la persona jurídica conserva su capacidad legal para realizar los actos tendientes a la disolución y liquidación.

Luego, si bien existen causales para la extinción de la copropiedad, la disolución y liquidación de la persona jurídica sigue los trámites privados establecidos en la ley de copropiedad, normatividad que no implica un trámite especial de recuperación de negocios como el previsto en la Ley 1116 de 2006, sino simplemente un trámite corto para inscribir el acta final de liquidación y agotar con esta actuación la persona jurídica de que trata la ley de propiedad horizontal.

Por tanto, como la Ley 675 no precisó un trámite por el cual la persona jurídica de propiedad horizontal pueda agotar acuerdos con sus acreedores para recuperar la empresa, es claro, a la luz de la ley de insolvencia, que aquella resulta susceptible para acceder a una reorganización empresarial.

Ahora bien, en cuanto a la calidad de empresa que pueda tener la propiedad horizontal, resulta posible que una persona jurídica con este objeto social pueda desarrollar una actividad empresarial, administrando bienes, explotando comercialmente espacios con el objeto de obtener recursos dirigidos a atender las necesidades de la copropiedad, desarrollar campañas publicitarias o inversiones que redunden en su beneficio e incluso haciendo vinculaciones laborales, todo lo cual puede enmarcarse en la categoría empresa, prevista en el artículo 25 del ordenamiento mercantil, sin que por tal razón sea considerada con ánimo de lucro,

con lo cual estarían en la posibilidad de reestructurar la empresa presentando planes de negocios al interior de un acuerdo de reorganización.

En estas condiciones, el Despacho expresa su criterio en el sentido de que la persona jurídica de propiedad horizontal' es un sujeto apto para acceder al trámite del acuerdo de reorganización previsto en la Ley 1116 de 2006, por no estar excluida de manera expresa, al no tener un trámite especial de reestructuración, y también por ser un empresa a la que se le puede predicar los objetivos del régimen concursal, esto es, procurar la protección del crédito y la recuperación y conservación de la unidad de explotación económica y fuente- generadora de empleo". (El llamado es nuestro).

b) A propósito de la competencia el artículo 6º ibídem, de manera expresa indica que 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.

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

c) La solicitud de admisión a un proceso de reorganización empresarial regulado por la Ley 1116 de 2006, dependiendo de la causal que se invoque, 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 caso de cesación de pagos.

En la situación de incapacidad 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.

Sin embargo, es de advertir, de una parte, que a la solicitud respectiva se deben anexar los documentos a que alude el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, cuyos numerales primero y tercero fueron modificados por la Ley 1426 de 2010, en el sentido que la norma indica, y de otra, que la solicitud de admisión al proceso de reorganización empresarial, 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, 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.

d) 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, según los aspectos que la norma indica.

e) Como es sabido, la misma ley determina el orden y la prelación en que deben pagarse los créditos a cargo del deudor concursado. Por lo tanto, el promotor o el liquidador, según se trate de un proceso de reorganización o de liquidación judicial, al elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos deberán tener en cuenta la prelación para el pago señalada en el Código Civil, y demás normas concordantes.

En efecto, el Código Civil a partir del artículo 2495 y siguientes clasifica los créditos en cinco categorías según su naturaleza, de las cuales las cuatro primeras son preferenciales; para ese fin las partes deberán estarse en un todo a lo que disponen éstas, en concordancia con las normas que lo adicionen o complementen, así como por ejemplo la Sentencia T.458/97 del 24 de septiembre de 1997 (mesadas pensionales atrasadas), artículo 1277 del Código de Comercio (créditos derivados del mandato), Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993 (créditos causados a favor de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, por concepto de aportes), artículo 134 del Decreto 2737 de 1989 (los créditos por concepto de alimentos en favor de menores), artículo 1188 del Código de Comercio (créditos causados a favor de los almacenes generales de depósito por concepto de almacenaje, comisiones y gastos de venta), artículo 124 de la Ley 1116 de 2006 (los créditos de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios), las cuales consagran una prelación de primera, segunda o cuarta clase para tales créditos dependiendo la naturaleza de los mismos.

f) El artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, prevé que en el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos, siempre que sean cumplidas las condiciones legales establecidas, entre ellas la del numeral 4, en el sentido de que dicha modificación no afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciante, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito.

Tal normativa mantiene la posibilidad prevista en la Ley 550 de 1999, según la cual y con una mayoría calificada es posible flexibilizar las reglas de prelación legal, la cual está sujeta a los requisitos allí previstos, los cuales son similares a los establecidos en la ley de insolvencia, entre ellos que la flexibilización no puede afectar la prelación de determinados créditos.

Para terminar, es de advertir que tratándose de una liquidación privada, el legislador no previó la elaboración de un proyecto de calificación y graduación de créditos como se exige en los proceso de reorganización y liquidación judicial; simplemente previó que el inventario incluirá, además de la relación pormenorizada de los distintos activos sociales, las de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, inclusive de las que sólo puedan afectar eventualmente su patrimonio, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes advertir que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal.