

**OFICIO 220-052533 DEL 30 DE ABRIL DE 2021**

**ASUNTO: SON INEFICACES LAS ESTIPULACIONES QUE IMPIDAN O DIFICULTEN LA PARTICIPACIÓN DEL DEUDOR ADMITIDO A UN TRÁMITE DE REORGANIZACIÓN, EN LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS.**

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta una consulta relativa al artículo 16 de la Ley 1116 de 2006.

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

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 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.

Con el alcance indicado, éste Despacho se permite resolver su consulta en los siguientes términos:

*“1. Sírvase informar que procedimientos ha instaurado esa entidad para la protección de las empresas que se encuentran adelantando un proceso de insolvencia para no ser discriminados en los procesos licitatorios públicos y privados conforme a los descrito.*

*2. Sírvase informar si se han dispuesto y ejecutado funciones de inspección, vigilancia y control de las que ejerce esa entidad para el seguimiento y protección efectiva de la normatividad concursal conforme a lo señalado anteriormente.*

*3. Sírvase informar con que herramientas de índole legal cuentas las empresas sometidas a procesos concursales con el fin de que no le sean vulnerados sus derechos ni sean discriminados al interior de estos procesos licitatorios.”*

Respecto de las tres inquietudes esta Oficina Jurídica se permite precisar lo siguiente:

El artículo 16 de la Ley 1116 de 2016 establece:

**“Artículo 16. Ineficacia de estipulaciones contractuales.** *Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en **licitaciones públicas o privadas**, en igualdad de circunstancias.*

*Las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas por el juez del concurso.*

*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.”* (Subraya y negrilla fuera del texto).

De la anterior preceptiva, entre otras, se desprenden las siguientes consecuencias de orden sustancial y procesal, a saber:

- Será ineficaz toda estipulación contractual, que imponga prohibiciones, restricciones o efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en la ley.
- La ineficacia se da por ministerio de la ley, es decir no requiere declaración judicial.
- Será igualmente ineficaz toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias.
- Las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el artículo, serán decididas por el Juez del Concurso. Por tanto, las empresas admitidas a un trámite de reorganización pueden hacer uso del procedimiento establecido en la norma en comento y a petición de parte, solicitar al Juez del Concurso que, previo el análisis fáctico y probatorio correspondiente, resuelva las discrepancias que resulten sobre los presupuestos que dan origen a la ineficacia de las estipulaciones contractuales.

Por tanto, es claro que el deudor que se encuentre bajo alguna de las situaciones descritas en el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006 puede acudir al Juez del Concurso para solicitar el amparo de sus derechos y el respeto por las normas legales.

Finalmente, esta Oficina Jurídica se permite citar algunos apartes de la Sentencia C-620/12, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se refiere al principio de imparcialidad e igualdad contractual de que gozan las empresas admitidas a un proceso de reorganización:

***“(…) Esta Corporación ha señalado en este sentido la importancia del principio de imparcialidad y de la igualdad de los proponentes en los procesos de contratación pública:***

***“El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una***

entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable".

En la misma sentencia, esta Corporación señaló la necesidad de garantizar la igualdad en el acceso a la contratación pública como un elemento fundamental de los procesos de licitación, la cual se afectaría si se establece la imposibilidad absoluta de que una empresa no pueda participar en un proceso de contratación ante la presunción ilegítima de que toda empresa que se encuentra en un proceso de reorganización no puede cumplir con un contrato estatal.

Por lo anterior, esta Corporación declarará la constitucionalidad del artículo 16 de la ley 1116 de 2006, por cuanto la misma no vulnera los artículos 1, 2 ni 366 de la Constitución, pues, por el contrario, la disposición busca preservar el interés general que tiene el Estado en la recuperación de una empresa viable que se encuentra en una situación especial para salvaguardar su función social y en especial su carácter de base del desarrollo y fuente de empleo y bienestar para la sociedad." (Subraya y negrilla fuera del texto).

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página WEB de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés