

Asunto: Prelación de créditos en los acuerdos de reestructuración

Con toda atención se refiere este despacho a su comunicación enviada por correo electrónico mediante la cual formula diferentes preguntas relacionadas con la Ley 550 de 1999.

En la primera parte de su consulta se refiere especialmente a las normas sobre prelación de créditos y su incidencia en los acuerdos de reestructuración. Para su respuesta es conveniente citar la exposición de motivos que alude particularmente al tema propuesto en los siguientes términos:"(...)

c. Flexibilización de la Prelación de créditos

Las previsiones del Código Civil sobre el particular, que en estricto rigor son aplicables en eventos de ejecución colectiva, según se desprende de los artículos 2491 y 2492 del Código Civil, y de ahí la lógica de la reglamentación prevista en la ley 508 de 1999 para efectos de acuerdos pre-concursales, son adecuadas para la liquidación de una empresa, pero no para su reactivación. La inflexibilidad de los créditos de primera clase, no siempre conveniente para los trabajadores que derivan su sustento de la conservación de su fuente de trabajo, ni para el fisco que puede obtener tributos futuros del contribuyente que no se liquide, no facilita el ofrecimiento de ventajas a acreedores interesados en arriesgar nuevos recursos en procura de la reactivación. Es razonable que sean reticentes a participar en una reestructuración para recibir como "premio" en caso del fracaso de la recuperación, la calificación de quirografarios, a menos que puedan obtener el privilegio prendario o hipotecario, escaso gracias a acreedores sobregarantizados a través de cauciones abiertas y sin limitación de cuantía.

Las prelaciones tienen sentido ante la insuficiencia de los activos del deudor, o, en cualquier caso, cuando se pretende liquidar su patrimonio; de resto, en la práctica su rigidez dificulta la finalidad primordial de los concursos, por lo menos en los casos de empresas recuperables, y que consiste "en imponer la cooperación entre los acreedores, para maximizar la renta total proveniente del patrimonio del deudor"(9).

Es apenas previsible entonces que los empresarios actuales, ante la imposibilidad de controlar y cuantificar el incremento de los créditos de primera clase, presionen el otorgamiento de garantías reales y recurran a la "creatividad" jurídica propia de las "maquilas" y fiducias paralelas que proliferan en las solicitudes de crédito que estudian las instituciones financieras, con el objeto de aislar recursos y bienes del concurso del deudor, con los costos correspondientes. En estas circunstancias, se traslada a los acreedores quirografarios, por regla general más vulnerables financieramente que las instituciones financieras a la iliquidez del deudor común, la totalidad del riesgo del incumplimiento de los pasivos corrientes; y como en el evento de la insuficiencia de caja el empresario prefiere incumplir frente al proveedor sin garantía que frente al banco garantizado, se desencadena progresivamente un efecto "dominó" a través de los acreedores de los proveedores .

No es extraña en el derecho comparado la revisión de las prelaciones; y parece clara la necesidad de dejar a salvo únicamente a los trabajadores y pensionados, cuya protección constitucional se explica por su dependencia completa respecto del salario y la mesada pensional.

Así, en el proyecto español de 1996, se busca la "poda de privilegios", frase feliz del profesor Angel Rojo(**)**; y en países con unas finanzas públicas muy distintas de las nuestras se han reducido e, incluso, suprimido, los privilegios de los créditos tributarios (Dinamarca y Austria, por ejemplo).

En nuestro caso, se propone que se conceda a las entidades titulares de créditos fiscales y parafiscales distintos de la seguridad social una mayor flexibilidad en materia de negociación, aunque sin condonar capital y evitando estimular el no pago de las acreencias fiscales. A lo anterior se suma la posibilidad de que, sin perjuicio de la preferencia laboral y pensional, los acreedores puedan establecer libremente una prelación contractual que surja de la negociación; en el entendido de que en caso de incumplimiento se restablecen las prelaciones ordinarias, como ocurre también respecto de garantías reales.

Y al ordenar la reducción automática de las garantías reales con excesos de cobertura, prever que se compartan por los acreedores que otorguen las mismas ventajas al empresario, y suspender la exigibilidad de las previamente constituidas, se pretende que, sin perjuicio de las

que se reconozcan en el acuerdo, los acreedores, más que a la garantía, atiendan a la capacidad de pago de las empresas que se pretenden recuperar a través del acuerdo.

3. La concertación de reglas laborales especiales y temporales

La ley se concibe como un instrumento temporal, dentro de cuya vigencia pueden convenirse acuerdos de una vigencia libremente pactada por las partes. Uno de sus elementos centrales consiste en permitir que dentro de dicho plazo, pueda concertarse con los trabajadores un régimen especial en relación con cualquier derecho renunciable, en la manera en que ellos mismos juzguen que pueden contribuir a la conservación de su fuente (...)"

Así que por tratarse de un marco especial de negociación con efectos al interior y dentro del término de la vigencia del acuerdo, el acuerdo de reestructuración puede contener prelación, plazos y condiciones propias para el pago de las acreencias, tal como lo establece el artículo 33 y 34, y con las excepciones allí mismo previstas (artículo 34, numeral 8, 9 y 10; artículo 56), y en otras normas tales como la Ley 6 de 1992 respecto de créditos a favor del Estado; o de condonar intereses en el caso del Instituto de Seguros Sociales (Artículos 23 y 161 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte en lo que concierne a las garantías otorgadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 550 de 1999, conviene recomendar la consulta de los siguientes oficios: 220-62035 del septiembre 21, 220-55054 de septiembre 1; 400-45938 y 220-40224 del 14 de junio, todos del año 2000; a través de la página de Internet de la Superintendencia de Sociedades en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co.

No obstante, procede citar una parte del oficio 220-55054 de 2000 sobre el tratamiento de garantes constituidos antes de la vigencia de la Ley de Reestructuración: "(...)Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 79 de la Ley 550 de 1999, en tratándose de garantías u obligaciones solidarias, otorgadas las primeras o contraídas las segundas, con anterioridad al 30 de diciembre de 1999, no podrá el acreedor perseguir su pago directamente del garante o codeudor, sino que deberá hacerlo dentro del escenario del acuerdo de reestructuración y estarse a las resultas del mismo. No obstante lo anterior, el acreedor está facultado para practicar medidas cautelares que recaigan sobre inmuebles de propiedad exclusiva del garante o del deudor solidario, o del cual éste sea comunero, así como para iniciar o continuar ejecuciones judiciales contra los mismos (sean éstos personas naturales o jurídicas), pero solo hasta que quede en firme la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución, en los términos de los artículos 507 y 510 numeral 2º literal e) del Código de Procedimiento Civil, o adelantar la ejecución de las garantías fiduciarias hasta la etapa previa a la enajenación del inmueble".

En cuanto a las inquietudes surgidas respecto de los concordatos de personas naturales que no tienen carácter de comerciante, si bien no puede la Entidad emitir un concepto que avale su tesis o que afirme la expuesta por la señora Juez Catorce, ya que no corresponde a la Superintendencia de Sociedades definir procedimientos en asuntos ajenos a su competencia, ella comparte los términos de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, de diciembre 16 de 1999, Exp. 7961 M.P. José Fernando Ramírez Gómez, en el sentido de que el concordato también se aplica a personas naturales no comerciantes.

Así mismo, es a las autoridades judiciales que adelanten el concordato de personas naturales comerciantes, a quienes corresponde definir si el proceso concursal sigue los lineamientos de la Ley 222 de 1995, con una modificación sustancial y es que al acuerdo se le aplicará el artículo 34 de la Ley 550 de 1999 y demás normas que lo regulen, para lo que habrá de estarse a la sentencia C1551 del 21 de noviembre de 2000, mediante la cual precisó la Honorable Corte Constitucional entre otros: "este artículo (art. 1º) no hace otra cosa que ratificar lo ya previsto en el párrafo 1º del artículo 66 de la ley acusada, cuando señala que *"Los procedimientos concursales de las personas naturales continuarán tramitándose de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 222 de 1995"*, por una parte, y, por la otra, la asimilación de los acuerdos que se logren a la luz de lo dispuesto en la citada ley, a los acuerdos de reestructuración contemplados en la Ley 550 de 1999; de donde resulta que, si bien las personas naturales que ostenten la calidad de comerciantes, no pueden tramitar acuerdos de reestructuración en los términos de la ley demanda, el concordato que se llegue a celebrar, tendrá los efectos previstos para los acuerdos celebrados en los términos de la Ley 550 de 1999". (□)

"3.6 En tal contexto, se puede concluir, que no resulta ser cierta la afirmación del demandante, de que se excluye de los beneficios de la ley demandada a las personas naturales, pues si bien el legislador, las excluyó del ámbito de aplicación de la Ley 550 de 1999, en el sentido de que los mecanismos de promoción para los acuerdos de reestructuración que esa ley de intervención consagra, solamente puede ser aplicados por las personas jurídicas, utilizando como se vió, criterios de diferenciación razonables y proporcionados a juicio de esa Corporación, los efectos previstos para los acuerdos celebrados, se aplican también a los concordatos que lleguen a celebrar las personas naturales dedicadas al comercio."

9. TH Jackson, "Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors bargain", 91, Yale L-J., pp. 857 y ss. Citado por Garrido, José María en "La tutela Privilegiada del Crédito en la Quiebra", en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez III, Editorial Civitas S.A., Madrid 1996 P.3576