

OFICIO 220-002065 DEL 13 DE ENERO DE 2014

ASUNTO: ACUERDOS DE RESTRUCTURACIÓN.-NORMALIZACIÓN DE PASIVOS PENSIONALES.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2013-01-456500, mediante la cual, solicita que se dé respuesta efectiva a la consulta que elevó mediante el derecho de petición radicado el día 13 de septiembre de 2013. Para el efecto, se transcribe parte del texto completo de la consulta.

“ ...

1. JUSTIFICACIÓN:

..

Así, por ejemplo en los numerales (Ni) y (iv) del oficio que censuramos, se transcribe el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, y luego en otros términos, se repite lo que en su literalidad contempla. Por una parte, la Superintendencia parte de un supuesto errado para dar respuesta a la consulta pues claramente en nuestro derecho de petición del 13 de septiembre del año en curso, se puso bajo énfasis que esta consulta partía del supuesto que la **sociedad NO tenía pasivos pensionales y jamás los ha tenido, razón por la cual no contaba con la certeza de si debía o no acogerse a un mecanismo de normalización, puesto que éste sólo procede cuando exista pasivo pensional. Eso es claro.**

Entremos a otro punto: El que tiene que ver con el promotor. Se le consulta a la Superintendencia de Sociedades si el promotor continua con sus funciones de vigilancia y supervisión del acuerdo, cuando éste ha culminado anticipadamente por haberse cumplido sus previsiones, y la entidad administrativa se limita, en su numeral (y) a transcribir el artículo 33 de la Ley 550 de 1999, el cual sólo nos indica la obligación de inscribir en cámara de comercio la terminación del acuerdo sin decir absolutamente sobre lo que ocurre con el promotor una vez la inscripción sea hecha. Ese era el verdadero sentido de la solicitud.

Aún tengo la incertidumbre de lo que pasa con la calidad y las facultades del promotor puesto que el artículo 33 no me otorga la respuesta.

Mis solicitudes 5, 6, 7 y 8 del derecho de petición radicado en fecha 13 de septiembre de 2013, no fueron contestadas, puesto que en el fondo se quiere debatir sobre un asunto: la posible discriminación e inequidad existente respecto a una empresa que tiene un pasivo pensional, el cual hace parte del acuerdo de reestructuración, obviamente; **y una empresa que jamás ha tenido un pasivo pensional y a la fecha está recuperada económicamente y podrá seguir funcionando sin necesidad de normalizar el pasivo puesto que puede pagar la mesada pensional normalmente.**

Precisamente ese es el interés que me motivó a conocer la posición de la Superintendencia de Sociedades: no era el mero capricho de satisfacer dudas banales, sino de importancia capital en ciertas empresas que con el rótulo de estar bajo la Ley 550 de 1999, están bajo el estigma de la insolvencia, aun cuando en realidad cuentan con todo para salir adelante y seguir aportando a la economía nacional. Todo lo anterior, apoyado en los balances financieros.

II.PETICIÓN

Con fundamento en lo expuesto hasta este punto me permito solicitar que mi derecho de petición al cual he hecho sendas referencias en este escrito, sea contestado de manera completa, acuciosa, concreta y de forma general, como bien se lo ordena la ley administrativa a la Superintendencia de Sociedades, y teniendo en cuenta la hipótesis fáctica que he plasmado en él.

...”

Sobre la petición presentada, se procedió a revisar nuevamente el texto de la consulta propuesta, de la que se extractan los siguientes apartes:

1. Frente a la discriminación con sociedades en acuerdo de restructuración que teniendo pasivos pensionales están obligadas a normalizar el pasivo pensional, aunque los atendieron de manera oportuna antes de firmar el acuerdo de restructuración y durante la ejecución del mismo; con aquellas que teniendo pasivo pensional no están obligadas a normalizar el pasivo pensional, por la única circunstancia de no tramitar o haberse acogido al trámite previsto en la ley 550 de 1999.

Las respuestas a las consultas se producen frente a la previsión normativa, sin que en su contenido se generen pronunciamientos subjetivos de apreciación o valoraciones derivadas de lo justo o injusto que pueda parecer a quien suscribe la respuesta, una norma frente a casos parecidos con tratamientos distintos.

Las sociedades que se acogen a un acuerdo de restructuración gozan de una protección especial del estado, dirigida a no hacer exigibles sus obligaciones y a evitar ejecuciones que pongan el peligro la actividad económica empresarial; sin embargo, no todos son protecciones, también son exigencias derivadas de condiciones particulares de sus acreedores, refiriéndonos aquí a los pensionados.

El acuerdo debe pactar la satisfacción ordenada y concertada de las acreencias, sin embargo, en tratándose de pasivo pensional y atendiendo a la situación de crisis de la compañía, la ley ha establecido la necesidad de que el acuerdo contemple la normalización pensional, como medida de protección frente a una sociedad en crisis que dirigirá sus recursos al cumplimiento del acuerdo pero que debe asegurar el pago de una obligación que se redimirá en el tiempo; lo cual no significa que no se considere un pasivo actual y beneficiario de una medida particular determinada por la ley y considerada en la Ley 550.

En efecto, la jurisprudencia ha contextualizado el alcance del concepto **pasivo pensional**, para lo cual se citará al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección Segunda Sección A, radicación número 11001-03-25-000-2009-00034-00(0708-09), en sentencia del 28 de febrero de 2013, precisó al resolver la demanda de nulidad presentada contra el Decreto Reglamentario 055 de 2009, por el cual se reglamentó la Ley 549 de 1999, en cuyas consideraciones indicó el alcance de este concepto, así:

“Para desatar la cuestión litigiosa es menester confrontar las disposiciones reglamentada y reglamentaria, así:

La inconformidad del demandante radica en la modificación que el decreto demandado le hizo a la ley reglamentada en el sentido de adicionar la definición de lo que se debía entender como pasivo pensional a la luz de la Ley 549 de 1999, como quiera que a lo dicho por la norma reglamentada se le sumaron las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses.

Según se observa, el legislador de 1999 dejó claro que el pasivo pensional debía **“entenderse”** como las obligaciones compuestas por **los bonos pensionales, el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y de pensiones.**

Para mayor claridad respecto de la decisión que se tomará a través de esta providencia, se dirá que los bonos pensionales, según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, son aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Y según la sentencia C-611/96, “La función de los bonos pensionales es la de contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.”

Y en la misma sentencia, precisó la Corte:

“En los bonos pensionales no se están recaudando ni colocando nuevos recursos, sino estableciendo el valor de una obligación que se hará exigible el día en que se tenga derecho a la pensión. Los bonos pensionales si bien guardan la misma entidad formal con los instrumentos de deuda pública interna, no es menos cierto que ellos son aportes cuyos fines tienden a darle viabilidad financiera al sistema general de pensiones.”

Por otra parte, las reservas matemáticas de pensiones, entendido como otro concepto que conforma el pasivo pensional, es el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública.

Y las “cuotas partes” de los bonos pensionales, son aquellas fracciones que las entidades pagadores de pensiones deben hacerle proporcionalmente a sus ex afiliados con el fin de contribuir a la entidad emisora del bono pensional.”

Luego si **el empresario ha venido pagando normalmente la mesada pensional**, esta práctica mas que una concesión del empresario es una obligación a su cargo, y entra aun acuerdo de restructuración, el tener este tipo de acreedor, con protección especial del Estado, debe asegurar la normalización del pasivo pensional, y consagrar el mecanismo de normalización, como lo ordena el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, reglamentado por el Decreto 1260 del 4 de julio de 2000.

A este respecto, la Superintendencia de Sociedades, mediante oficio 220-48744 del 28 de julio de 2000, en torno a la expresión “normalización del pasivo pensional”, señaló lo siguiente: “dicha expresión hace referencia a la determinación e implementación por parte del empresario deudor de todas aquellas medidas jurídicas, económicas y contables tendientes a garantizar el pago oportuno del pasivo pensional a su cargo y, supone establecer en el acuerdo una serie de mecanismos para el efecto, tales como la constitución de patrimonios autónomos, conmutación pensional total o parcial ante el ISS o ante las sociedades administradoras de fondos de pensiones, constitución de reservas suficientes y garantías idóneas , etc.

“Corresponde entonces, al saneamiento financiero que garantice adecuadamente el pago del pasivo pensional a su cargo”.

Por lo expresado, este despacho discrepa de la apreciación por usted puesta de manifiesto en el escrito de consulta, en cuanto afirma que la misma no ha sido resuelta, toda vez que tal y como se observó en el oficio 220-140088 del 11 de octubre de 2013, el alcance de la función de atender consultas es general y abstracta y se circunscribe a temas de carácter administrativo, más no de carácter contractual, procedimental o jurisdiccional; adicionalmente, los puntos 5,6,7 y 8, cuestionan sobre la posibilidad de efectuar el pago de las pensiones por parte del empresario en trámite de restructuración a través de mesadas periódicas, alternativa que a partir de la Ley 550 de 1999, fue suprimida por el legislador en el artículo 41 cuando consagró la obligación del empresario deudor de prever mecanismos de normalización de pasivos pensionales, norma que fue reglamentada por el Decreto 1260 del 4 de julio de 2000, de obligatorio cumplimiento.

A continuación se transcribe el artículo 1° del Decreto 1260, así:

Artículo 1°. Deber de prever mecanismos de normalización pensional en los acuerdos de reestructuración. En los acuerdos de reestructuración regulados en la Ley 550 de 1999 deberán preverse mecanismos de normalización del pasivo pensional en caso de que la empresa o entidad tenga esta clase de pasivos a su cargo.

En lo que corresponde a las funciones del promotor, aspecto que corresponde al **punto 9** de su comunicación, es preciso observar que el texto del artículo 33 prevé como uno de los efectos del acuerdo, la obligación de incluir dentro de sus reglas, la constitución y funcionamiento de un comité de vigilancia en el que se encuentren representados los

acreedores internos y externos de la empresa, y del cual formará parte el promotor, con derecho a voz pero no a voto. Agrega la misma disposición que en ausencia del promotor o del tercero que él designe, hará sus veces la persona que sea designada de conformidad con lo previsto en el acuerdo para el efecto.

Las funciones del comité de vigilancia, en cuya conformación en principio podría participar el promotor, son las que la misma disposición señala, que se concretan en el deber de hacer seguimiento al cumplimiento del acuerdo, para lo cual el empresario le debe suministrar la información razonable para determinar si se cumplen los requisitos mínimos de calidad, suficiencia y oportunidad. (Numerales 8,10 16 del artículo 33 de la ley 550 de 1999).

En el evento en que el promotor no tenga participación en el comité de vigilancia, sus funciones finalizan con la inscripción de la noticia de celebración del acuerdo debidamente inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente al domicilio del empresario y de las sucursales que este posea, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 555 de 1999. A su vez, finalizan sus funciones cuando el acuerdo termine por cualquiera de los eventos previstos por el artículo 35 ibidem, a partir de la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente, de la constancia de su terminación, la cual será oponible a terceros a partir de la fecha de dicha inscripción.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.