

220-59269

**Ref.: Presupuestos para que una sociedad en liquidación privada o en ejecución de acuerdo concordatario accedan al acuerdo de reestructuración (artículos 65, num. 5º y 66, párrafo 3º Ley 550/99).**

Distinguida doctora Sánchez:

Aviso recibo de su escrito, remitido vía fax, el 9 de junio del año en curso, mediante el cual formula las siguientes consultas:

1) ¿Puede una sociedad anónima en proceso de liquidación privada hacer uso del párrafo 3º del artículo 66 ibídem, cuando quiera que los accionistas como los acreedores, en el porcentaje establecido en la mencionada norma, deciden suscribir un acuerdo de reestructuración para continuar con el desarrollo del objeto social, sin tener que acudir al trámite de la fusión impropia o de la reconstitución de la sociedad -artículos 180 y 250 del C. Co.-, sobre el presupuesto que es una sociedad viable y no se ha incurrido en causal de disolución distinta a la voluntad de los asociados?.

De conformidad con el párrafo 3º citado, para que una sociedad, cualquiera que sea el tipo societario, que se encuentre adelantando un trámite de liquidación voluntaria, pueda acceder al mecanismo de reestructuración previsto en la ley de intervención, se requiere que el inventario del patrimonio a liquidar se encuentre aprobado; que no se haya pagado el pasivo externo ni efectuado distribución de activos sociales entre los asociados y que medie solicitud para negociar el acuerdo, presentada por uno o varios acreedores de la sociedad y uno o varios titulares del capital social, representantes de por lo menos el 75% en cada caso, y que además la sociedad se encuentre incurso en alguna de las causales de disolución que de carácter general se encuentran previstas en los numerales 2º, 3º, 5º y 8º del artículo 218 del Código de Comercio.

De lo antes expuesto se evidencia que el ente jurídico que adelanta un trámite liquidatorio de carácter privado, no podrá acogerse a los términos de la ley de intervención para negociar y celebrar un acuerdo de reestructuración, cuando quiera que dicha situación se originó por voluntad del máximo órgano social, pues la causal prevista en el numeral 6º. del art. 218 del Código de Comercio no corresponde con aquellas previstas en el párrafo 3º. del art. 66 de la Ley 550 de 1999 como supuesto de procedibilidad para el efecto, aún si en el contrato social aquella se previó expresamente (numeral 5º, art. 218 ídem)

2) ¿Puede una sociedad que se encuentra en etapa de ejecución de un acuerdo concordatario, previa demostración de su viabilidad, acogerse a lo dispuesto en el párrafo del artículo 65 la Ley 550 ibídem, para buscar, además de la modificación del concordato, una reestructuración de los pasivos postconcordatarios. En tal evento, es posible que tanto los pasivos concordatarios insolutos como los postconcordatarios acudan al proceso de intervención y voten en él?.

Adicionalmente pregunta si puede entenderse que la frase "los créditos postconcordatarios gozarán de preferencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley 222 de 1995, pero no tendrán derecho a voto en el acuerdo", contenida en el numeral 5º del artículo 65 de la citada ley, habilita a los acreedores concordatarios para que decidan, respetando su prelación, la forma de pago de los créditos post- concordatarios, sin su votación y que el acuerdo los obligue?.

Por último consulta si la mencionada frase habilita a las sociedades en ejecución de un acuerdo, demostrada la viabilidad de la misma, a suscribir un acuerdo de reestructuración, así no se hayan sufragado los créditos post-concordatarios?.

Para dar respuesta en forma conjunta a los interrogantes formulados es necesario hacer las siguientes precisiones:

Cuando se está en presencia de un concordato, dicho trámite supone un mecanismo de recuperación empresarial, a través de la aprobación de un acuerdo de pagos suscrito entre el deudor y los acreedores cuyos créditos fueron reconocidos en la etapa procesal correspondiente. Téngase en cuenta que estos créditos que son los denominados concordatarios, corresponden a las obligaciones adquiridas y no canceladas por la sociedad deudora hasta antes de la fecha del auto que admite o convoca al trámite concursal; en otras palabras, dichas obligaciones son la finalidad y objeto del concordato.

De otra parte los llamados créditos postconcordatarios, son las obligaciones contraídas después que la compañía ha sido admitida o convoca al proceso o, lo que es lo mismo, obligaciones adquiridas mientras se tramita el concordato o durante su ejecución y por ello se encuentran excluidas de la fórmula concordataria. Sin embargo, respecto de éstas acreencias el artículo 147 de la Ley 222/95 otorga a sus titulares la preferencia de que sean pagadas como

gastos de administración a medida que se vayan causando y los faculta para adelantar las acciones judiciales pertinentes, si hay incumplimiento en el pago de los mismos.

Ahora bien, la normatividad que regula el concordato contempla la posibilidad de que un acuerdo debidamente aprobado sea modificado por las partes que en él intervinieron. Entonces, para que el empresario que se encuentra en ejecución de un acuerdo concordatario pueda acceder a la ley de intervención, debe solicitar al juez del proceso la aprobación a la modificación del mismo, adoptada con el voto del deudor y de uno o más acreedores representantes de por lo menos el 75% del valor de los créditos reconocidos y no cancelados en el concordato (artículo 38 Dcto. 350/89 y 131 Ley 222/95).

Del análisis del ordenamiento mencionado y de las reglas contenidas en la ley de intervención económica, se colige que las obligaciones reestructurables en los términos de esta última serán aquellas que estén contenidas en el acuerdo concordatario en ejecución y no aquellas adquiridas con posterioridad a la admisión al concordato o durante su ejecución, pues el numeral 5º del artículo 65 ibídem, expresamente consagra que los créditos postconcordatarios deben cancelarse de preferencia sobre las obligaciones cuyo pago se encuentra sujeto a los términos de la formula concordataria o al acuerdo de reestructuración.

En otras palabras, como quiera que los créditos ajenos al acuerdo aprobado dentro del concordato deben pagarse en la forma y oportunidad señalada en el citado artículo 147 de la Ley 222 /95, es lógico que no tengan derecho de voto dentro del acuerdo de reestructuración, pues como lo señala la citada norma los titulares de las citadas obligaciones causadas y no canceladas se encuentran habilitados para el cobro judicial de las mismas, además de que tal circunstancia es uno de los presupuestos para que se declare incumplido el concordato y se ordene la apertura del proceso liquidatorio

Luego no puede válidamente concluirse que lo dispuesto en el citado numeral 5º. del art. 65 de la Ley 550 "habilita a los acreedores concordatarios a que (□) decidan la forma de pago de créditos postconcordatarios□" ni mucho menos legitima al empresario "en ejecución de un concordato a suscribir un acuerdo de reestructuración, así no haya logrado sufragar sus créditos postconcordatarios, si se demuestra la viabilidad de la sociedad", pues tanto para la jurisprudencia como para esta Oficina es claro que la imposibilidad de atender adecuada y oportunamente los gastos de administración, entre ellas las obligaciones postconcordatarias, supone la inviabilidad del ente.

No obstante lo anterior, nada impide que los acreedores postconcordatarios, eventualmente renuncien expresa y voluntariamente a la preferencia que les otorga la ley, para sujetarse a un acuerdo de reestructuración en los términos de la Ley 550/99.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.