

RÉGIMEN CONCURSAL COLOMBIANO*Esteban Carbonell O'Brien*

Resumen: El derecho concursal constituye uno de los temas más significativos en el mundo mercantil, no solo en Colombia, sino en países vecinos como Perú, México y Brasil, países latinoamericanos, con los cuales hemos compartido tradiciones jurídicas. A dichas tradiciones les hemos hecho frente, cada uno de nuestros países, mediante procesos de modernización y ajustes asociados a la fase de desarrollo y el contexto de cada país. En el caso colombiano, el derecho mercantil mediante la Ley 222 de 1995, fue sometido a una de las reformas más profundas, la cual consistió en establecer un novísimo régimen societario poniéndolo a tono con la realidad empresarial en general. Correspondía entonces aplicar dos formas al interior de los procedimientos concursales: el Concordato y la Liquidación. En los casi cinco años de aplicación de la Ley 222, el nuevo régimen societario ha tenido una importante aceptación en el mundo de los negocios y la empresa unipersonal vino a suplir una necesidad reclamada por los expertos. Así ha ocurrido con la mayoría de los temas que fueron objeto de reforma o reglamentación de la ley que modificó el Código de Comercio, que mantuvo siempre su médula central. En efecto, debido a la grave crisis a que se ha visto sometido el mundo y Colombia por los movimientos políticos ocasionados en la última década del pasado milenio, se hacía necesario buscar un procedimiento que agilizará el trámite, permitiéndole al empresario y a sus acreedores buscar fórmulas tendientes a asegurar el crédito y buscar la reactivación empresarial, para asegurar la crisis económica.

Palabras Claves: derecho concursal comparado – concurso.

Abstract: The bankruptcy law is one of the most significant issues in the marketplace, not only in Colombia, but also in neighboring countries like Peru, Mexico and Brazil, Latin American countries with whom we have shared legal traditions. In these traditions we've faced, each of our countries, through processes of modernization and adjustments associated with the development phase and context of each country. In Colombia, trade law by Law 222 of 1995, underwent one of the most thoroughgoing reforms, which was to establish a brand new corporate regime putting it in line with the business world in general. It corresponded then apply two ways into bankruptcy proceedings: the Concordat and the settlement. In the nearly five years of implementation of Law 222, the new corporate regime has had a significant acceptance in the business world and the sole proprietorship came to fill a need claimed by experts. This has happened with most of the issues that were the subject of reform of the law or regulation amending the Commercial Code, which always maintained its central core. Indeed, due to the serious crisis which has been subjected the world and Colombia by political movements caused in the last decade of the last millennium, it was necessary to find a method that will expedite the process, allowing the business and its creditors seek formulas aimed at securing credit and seek business recovery, to ensure economic crisis.

Key Words: comparative law bankruptcy - contest

1 HISTORIA DEL SISTEMA CONCURSAL COLOMBIANO

En las siguientes líneas se analizará el devenir histórico de la legislación y las instituciones del derecho concursal colombiano. Un análisis histórico se muestra fructífero en cuanto permita acercar al lector a un ordenamiento jurídico que aún siéndole ajeno no por eso le sea de difícil comprensión, y ello es precisamente nuestro objetivo. En esa línea tenemos que, la historia del derecho concursal colombiano ha sido clasificada en tres etapas, claramente diferenciadas una de las otras: **(i) Etapa punitiva (1940 – 1969):** Esta se caracteriza por la criminalización objetiva de la situación de

insolvencia del comerciante; **(ii) Etapa intervencionista (1969 – 1995):** Donde hubo una excesiva intromisión del Estado colombiano en los procesos concursales; y **(iii) Etapa de apertura (1995 – hasta la actualidad):** Esta fase del derecho concursal colombiano, que con algunos matices aun sigue hasta hoy, comenzó con la expedición de la nueva Constitución colombiana de 1991, pero se concretó con la Ley N° 222 de 1995.

ETAPA PUNITIVA (1940 – 1969):

EL DECRETO N° 750

Los albores del derecho concursal colombiano se rastrean en el Decreto N° 750 de 1940, donde se reguló el estado de quiebra de quienes se desempeñaban como comerciantes¹. Este decreto fue expedido en base a las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Ejecutivo a través de la Ley N° 54 de 1939, y tuvo como principal finalidad la de conjurar los efectos de la crisis económica del país producto del inicio de la Segunda Guerra Mundial².

Mediante el Decreto N° 750 se obligaba al comerciante insolvente, bajo imposición de una sanción penal³, de ahí que se denomine a esta etapa como punitiva, a comunicar tal situación al Órgano Jurisdiccional; quien luego se encargaba de declarar judicialmente el estado de quiebra y procedía a embargar o trabar medidas de secuestro sobre los bienes del comerciante. Una vez tomadas estas medidas preventivas se daba inicio a una etapa probatoria marcada por la presunción *decotor ergo fraudator*, es decir, todo deudor estaba obligado a demostrar la ausencia de culpa de su situación de insolvencia. Finalmente se procedía a expedir la sentencia donde se reconocían a los acreedores del insolvente y se calificaban sus créditos⁴.

Asimismo, y como quizás se podrá colegir de lo antes expuesto, este procedimiento de quiebra se caracterizaba por ser una institución esencialmente mercantil⁵; donde no sólo se exigía la calidad de comerciante del deudor, sino, también, el carácter mercantil de las obligaciones cuyo pago había cesado⁶. Igualmente, cabe hacer notar que mediante este decreto se introduce la figura del concordato suspensivo, estableciendo de esta manera la posibilidad de que acreedores y quebrado acordaran suspender transitoriamente el proceso de quiebra por medio de una solicitud al juez; permitiéndose así la restitución del status de comerciante a quien había sido declarado en quiebra, aunque esto no suspendía la investigación por hechos ilícitos anexos a su anterior estado de cesación de pagos, caso en el cual sería competencia del juez penal la investigación de los hechos.

Concluimos el presente análisis señalando que, si bien el Decreto N° 750 de 1940 respondió a un determinado contexto social y económico, en donde sobresalía la conducta fraudulenta de algunos deudores; sin embargo, la forma en cómo se había diseñado el proceso de quiebra ponía al

¹ Artículo 1° del Decreto N° 750.- “Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones (...)”.

² Cfr. SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús. “Cesación de Pagos en los Procesos Concursales”. Ed. Librería del Profesional. Bogotá, 1982. Pág. 40.

³ La imposición de un régimen punitivo en el Decreto N° 750 se debió, nos comenta Antonio ROCHA, “a los intentos de defraudar a los acreedores por procedimientos conocidos ab-initio con el nombre de fraudes paulianos, sustrayendo del conjunto de bienes un patrimonio que queda a salvo a favor del comerciante y su familia”. ROCHA, Antonio. “Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Proyecto y exposición de motivos al proyecto de ley sobre quiebras”, citado en: SOTOMONTE, David. “Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana”; en: Revista E-Mercatoria. Vol. 4. Número 1. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. Pág. 8.

⁴ MONTOYA GIL, Horación. “De los concordatos y la Quiebra de los Comerciantes”. 4ta edición. Editorial Librería el Foro de la Justicia. Bogotá, 1984. Pág. 16.

⁵ PINZÓN, José. “Derecho comercial”. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá, 1957. Pág. 379.

⁶ El artículo 4 del Decreto 750 de 1940 establecía que, “todo procedimiento sobre quiebra se ha de fundar en obligaciones comerciales, sin perjuicio a acumularse a él las deudas que por otro concepto tenga el quebrado”.

comerciante insolvente en una situación draconiana, donde se presumía su mala fe y, como si fuera poco, se le hacía forma parte, casi automáticamente, de un proceso penal, dejando su suerte en manos del juez del concurso, quien podía decretar su detención preventiva y condenarlo penalmente si así lo consideraba. Por estas razones, el Decreto N° 750, después de casi treinta años de vigencia, fue declarado inconstitucional el 29 de mayo de 1969 por la Corte Suprema de Justicia colombiana.

ETAPA INTERVENCIONISTA (1969 – 1995):

EL DECRETO N° 2264

El vacío legal generado por la Corte Suprema de Justicia colombiana, al declarar la inconstitucionalidad del Decreto N° 750, fue cubierto mediante el Decreto N° 2264 de 1969. Esta norma fue expedida en pleno auge del intervencionismo de Estado en Latinoamérica. No resulta extraño, por tanto, que en el mencionado decreto se encontrara casi proscrita la quiebra de una empresa del estado, más aún si realizaba actividades en sectores considerados estratégicos o altamente generadores de empleo. Las empresas del estado, según nos dice el Superintendente de Sociedades Luis VELEZ, eran consideradas como “demasiado grandes para fallar”⁷.

No obstante lo anterior, el Decreto N° 2264 dentro de sus 99 artículos introdujo dos institutos novedosos para el sistema concursal colombiano: el Concordato Preventivo Potestativo y el Concordato Preventivo Obligatorio⁸. Se estableció, así, en su artículo 2° que “El comerciante que tema cesar en el pago corriente de sus obligaciones podrá dirigirse al Juez competente para conocer del proceso de quiebra en solicitud de tramitación de concordato preventivo con sus acreedores”.

Respecto al Concordato Preventivo Potestativo, este se caracterizó, con algunos matices claro está, por buscar lo que hoy se conoce como una reestructuración. El segundo, el Concordato Preventivo Obligatorio, estuvo dirigido a empresas cuyo tamaño y capacidad de generación de empleo pudiesen impactar en el orden público económico; se determinó para esos efectos un trámite similar al anterior concordato, pero bajo la tutela de una entidad administrativa, en reemplazo del juez del circuito. Nace, así, la Superintendencia de Sociedades, poniendo de relieve la incapacidad de la justicia ordinaria para avocarse a los complejos procesos de crisis de las empresas. Cabe añadir que estos concordatos además de ser útil para el deudor lo eran también para los acreedores, ya que se exigía para su trámite que el deudor tuviera bienes suficientes para el pago; lo que demuestra que el deudor tenía unas condiciones objetivas que cumplir si quería acogerse a la celebración de un concordato con sus acreedores, que más que ser un medio de facilitar la insolvencia del deudor, era un instrumento legal de regulación de un pago posible.

Finalmente, cabe añadir que el Decreto N° 2264 mantuvo el sesgo punitivo del régimen concursal de 1940, tipificándose una figura penal completa, seguramente con la idea de disuadir a los deudores de incurrir en actos de mala fe.

EL DECRETO N° 410 (CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971)

En el año de 1971 mediante Decreto N° 410 se promulgó el Código de Comercio y se derogó el Decreto N° 2264 de 1969. Este código introdujo dos tipos de soluciones ante las crisis de los

⁷ VÉLEZ CABRERA, Luis. “Régimen de insolvencia empresarial colombiano: Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia”. Pág. 3, alojado en: www.supersociedades.gov.co

⁸ Debido a lo cual fue considerado como “la piedra angular de los concordatos en Colombia”, según comenta: LEAL PEREZ, Hildebrando. “Los Procesos Concursales y los Acuerdos de Reestructuración Empresarial”. Editorial Leyes. Bogotá, 2001. Pág. 60.

comerciantes: los concordatos y la quiebra. Así, en el Título I del Libro Sexto se regularon los concordatos de tipo preventivo potestativo y obligatorio, y en el Título II del mismo libro se reguló la quiebra.

En relación al Concordato Preventivo Potestativo, el artículo 1910 del mencionado código disponía que: “El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores, si concurren en su favor las siguientes condiciones:

1. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro mercantil y a la contabilidad de sus negocios
2. No haber sido sancionado por delito contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial
3. No haber sido declarado anteriormente en quiebra o habiéndolo sido, hallarse legalmente rehabilitado.
4. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente;
5. No estar legalmente sujeto a concordato preventivo obligatorio o a liquidación administrativa forzosa, y
6. Estar autorizada la solicitud conforme a los estatutos cuando el deudor sea una sociedad”.

Respecto al Concordato Preventivo Obligatorio, el Código de Comercio establecía en su artículo 1928 lo siguiente: “Las sociedades comerciales sometidas al control de la superintendencia de sociedades que tengan un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando se hayan agotado los trámites del concordato preventivo sin haberlo celebrado, o cuando este no haya sido cumplido, conforme a lo previsto en el capítulo anterior”. Por su parte, la quiebra fue regulada en el artículo 1937 en los siguientes términos: “Se considerará en estadio de quiebra al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales. La muerte del deudor o su retiro del comercio hallándose en cesación de pagos, no impedirán la declaración de quiebra, pero esta no podrá pedirse sino dentro del año siguiente a la muerte o retiro. Las sociedades mercantiles podrán ser declaradas en quiebra hasta el vencimiento del año siguiente a la fecha de la inscripción de su liquidación en el registro mercantil”.

Finalmente, cabe agregar que mediante el Código de Comercio se consagró la cesación de pagos como base objetiva de la concursabilidad; siendo considerada de forma independiente de la situación económica del comerciante. Lo que llevó a la doctrina a diferenciar entre la insolvencia o desequilibrio entre activo y pasivo como causal de quiebra, de la iliquidez como causa de concordato⁹.

EL DECRETO N° 350

Como es usual en materia de insolvencia, la reforma del Código Comercio de 1971 vendría motivada por un cambio en la economía, y este cambio se debió al estallido de la primera gran crisis

⁹ HERNÁNDEZ VERA, José. “Ventajas y desventajas del proceso de reorganización en el contexto empresarial. Reseña de los fundamentos históricos del derecho concursal y su evolución en Colombia”. Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga, 2009. Pág. 49.

económica de la posguerra que arrasó al sector financiero colombiano y de paso puso a tambalear a gigantes del sector real, como las textileras antioqueñas. Esta crisis confirmó que el marco concursal existente desde 1971 era patentemente ineficaz para lidiar con situaciones de riesgo sistémico en la economía.

Frente a este contexto, el gobierno liberal de Virgilio Barco inició la ola de reformas que llevarían a la promulgación del Decreto N° 350 de 1989, que abrió un nuevo horizonte al derecho concursal colombiano. Este decreto fue mucho más completo que el anterior y tuvo las siguientes características¹⁰:

- a. Se conservaron las dos modalidades concordatarias preventivas (potestativas y obligatorias).
- b. Se acogió la institución de la empresa como sujeto del concordado, en reemplazo de la figura del comerciante¹¹.
- c. Hizo una clara distinción entre empresa y empresario, precisando que lo que se protege es a la empresa independientemente de la suerte de su titular.
- d. Se institucionalizó el carácter universal del concordato, en la medida en que todos los acreedores, incluso los privilegiados, tenían que hacer parte del proceso.
- e. Se cambió la expresión de suspensión de pago por la de imposibilidad de cumplir con las obligaciones mercantiles, entendiéndose a la empresa en una crisis financiera debido a su iliquidez transitoria o temporal.
- f. Se obligó al empresario a presentar una fórmula de arreglo a los acreedores, al momento de solicitar el procedimiento.
- g. Los recursos y términos fueron abreviados para darle agilidad al procedimiento.
- h. Se establecieron los órganos del concordato: Juez, Contralor y Junta Provisional de Acreedores.
- i. Se consagró la responsabilidad solidaria de los administradores y socios cuando el activo de la empresa era insuficiente para el pago de las acreencias.
- j. Se distinguió entre los créditos de acreedores concursales y los créditos de acreedores del concurso.
- k. Se institucionalizó el acuerdo privado
- l. Se diferenció la admisión, inadmisión y rechazo de la solicitud de concordato.
- m. El concordato preventivo obligatorio era adelantado en su totalidad por la Superintendencia de Sociedades. A excepción de las acciones revocatorias las cuales eran conocidas por el Juez Civil del Circuito.

¹⁰ Cfr. DURAN, María y REINALES, Ana. "Insolvencia transfronteriza". Tesis para optar el grado de abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003. Pág. 38 y ss.

¹¹ Se sustituye la figura del "comerciante" como sujeto del concordato por el de "empresa", al considerarse este un término que se acogía más a la finalidad de la institución, la cual buscaba soluciones que trascendían del ámbito individual (acreedor – deudor) al del mundo del comercio y la economía mundial. Pero igualmente se desliga el concepto empresa de la persona del empresario, estableciéndose esta de forma independiente a los sujetos individualmente considerados.

- n. El juez como el Superintendente de Sociedades podría decretar medidas cautelares, así como el levantamiento de estas.
- o. El concordato preventivo no creaba un régimen penal propio, pero de las conductas tipificadas si podían derivarse hechos punibles que el funcionario debía comunicar a la autoridad competente.

El Decreto N° 350 de 1989 tuvo muy poca vigencia puesto que fue derogado por la Ley N°222 de 1995, la que buscó crear un marco concursal más completo para hacer frente a las exigencias que imponía un mercado cada vez más globalizado. Cabe precisar que antes de la expedición de esta ley, fue promulgada la Constitución colombiana de 1991, la que conllevó un proceso de constitucionalización¹² de los diversos sistemas de este ordenamiento jurídico. Este cambio en la percepción de la Carta Magna colombiana cobró, por evidentes razones, gran fuerza frente al derecho concursal. No olvidemos que al ser el derecho concursal un derecho transversal, pues modifica las reglas de otras ramas del derecho (laboral, tributario, de contratos y de obligaciones, entre otros), con mayor razón este proceso de constitucionalización tenía que repercutir en sus propios fundamentos¹³.

ETAPA DE APERTURA (1995 – HASTA LA ACTUALIDAD):

LA LEY N° 222

El punto de partida del derecho concursal colombiano, como tal, se encuentra con la Ley N° 222 de 1995, cuyas normas fueron incorporadas al Código de Comercio de 1971. Esta ley constituye el paso final del proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por mecanismos menos drásticos, como el de los procedimientos concursales; el cual se encontraba inspirado en los criterios de igualdad, eliminación de privilegios a los acreedores fiscales y acceso a los mecanismos de insolvencia por parte de cualquier deudor, evocando normas clásicas del concurso de acreedores sin hacer distinciones en cuanto a la calidad del sujeto¹⁴.

Como ya manifestamos en otra oportunidad¹⁵, el derecho mercantil colombiano mediante la Ley N° 222 de 1995 fue sometido a una de las reformas más profundas, la cual consistió en establecer un novísimo régimen societario poniéndolo a tono con la realidad empresarial en general. Correspondía entonces aplicar dos formas al interior de los procedimientos concursales: el Concordato y la Liquidación. En los casi cinco años de aplicación de la Ley N° 222, el nuevo régimen societario ha tenido una importante aceptación en el mundo de los negocios y la empresa unipersonal vino a suplir una necesidad reclamada por los expertos. Así ha ocurrido con la mayoría de los temas que fueron objeto de reforma o reglamentación de la ley que modificó el Código de Comercio, que mantuvo siempre su médula central. En efecto, debido a la grave crisis a que se ha visto sometido el mundo y Colombia por los movimientos políticos ocasionados en la última década del pasado milenio, se hacía necesario buscar un procedimiento que agilizará el trámite, permitiéndole al empresario y a sus acreedores buscar fórmulas tendientes a asegurar el crédito y buscar la reactivación empresarial, para asegurar la crisis económica.

¹² Las disposiciones introducidas en la Constitución colombiana, tuvieron carácter normativo, fuerza vinculante y eficacia directa frente a todos los sujetos; lo que influyó en todas las ramas del derecho.

¹³ Cfr. RODRÍGUEZ, Juan. "Derecho concursal colombiano a la luz de la Constitución", en: Revista E-Mercatoria. Volumen 7. N° 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. Pág. 2.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Juan. "Aproximación al Derecho Concursal Colombiano", en: Revista E-Mercatoria. Volumen 6. N° 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. Pág. 6.

¹⁵ Cfr. CARBONELL O'BRIEN, Esteban. "Derecho Latinoamericano: Colombia, Perú, México y Brasil"; en: GRAZIABILE, Darío (Dir.) "Tratado del Síndico Concursal". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008. Pág. 929.

Ante ello, el Gobierno bajo la dirección de la Superintendencia de Sociedades y los importantes aportes del Ministerio de Desarrollo y el de Hacienda, propusieron al Congreso Nacional una reforma parcial al procedimiento concursal, con el objeto de establecer un mecanismo sobre la base de la concertación entre los acreedores internos y externos, se reactivará la economía y se salvarán las empresas viables. De igual manera que dicho procedimiento pudiera ser utilizado por los entes territoriales. Se logra finalmente un texto estructurado e integrado, sancionándose la Ley N° 550 de 1999, la que trataremos a continuación.

LA LEY N° 550

Otro estadio importante en la historia del derecho concursal colombiano fue el acaecido con la Ley N° 550 de 1999. Esta norma incorporó la denominada “des judicialización”, poniéndose de relieve la figura de la Superintendencia de Sociedades, la que permitió— nos dice el jurista Ariel DASSO¹⁶— convertir a Colombia en uno de los mayores exponentes latinoamericanos de derecho concursal debido a su protagonismo en el tratamiento de la crisis empresarial.

En la exposición de motivos de la Ley N° 550 de 1999, el parlamento nacional tuvo en cuenta a la difícil situación que ha enfrentado el país en los últimos años golpeando al sector productivo de la economía, lo que ha ocasionado un número creciente de concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades a las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo y por supuesto la circulación de la riqueza, razón de ser del ejercicio mercantil. El incremento en el gasto que presentaron los entes territoriales y que se aumentó en los últimos años del siglo pasado fue financiado en su mayoría con endeudamiento que excedió la capacidad real de pago de las entidades y deterioró la situación financiera tanto del sector público y privado.

La anterior situación estaba afectando a un elevado número de personas jurídicas, no sólo pequeñas y medianas sino también a muchas de gran tamaño, líderes en su respectivo sector y con importante aporte a la generación de empleo. Durante esa crisis han sido golpeados todos los sectores de la economía. Este cuadro produjo el deterioro de la cartera de los establecimientos de crédito, circunstancias agravantes de la crisis generalizada por la que atraviesa el sector empresarial privado, a la que se suma la delicada situación financiera de las entidades territoriales, departamentos y municipios.

Los instrumentos del derecho concursal colombiano dispuesto en la Ley N° 222 de 1995 que fueron diseñados para afrontar la iliquidez o insolvencia en circunstancias ordinarias, eran insuficientes para afrontar un problema de esta magnitud lo que hizo necesario la intervención del Estado para establecer un marco especial para la reestructuración y reactivación empresarial, que contuviera los incentivos para que acreedores y deudores determinen la viabilidad de las empresas y dotarlos de las herramientas necesarias para establecer un plan de reestructuración que permita salvar aquellas que sean viables. Entonces se dotó a los deudores y acreedores de incentivos y mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que les permitan a las empresas privadas y los entes territoriales “normalizar” su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros. Al ser posible la reactivación, las empresas han de aliviar su pesada carga financiera, mejorar sus perspectivas de producción, mantener el empleo que generan y ser otra vez sujetos de crédito con capacidad de pago. Por su parte, el sistema financiero ha de mejorar la calidad de su cartera, con la consecuente liberación de provisiones y la irrigación de crédito nuevo al sistema, con la colaboración de un banco de segundo piso¹⁷.

¹⁶ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”. Tomo I. Editorial Legis. Argentina, 2008.

¹⁷ CARBONELL O'BRIEN, Esteban. Óp., cit. Pág. 929.

Los mecanismos diseñados por dicha ley son varios, pero vale la pena destacar la capitalización de acreencias, es decir la conversión de la acreencia en acciones o aportes sociales y la suscripción de bonos de riesgo con el único fin de enervar la causal de disolución, al permitir que se tengan como una cuenta patrimonial. Así mismo, se podrán otorgar nuevos plazos, condonación de intereses, quitar o utilizar cualquier medio para normalizar la cartera. Todo dentro de un marco normativo amplio y transparente a cargo de los actores involucrados y, con una participación casi invisible del Estado como tal. Su función se limita a designar el promotor y resolver las diferencias que se presenten durante el trámite.

La Ley N° 550 fue expedida con fundamento en las facultades que conceden los artículos 150-21, 334 y 335 de la Constitución Política de Colombia, mediante la cual el Estado interviene en la economía para la reactivación de las empresas, constitucionalmente consideradas como la base del desarrollo, sin que se trate de una intervención directa, sino que utilice su poder normativo para ofrecer a la comunidad empresarial un marco legal que propicie acuerdos de reactivación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, a cargo del empresario y sus acreedores, bajo la dirección de un amigable componedor.

El promotor surge como un personaje que cumple una función pública dentro del marco de la empresa privada. Entonces con este proceso se consagra una nueva institución que nos ofrece las dificultades que en el régimen actual encuentran los acreedores y el empresario, para celebrar y ejecutar acuerdos que permitan la reactivación empresarial, en aquellos casos en que los propios interesados: deudor-acreedores, consideren viable una empresa, para lo cual se encuentran más expeditiva y equitativa la asunción de riesgos como partes de un acuerdo de recuperación que sea negociado en forma extrajudicial, y cuyo éxito garantiza el uso más eficiente de los recursos vinculados a la actividad empresarial, en la mejora de la competitividad y, en el cumplimiento de la función social de las empresas reestructuradas¹⁸.

A nuestro modo de ver, la Ley N° 550 de 1999 facilitaba el acceso de las empresas reestructuradas al crédito con base en la recuperación de su capacidad de pago. Para lo que se había creado mecanismos que fortalecían la dirección y los sistemas de control interno de las mismas, lo cual implicaba una mejora en la estructura administrativa, financiera y contable por parte de las empresas reestructuradas; asegurando la calidad, suficiencia y oportunidad de la información suministrada a socios, acreedores y terceros en general; y estableciendo reglas de comportamiento para la administración de las empresas que correspondían a estándares mínimos constitutivos de una ética empresarial indispensable para la confianza recíproca de la cual dependía la celebración y el cumplimiento de acuerdos de reactivación.

Con ese propósito se introdujo el concepto del “*Código de Conducta Empresarial*”. Asimismo, mediante la Ley N° 550 se estimulaba la concertación de empresarios y trabajadores de condiciones laborales especiales y temporales que contribuyan a la recuperación de la empresa, cuyo fortalecimiento interesaba simultáneamente a todos los acreedores, y a sus trabajadores y pensionados. En esta materia, otra vez, se puso de relieve que se interviene para la reactivación de la empresa, en defensa de los intereses comunes de empresarios y trabajadores. Se parte de un principio lógico: Sin empresa, no hay trabajo. La norma permitió entonces la suspensión de prerrogativas económicas que excedieran el mínimo legal correspondiente, siempre y cuando los trabajadores lo consientan. No hay que olvidar que la mencionada ley partió de los acuerdos entre las partes y no de la imposición¹⁹.

¹⁸ Ídem. Pág. 931.

¹⁹ Ídem. Pág. 933.

La Ley N° 550 de 1999 se aplicaba a toda empresa organizada como persona jurídica, que operará de manera permanente en el territorio nacional o extranjera de carácter privado o mixta, con la excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de la Superbancaria, de la Bolsa de Valores y de los intermediarios vigilados por ella. La citada ley se aplicaba entonces a empresas del sector productivo, los servicios y cualquier actividad así se encuentre bajo la vigilancia de cualquier organismo de control, con las excepciones, señaladas anteriormente. La solicitud se hará en todo caso al organismo de vigilancia y control respectivo, quien tiene la facultad de admitir el trámite y designar al promotor o a la Superintendencia de Sociedades.

Pese al relativo éxito que tuvo la Ley N° 550, ésta fue derogada en el año 2006. No olvidemos que esta ley había sido concebida desde el principio como una norma temporal diseñada para conjurar la crisis por la que atravesaba Colombia. El reemplazo de Ley N° 550 fue la Ley N° 1116 de 2006, cuyo contenido, tanto como sus modificatorias, abordaremos íntegramente en el siguiente ítem.

2 EL STATUS QUO DEL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO

LA LEY N° 1116, LEY DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL

En el año 2006 se expidió mediante la Ley N° 1116²⁰ un nuevo régimen de insolvencia empresarial en Colombia. Esta ley buscó recoger las experiencias y errores de los regímenes anteriores, para crear una normativa con vocación de permanencia²¹. Así, Ley N° 1116 de 2006 tuvo como principal motivación para su expedición la necesidad de dotar al país de un régimen que unificará, en cierta medida, la diversidad de normas existentes en materia concursal, pues el proceso de liquidación obligatoria seguía la regulación de la Ley N° 222 de 1995, modificada en ciertos apartes por la Ley N° 550 de 1999; el proceso de recuperación de personas jurídicas que desarrollaran actos empresariales se regía por la Ley N° 550 de 1999; y el proceso de recuperación de las personas naturales seguía regulándose por la Ley N° 222 de 1995, aunque, en ciertos eventos, tales acuerdos de personas naturales podían regirse por lo dispuesto por la Ley N° 550 de 1999²².

Como se verá más adelante, mediante el nuevo régimen de insolvencia se buscó propiciar y proteger la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sancionar las conductas que le sean contrarias.

FUENTES

La Ley N° 1116 se encuentra inspirada en las normas en materia de quiebras que la precedieron (*infra* 6.1), las decisiones de los órganos jurisdiccionales y administrativos colombianos; así como en las guías establecidas por organismos internacionales. De eso modo, la ley bajo análisis no se limitó a recoger las experiencias vividas en su derecho interno; sino, muy por el contrario, buscó crear un sistema concursal acorde a las necesidades que plantea un mundo globalizado.

Mediante la Ley N° 1116 el legislador colombiano logró unificar las normas que pese a estar dispersas aún seguían vigentes en su ordenamiento; depurando, asimismo, los errores de éstas. Sin embargo, como bien advierte autorizada doctrina, en este intento de unificación se mezclaron

²⁰ Esta norma entró en vigencia en mediados del 2007.

²¹ Según nos comenta WILCHES-DURAN, Rafael. "Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución"; en: Revista *Vniversitas*. N° 117. Universidad Javeriana. Bogotá, julio-diciembre de 2008. Pág. 205.

²² *Ibidem*.

reglas de diverso contenido, naturaleza, justificación y construcción, que generaron más de una dificultad. Así, se critica, por tomar solo un ejemplo, el haber otorgado efectos judiciales a la determinación de derechos de voto hecha por el promotor (sindico), que era un acto no producido dentro de un proceso²³.

Otra fuente del nuevo régimen concursal creado por la Ley N° 1116, fueron los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales y administrativos. Así, se destaca la gravitatoria importancia que cobró la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia concursal, la que mediante sus fallos cambio la imagen de su derecho concursal, el cual ahora se encontraba supeditado al respeto de los derechos fundamentales²⁴. Claro está, que con ello no se niega la labor que desempeña la autoridad administrada, la Superintendencia de Sociedades²⁵; lo que en todo caso nos muestra la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es que la eficacia— vertical— de los derechos fundamentales se encuentra por sobre cualquier entidad pública.

Como parte del proceso de apertura económica vivida en Colombia, la Ley N° 1116 tuvo también como fuente los trabajos de organismos internacionales; destacan, principalmente, la Guía legislativa en materia de insolvencia y en la Ley Modelo en Materia de Insolvencia Transfronteriza²⁶ de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. Con esta adecuación del sistema concursal colombiano, se hace patente aquella premisa que la insolvencia es una misma para cada Estado, sólo que con matices distintos; de ahí que partiendo de ello es válido tomar en cuenta las experiencias ajenas, más aún en el actual proceso de globalización. Finalmente, cabe añadir, que mediante la Ley N° 1116 se incorporó nuevas instituciones, traídas del derecho norteamericano como es el caso de la renegociación de contratos y la anticipación de los efectos del concurso, entre otros.

FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

El régimen judicial de insolvencia regulado en la Ley N° 1116 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, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. Como vemos, el actual régimen de insolvencia colombiano consagra una finalidad tripartida para los procesos concursales: la protección del crédito, de la empresa y del empleo. Esta triple consagración, según autorizada doctrina, “es afortunada en cuanto tiene en cuenta la realidad empresarial colombiana, sobre la cual necesariamente debe construirse un régimen de insolvencia. La escasez de mano de obra y la imposibilidad del Estado para garantizar a toda la población la seguridad social, entre otras, demandan que en el caso colombiano se proteja a la empresa como bien valioso y que garantice, en la medida de lo posible, que los trabajadores cuenten con su fuente de ingresos. Asimismo, la

²³ RODRÍGUEZ, Juan. “Aproximación al Derecho Concursal (...)”. Óp., cit. Pág. 25 y ss.

²⁴ WILCHES-DURAN, Rafael. “Vacíos e inconsistencias (...)”. Óp., cit. 205.

²⁵ “El caso colombiano en materia concursal es atípico, pues la jurisdicción concursal está en cabeza de una autoridad administrativa. Esta situación que ha sido defendida con ahínco dados sus buenos resultados frente al manejo de la insolvencia por parte de la jurisdicción ordinaria, exige repensar en la necesidad de volver a la regla general y no mantener excepciones, o buscar soluciones intermedias, en las que puedan lograrse los objetivos que persigue la concursalidad sin sacrificio de algunos derechos de los administrados, como la doble instancia, la imparcialidad, etc. Hecha la salvedad anterior, es necesario reconocer la importancia de la Superintendencia de Sociedades y de su trabajo en el sistema concursal colombiano, tal como lo demuestra el hecho de que los estatutos concursales han sido originados en esa entidad o con su presencia”. *Ibidem*.

²⁶ Ambos documentos pueden consultarse en: www.uncitral.org.

finalidad tripartita equilibra la posición del deudor, los acreedores y la empresa en los escenarios de insolvencia”²⁷.

En general, los procesos concursales en Colombia se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. La empresa se convierte en este sistema en el centro del derecho concursal, tal y como ha sido reconocido en la propia jurisprudencia de dicho país: “(...) la empresa, en tanto concepto organizacional que conjuga los factores económicos del capital y del trabajo, es un canal a través del cual se materializan, en la vida económica, los mandatos del constituyente: mientras que el capital, manifestación por excelencia de la propiedad privada, tiene una función social, el trabajo, su complemento indispensable, goza de un especial estatus constitucional, que le adscribe la triple calidad de valor, derecho y obligación. Se entiende, así, que se haya encomendado al Estado la función de promover su existencia y desarrollo, por ser la base de la economía nacional (...) El legislador dotó al Estado colombiano de un medio idóneo para cumplir con sus cometidos constitucionales. En efecto: a través del trámite de un concordato (ahora proceso de recuperación), es posible que las empresas en dificultades aseguren su continuidad en el mundo económico, y al mismo tiempo, cumplan con las obligaciones y responsabilidades que surgen de su actividad económica, entre las cuales la más elemental es la de pagar sus acreencias”²⁸.

El régimen de insolvencia, además, tiene por finalidad propiciar y proteger la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias. Ello en clara evidencia del respeto que debe existir en cualquier ordenamiento jurídico por valores que son intrínsecos a éstos.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Ley N° 1116 de 2006 establece cambios sustanciales que restringen su aplicación sólo a:

(i) Personas naturales que tengan la calidad de comerciantes. Sobre el particular la Superintendencia de Sociedades ha manifestado que, “son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan de algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, se ha de entender que esa condición de profesionalismo, equivale a una exigencia de la ley, entendida como una forma de vida con el consiguiente conocimiento y dominio de las habilidades necesarias para desarrollar las actividades mercantiles”²⁹.

(ii) Personas jurídicas que además de desarrollar actividad comercial de carácter privado o mixto de manera permanente en el territorio nacional y no se encuentren excluidas del régimen en ella regulado.

(iii) Sucursales de sociedades extranjeras. En cuanto a las sucursales de sociedades extranjeras, la norma conserva la tradición del Código de Comercio, el Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 de 1995.

(iv) Patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. El texto de la ley registra un avance importante en las relaciones jurídicas, al permitir a los patrimonios autónomos acceder a los mecanismos concursales. Aunque uno de los aspectos que ha generado controversia en la doctrina colombiana es si todos los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales tienen acceso al mecanismo de

²⁷ RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen de Insolvencia”. Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. Pág. 33.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1143 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ Oficio de la Superintendencia de Sociedades N° 220-816.35 del 18 de diciembre de 2003.

insolvencia, como sería el caso de la herencia yacente, de la masa de bienes del ausente, etc. Así, existen autores que consideran que dicha posibilidad solo es aplicable a los patrimonios autónomos derivados de un contrato de fiducia mercantil, de conformidad con el parágrafo del artículo tercero de la Ley. La dificultan, en todo caso, surge debido a que el ordenamiento jurídico colombiano no establece un concepto de patrimonio autónomo³⁰.

Cabe precisar que el proyecto inicial de la Ley 1116 permitía su aplicación a comerciantes y no comerciantes; sin embargo, en el texto final se decidió excluir a las personas naturales no comerciantes. De este modo, al establecer la ley quiénes serán sus destinatarios generó acciones de inconstitucionalidad en su contra, bajo el argumento de ser contraria al principio de igualdad al excluir a quienes no tengan la calidad de comerciante y se encuentren en los presupuestos para ser admitidos en los procesos que trae el régimen de insolvencia empresarial. Al respecto la Corte Constitucional de la República de Colombia, dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, numeral 8, y 126 de la Ley 1116, señaló lo siguiente: “En ese contexto, encuentra la Corte, en primer lugar, que no es posible establecer, con fundamento en el principio de igualdad, la existencia de un imperativo constitucional conforme al cual resulte imposible establecer un régimen de insolvencia específicamente orientado a las empresas y a las personas jurídicas, sin que, simultáneamente se prevea una regulación equivalente para las personas naturales no comerciantes (...) La decisión del legislador de establecer un régimen de insolvencia específicamente orientado a las empresas y a las personas jurídicas, sin incluir en él a las personas naturales no comerciantes, no es contraria a la Constitución, en la medida en que, por un lado existen diferencias entre los dos conjuntos de personas que son significativas, y por otro, la decisión legislativa atiende a fines importantes, que busca resolver de manera especializada sustrayendo del régimen de insolvencia a aquellos sujetos que no se aviene a las condiciones previstas para el mismo”³¹.

Por otro lado, la Ley 1116, en oposición a lo establecido en la Ley 550 de 1999, excluye de los procesos concursales a las empresas del Estado. Para Juan RODRÍGUEZ ESPITIA “no parece sensata la exclusión del ámbito de aplicación de la ley de insolvencia a las empresas industriales y comerciales del Estado, ya que estas en sus relaciones mercantiles con los particulares, se sujetan al derecho privado, existiendo entonces para estas un régimen de intervención forzosa administrativa orientado igualmente por el Estado”³². El destacado autor colombiano finalmente resalta que, “en este aspecto la Ley 1116 se apartó de la guía legislativa del CNUDMI, según el cual un régimen de insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de deudores, tanto privados como públicos, que desarrollen actividades económicas”³³.

Finalmente, el artículo 3º de la Ley materia de análisis establece de forma expresa a las personas excluidas del régimen de insolvencias, las que a saber son las siguientes:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.
3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.

³⁰ RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 48.

³¹ Sentencia C-699/07 de la Corte constitucional de la República de Colombia.

³² RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 48.

³³ *Ibidem*.

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 sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

PRINCIPIOS Y REGLAS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

De conformidad con el artículo 4º de la Ley N° 1116, los procesos concursales en Colombia se guían por los siguientes principios y reglas:

(i) Principio de Universalidad: Según la norma *in comento*, este principio exige que “la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación”. En relación a lo dispuesto por la Ley 1116, el tratadista Francisco REYES VILLAMIZAR, afirma que debe diferenciarse entre el Principio de Universalidad objetiva y el de Colectividad o Universalidad subjetiva, pues, el primero “(...) alude a la necesidad de que la totalidad de los bienes del deudor se vinculen al concurso”, mientras que el segundo “(...) alude a la necesidad de que la totalidad de los acreedores del deudor en crisis deben concurrir al proceso concursal”³⁴.

Cabe precisar que el Principio de Universalidad objetiva al hacer referencia a la totalidad del patrimonio del deudor, involucran, por tanto, a los bienes futuros de éste, los que en materia de concursos recuperatorios sirven para la adecuada satisfacción de los derechos de los acreedores, así como para la recuperación del concursado. Asimismo, este principio cuenta a su vez con determinadas excepciones derivadas de la legislación ante la cual nos encontremos, *verbi gratia*, algunas legislaciones protegen un determinado tipo de bienes habida cuenta de la necesidad de éstos para la existencia en condiciones razonables o de mínimo vital del deudor, otras, en razón a la existencia de garantías reales sobre dichos bienes, cuando quiera que el acreedor garantizado no esté obligado a participar en el concurso como excepción al principio de universalidad subjetiva³⁵.

En relación al Principio de Universalidad subjetiva o Colectividad³⁶ debemos añadir que este se concreta en la necesidad de participación en un único trámite o proceso de todos y cada uno de los acreedores del deudor, existentes al momento de la apertura del concurso respectivo, esto es, sin importar si su crédito tiene prelación, cuenta con garantías personales o reales, es litigioso, contingente etc., y sin reparar en la naturaleza jurídica del acreedor, esto es, si es una persona natural o jurídica, de derecho público o privado etc.

³⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Reforma al régimen de sociedades y concursos”. Temis S.A. Bogotá, 1999. Pág. 357.

³⁵ SOTOMONTE MUJICA, David. “La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada”; en: Revista de Derecho Privado. N° 34. Universidad de los Andes. Colombia, junio de 2005. Pág. 112.

³⁶ *Ibidem*.

(ii) Principio de Igualdad: Este principio proviene de la conocida máxima latina *par conditio omnium creditorum*, que refleja la necesidad de que exista un tratamiento homogéneo para todos los acreedores que concurren al proceso³⁷, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. Este principio es la consecuencia de la universalidad subjetiva y hace referencia al tratamiento que se debe dar a los acreedores al interior del concurso, sea este liquidatorio o recuperatorio. Sobre este principio David SOTOMONTE MUJICA manifiesta que: “al participar o verse involucrados todos los acreedores del concursado en un único procedimiento, el tratamiento para dichos acreedores deberá ser equitativo e igualitario. Tenemos entonces la primera consecuencia de la igualdad, como lo es el sobreseimiento del principio de "primero en el tiempo primero en el derecho", esto es, el orden cronológico o temporal en el que se hayan contraído o causado las obligaciones a cargo del deudor pierde relevancia, pues sin importar las fechas, la existencia de mediadas cautelares sobre los bienes del concursado anteriores a la apertura del concurso, etc., todos y cada uno de los acreedores serán tratados de la misma forma, con iguales derechos, cargas y obligaciones”³⁸.

Finalmente, el Principio de Igualdad o *par est conditio omnium creditorum* se materializa también en el pago de los créditos, el que se realizará mediante la aplicación de una operación aritmética entre los créditos del mismo rango, de tal forma que todos reciban pagos en la misma proporción de acuerdo a la cuantía de sus acreencias³⁹.

(iii) Regla de Eficiencia: La eficiencia no es un principio sino una regla del desarrollo de los negocios contenida en cualquier escenario de insolvencia. Se trata fundamentalmente de optimizar los recursos que componen el patrimonio del deudor para hacerlos rentables en provecho fundamentalmente de los acreedores. Esta regla cobra especial importancia en cuanto a la gestión austera que debe desempeñar el liquidador en el proceso judicial⁴⁰. En esa línea, esta regla exige que frente a los recursos existentes debe darse el mejor aprovechamiento (como en la liquidación judicial que debe ser pronta y ordenada). Pero también, se debe dar una eficiencia frente a la administración de los recursos de acuerdo con la información que se conozca, para procurar la protección del interés de los concurrentes; el aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible⁴¹.

(iv) Regla de Información: Al igual que en el caso anterior, sino, en estricto, de un deber del deudor y acreedores de proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso. Asimismo, este derecho implica una pérdida del derecho de intimidad del deudor, como quiera que en

³⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Óp., cit. Pág. 357.

³⁸ SOTOMONTE MUJICA, David. Óp., cit. Pág. 113.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen de Insolvencia”. Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. Pág. 71; quien añade que, “la preocupación del régimen de insolvencia acerca de la eficiencia de los procesos concursales tiene como origen las recomendaciones hechas por la CNUDMI al respecto. En tal horizonte y de conformidad con la guía, la insolvencia debe ser abordada y resuelta de manera rápida, ordenada y eficiente, de modo que impida una perturbación indebida en las actividades empresariales, sumada a una administración oportuna y eficiente que dé lugar a obtener el máximo valor de los bienes. Es esta línea de pensamiento, la Guía menciona la necesidad de incluir medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para pagar las deudas y un procedimiento que permita una resolución efectiva de las obligaciones y responsabilidades del deudor”. *Ibidem*.

⁴¹ FRANCO MONGUA, Javier. “Intervención económica de empresa en dificultad: El caso colombiano”; en: Revista Republicana. N° 11. Bogotá, 2011. Pág. 109.

la medida en que los acreedores conozcan en detalle su situación económica y financiera podrán adoptar decisiones en uno u otro sentido.

(v) Regla de Negociabilidad: Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor. Aquí se reconoce el carácter patrimonial de los derechos que se discuten dentro del proceso, los que son fundamentalmente negociables, así, tanto los acreedores como el deudor deberán tener en cuenta que la salida más expedita a las situaciones de crisis es negociar, concertar. No obstante, es pertinente resaltar que la negociabilidad no es libre, pues conforme a otras reglas legales las partes gozan de libertad para definir su contenido, como sucede con los créditos de carácter pensional y fiscal.

(vi) Principio de Reciprocidad: La reciprocidad si es un principio, que implica el reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza. Este es un postulado de aplicación especial, frente a los demás que se aplican para todo el régimen de insolvencia de forma concurrente, sin excluir que para estos casos especiales concurre tanto este principio como los demás mencionados⁴².

(vii) La Gobernabilidad económica: No es un principio, sino el reconocimiento del contenido económico de los regímenes de insolvencia⁴³. Al haberse establecido el criterio de gobernabilidad, se busca que, mediante el proceso de insolvencia, se obtenga una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

3 LOS PROCESOS CONCURSALES EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN O SALVAMENTO DEL DEUDOR

Estos procesos buscan que cuando un deudor está en un estado de insolvencia, sean los acreedores del mismo los que lo apoyen para poder seguir adelante con sus negocios y no tener que liquidar su patrimonio. De este modo, el proceso de reorganización tiene por objeto que, a través de un acuerdo, se preserve empresas viables y se normalice sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

En el ordenamiento jurídico colombiano los procesos de recuperación o salvamento de negocios del deudor han sido, básicamente, los concordatos, regulados por el Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 de 1995; los acuerdos de reestructuración, regulados por la Ley 550 de 1999; y los acuerdos de reorganización, regulados por la Ley 1116 de 2006, sobre los cuales volveremos más adelante.

PRESUPUESTOS OBJETIVOS: DE LOS SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

De conformidad con el artículo 9º de la Ley 1116, 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; estos supuesto tienen por finalidad, según comenta el Jurista Ariel DASSO, en su tratado de Derecho Concursal Comparado, “evitar los procesos nimios o superfluos, aunque agregan un elemento de incertidumbre, ya que la comprobación es derivada al juez del concurso y a los balances

⁴² *Ibidem*.

⁴³ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 73.

que se presenten”⁴⁴. Tratemos, pues, cada uno de estos supuestos o presupuestos objetivos de los procesos de reorganización.

(i) **Cesación de pagos**⁴⁵: La Ley 1116 establece que el deudor estará en cesación de pagos cuando incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley. En el caso de las personas naturales para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas. En ese sentido, para encontrarnos inmersos dentro del supuesto de cesación de pagos se deben presentar los siguientes elementos⁴⁶:

- **Elemento objetivo:** Consiste en el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Debe llamarse la atención en el sentido de que la norma no exige mora, siendo suficiente la no satisfacción de la prestación en los términos y condiciones inicialmente convenidas.
- **Elemento cuantitativo:** El cumplimiento debe ser plural, pues debe estar referido a dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores. La pluralidad está referida tanto al número de obligaciones como al número de acreedores, a diferencia de lo que sucedía con la Ley 550 de 1999 que no exigía la pluralidad de acreedores, resultando suficiente que el incumplimiento se diera en dos obligaciones de un mismo acreedor. En este caso debe tratarse de dos o más obligaciones a favor de diferentes acreedores.
- **Elemento temporal:** Las obligaciones deben estar incumplidas por un término no inferior a noventa días; así la Ley 1116 mantiene el mismo factor previsto por el artículo 6 de la Ley 550 de 1999.
- **Elemento económico:** El valor de las obligaciones vencidas no podrá ser inferior al 10% del pasivo total a cargo del deudor, o si se quiere deberá ser igual o superior al 10% del pasivo total.

En la Ley 1116 se ha tratado de no confundir el estado de cesación de pagos con el desequilibrio patrimonial matemático (activo-pasivo), al que históricamente se le ha denominado insolvencia, es decir, cuando la suma del activo es menor que la del pasivo. Se ha sostenido, así, que debe utilizarse el término de insolvencia cuando la realización de los bienes del deudor no basta para cumplir las obligaciones exigibles, generando entonces un desequilibrio de las prestaciones. Además, el retardo en el cumplimiento de las obligaciones se puede presentar no sólo por la falta de capacidad para hacerlo, sino, también, por falta de iniciativa del deudor, por lo que no se configuraría el estado de insolvencia. También puede ocurrir el caso contrario, esto es, cuando el deudor se encuentra en estado de

⁴⁴ DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”. Editorial Legis. Argentina, 2010. Pág. 121.

⁴⁵ La cesación de pagos, según la definición de Darío GRAZIABILE, “es el desequilibrio económico que importa un estado patrimonial de imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones, es un supuesto dinámico de flujo de fondos insuficientes para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones exigible, el cual se puede definir como el estado económico de un patrimonio, que se evidencia como impotente para hacer frente en forma regular a las obligaciones exigibles” GRAZIABILE, Darío. “Derecho Concursal”. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006. Pág. 44.

⁴⁶ Cfr. RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 122.

cesación de pago e intenta por todos los medios el pago de sus obligaciones, impidiendo la exteriorización de su real estado patrimonial.

(ii) Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año. Sobre este supuesto la doctrina colombiana manifiesta que, “cuando el empresario recurre a estas instancias es porque se encuentra en grandes dificultades, y si lo hace antes de empezar la cadena de sus incumplimientos, con mayor razón se le debe proteger para así evitar el efecto multiplicador de su posible crisis”⁴⁷. En ese sentido, el régimen colombiano se integra en el elenco de los que siguen la tendencia más moderna en la búsqueda de flexibilizar el acceso a la solución concursal anticipándose al momento en el cual la situación económica financiera se torne irreversible, condenando entonces la empresa a la liquidación por haberse tornado ya inviable⁴⁸. Cabe advertir que en el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente.

Por último, se debe añadir que, conforme al artículo 10° de la Ley 1116, la solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse, acompañada de los documentos que acrediten los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, de los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla.
2. Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio, cuando sea del caso. Las personas jurídicas no comerciantes deberán estar registradas frente a la autoridad competente.
3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.
4. No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS: DE LA LEGITIMACIÓN PARA INICIAR EL PROCESO

El inicio de un proceso de reorganización, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11° de la Ley 1116, podrá ser solicitado únicamente por los siguientes interesados:

(i) En caso de cesación de pago: Se encuentran legitimados el respectivo deudor, uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas o, de oficio, la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad. Es importante advertir que la ley no legitima a cualquier acreedor, sino exige que sea uno insatisfecho, es decir, afectado con la cesación de pago. Por tanto, el acreedor solo podrá solicitar el proceso siempre y cuando sea titular de dos acreencias que estén incumplidas por más de noventa días.

⁴⁷ SOTOMONTE, David. “Aspectos sustantivos del régimen de insolvencia”; en: Revista E-Mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. Pág. 5.

⁴⁸ DASSO, Ariel A. Óp., cit. Pág. 124.

En cuanto a la legitimación de la Superintendencia de Sociedades, la Ley 1116 se equivoca al indicar que estamos frente a un supuesto de inicio oficioso, pues la oficiosidad está referida a la atribución o facultad del juez o funcionario sea ejercida directamente la Superintendencia, por ello mal puede decirse que la iniciación es oficiosa cuando esta abre o inicia un trámite como consecuencia de la solicitud que le formulara otro ente de inspección y vigilancia⁴⁹.

(ii) En caso de incapacidad de pago inminente: Aquí 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.

(iii) En caso de un proceso de insolvencia extranjero: Con este supuesto la Ley 1116 se convierte en una de las primeras legislaciones a nivel mundial en reconocer el fenómeno de la quiebra transfronteriza, donde el deudor insolvente, incurso en un proceso concursal, tiene acreedores o bienes dispersos en diversos países.

PROCESOS DE REORGANIZACIÓN DE MATRICES, CONTROLANTES, VINCULADOS Y SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA.

La incidencia de los procesos de globalización e internacionalización de la económica ha sido innegable en la actividad empresarial latinoamericana, y Colombia no ha sido la excepción. Precisamente a raíz de estos procesos se crearon un sin número de necesidades para las empresas que las llevó a agruparse mediante vínculos de subordinación y dominación, todo ello a efectos de hacer frente de forma más eficiente a las exigencias que plantea un mercado cada vez más sofisticados y global. Sin embargo, estas nuevas formas de agrupación entre empresas generaron diversas controversias en el universo del Derecho, tal es el caso del Derecho Concursal. Justamente con miras a superar los vacíos existentes, mediante el artículo 12° de la Ley N° 1116⁵⁰ se reguló los procesos de reorganización de matrices, controlantes, vinculados y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia; así, se estableció lo siguiente: “Una solicitud de inicio del proceso de reorganización podrá referirse simultáneamente a varios deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinados, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas jurídicas o naturales, sea que estas obren directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales que no tengan como efecto la personificación jurídica. Para tales efectos, no se requerirá que la situación de control haya sido declarada o inscrita previamente en el registro mercantil. El inicio de los procesos deberá ser solicitado ante la Superintendencia de Sociedades de existir deudores sujetos a su competencia, que tengan un vínculo de subordinación o control, quien será la competente para conocer de los procesos de todos los deudores vinculados, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar acuerdos de reorganización independientes. El reconocimiento del proceso extranjero de insolvencia de la matriz o controlante de la sucursal extranjera establecida

⁴⁹ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 140.

⁵⁰ La norma comentada recoge la experiencia en materia de insolvencia de sociedades vinculadas, controladas, sucursales o pertenecientes a un grupo empresarial o de empresas. Es importante tener en cuenta que en estos tipos de agrupamientos empresariales existe una situación de control o dominio por el cual la sociedad dominante tiene la facultad para trazar las directrices y lineamientos al interior del grupo, los que deben ser obedecidos por las sociedades dominadas. De ahí que, con ocasión del ejercicio del poder propio del control societario, es posible que la situación de una empresa afecten a las restantes, en especial cuando se han otorgado garantías recíprocas. Es notoria, entonces, la necesidad de una regulación específica en materia de crisis de las empresas de un grupo. Para un mayor panorama sobre los grupos de empresas o societarios, véase los capítulos dedicados al ordenamiento colombiano en: AA.VV. “Los grupos societarios: Dirección y coordinación de sociedades”. 1ra edición. Editorial de la Universidad del Rosario. Colombia, 2009.

en Colombia, en la forma prevista en esta ley, dará lugar al inicio del proceso de reorganización de la sucursal”.

Primero que nada debe hacerse mención a que en la norma *in comento* se contempla la posibilidad de que pese a existir una situación de control y cesación de pagos de varias empresas de un grupo, una de éstas pueda presentar la solicitud de inicio del proceso de reorganización, lo cual en muchos casos responde a una estrategia del deudor para negociar con algunos acreedores sin necesidad de afectar o comprometer toda la estructura empresarial⁵¹. Otro de los aspectos que merece destacarse es que la aplicación de la norma no depende de que la situación de control haya sido previamente declarada; en consecuencia, solo basta la petición conjunta. En ese sentido, al no requerirse que la situación del control haya sido declarada o inscrita previamente en el registro mercantil, se incorpora la concursabilidad del grupo describiéndolo, aunque someramente, en diversas posibilidades de vinculación admisibles, superadoras de la teoría del control⁵². Sin embargo, la práctica recomienda que en este tipo de casos el control se inscriba previamente, pues de no ser así, la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control, iniciará las actuaciones tendientes a ello con la consecuente imposición de sanciones pecuniarias y que el grupo sea declarado en la forma concebida por el ente de supervisión⁵³.

Por estas razones, es acertada la conclusión del jurista Ariel DASSO, quien manifiesta que “la situación de conformación de un grupo se vuelve, en el caso del sistema colombiano, mucho más sensible a nivel de insolvencia o a la fragilidad financiera de algunos de los miembros del grupo, frente a sus acreedores y frente al mercado en general”⁵⁴.

Recientemente, con el propósito de reglamentar de forma más detallada y especial el régimen de insolvencia dentro de los grupos de empresas, el Gobierno colombiano emitió el Decreto 1749 de fecha 26 de mayo de 2011. En esta norma se establece, de forma adecuada, que el sujeto de la crisis en el caso de empresas vinculadas o en situaciones de control, se denomina grupos de empresas y lo define, en su artículo 2, como “el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, o porque la mayor parte de sus capitales pertenece o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales, ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos. Así mismo, se entiende que forman parte de un Grupo de Empresas aquellos vinculados entre sí porque son garantes unos de otros y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006”.

LA SOLICITUD DE ADMISIÓN DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN: REQUISITOS Y EFECTOS.

Cuando la solicitud es presentada por el deudor o por éste y sus acreedores

La Ley N° 1116 en su artículo 13 establece que, la solicitud de inicio del proceso de reorganización por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá venir acompañada de los siguientes documentos:

⁵¹ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 143.

⁵² DASSO, Ariel A. Óp., cit. Pág. 125.

⁵³ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. Pág. 143.

⁵⁴ DASSO, Ariel A. Óp., cit. Pág. 125.

(i) Los cinco (5) estados financieros básicos, correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios y los dictámenes respectivos, si existieren, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.

Los estados financieros básicos, conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 2649 de 1993, son los siguientes: el balance general, el estado de resultados, el estado de cambios en el patrimonio, el estado de cambios en la situación financiera y el estado de flujos de efectos. La exigencia de la presentación de estos estados financieros tiene por finalidad dotar al juez de insolvencia, el promotor y, sobre todo, a los acreedores, de información suficiente para formarse un criterio acerca de la situación actual del deudor como de las causas de su crisis. Así, pues, en base a esta información se busca que los acreedores puedan tomar decisiones adecuadas sobre el destino del deudor.

(ii) Los cinco (5) estados financieros básicos, con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.

Se debe aclarar que si bien la norma no establece que los estados financieros deben estar dictaminados⁵⁵, para nosotros⁵⁶ tal exigencia surge a raíz de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 222, el cual regulaba que los estados financieros dictaminados deben estar acompañados de la opinión de un revisor fiscal.

Por otra parte, resulta que en la práctica se discute que debe entenderse por estados cortado al último día calendario del mes anterior de la solicitud. Al respecto surgieron dos respuestas: “una primera literal, según la cual en este caso los estados financieros deben cortarse al último día calendario del mes inmediatamente anterior, lo que significa que en el caso de que la solicitud se presentará el 17 de junio, la fecha de corte de los estados financieros será la de 30 de mayo. La segunda soportada en el artículo 56 del Decreto 2649 de 1993 que dispone que los asientos deben hacerse en los libros a más tardar el mes siguiente a aquel en que las operaciones se hubieren realizado, implica, para el ejemplo anterior, que al 17 de junio (fecha de solicitud) la contabilidad estará al día con corte a 30 de abril, lo que habilita presentar la solicitud a esta fecha”⁵⁷. Esta divergencia de posiciones debe en todo caso quedar zanjada mediante una circular expedida por la Superintendencia de Sociedades.

(iii) Un estado de inventario de activos y pasivos con corte en la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado y valorado, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.

Este requisito se relaciona con el principio de universalidad objetiva, pues, al exigirse al deudor un inventario de sus activos y pasivos se busca que los acreedores puedan tener un conocimiento exacto de su composición patrimonial: de cuáles son sus bienes libres de gravámenes, por tomar un ejemplo.

(iv) Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia.

⁵⁵ Los estados financieros dictaminados son aquellos que contienen un fiel reflejo de los libros del deudor y han sido objeto de verificación del revisor fiscal o, a falta de este, del contador público independiente que los hubiera confrontado, cuentan, de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y las obligaciones propias del revisor fiscal, con el correspondiente concepto o dictamen. *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 1997. Para mayor profundidad sobre los estados financieros, consúltese la obra de: REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Reforma al régimen de sociedades y concursos”. Temis S.A. Bogotá, 1999. Págs. 267 y ss.

⁵⁶ Apoyados en lo escrito por: RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. 151.

⁵⁷ *Ibidem*.

La finalidad de este requisito es que el deudor ponga en conocimiento de los acreedores las razones que precedieron a la crisis, de manera que éstos conozcan su incidencia en la situación financiera y por tanto puedan contar con elementos de juicio para determinar las posibilidades de éxito de la fórmula propuesta. La descripción de las causas de la crisis debe ser analizada cuidadosamente por el juez, pues la misma está en estrecha relación con la fórmula y no puede ser vista como una simple narración de hecho, o como un requisito meramente formal⁵⁸.

(v) Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones.

Este requisito corresponde en términos generales a la propuesta de pago de las acreencias objeto del proceso, así como los gastos de administración, y pretende darle seriedad al proceso desde un inicio; ello a efectos de que los acreedores puedan establecer si el deudor contará con los recursos para atender las obligaciones a su cargo.

(vi) Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea del caso.

(vii) Un proyecto de calificación y graduación de acreencias del deudor, en los términos previstos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen, así como el proyecto de determinación de los derechos de voto correspondientes a cada acreedor.

La Ley 1116 mantiene la regla de la Ley 550 de 1999 en cuanto a distinguir entre acreencias y votos, siendo la primera tarea objeto de la negociación y la segunda el poder político que registran los acreedores para efectos de construir las mayorías necesarias con miras a la celebración del acuerdo⁵⁹.

Finalmente se debe advertir, como lo ha hecho de forma adecuada la doctrina colombiana⁶⁰, que el artículo 13º es contrario al artículo 11º, pues este no regula en ningún caso la petición conjunta del deudor y los acreedores para acceder a un proceso de reorganización. El artículo 13 hace mención a la solicitud del deudor y los acreedores, lo que corresponde a un rezago de la concepción inicial del proyecto según la cual en caso de incapacidad de pago inminente la solicitud debía ser presentada por el deudor conjuntamente con el 35% de los acreedores, sin contar a los acreedores vinculados.

Cuando la solicitud es presentada por los acreedores

Cuando la solicitud se presente por los acreedores se deberá acreditar mediante prueba siquiera sumaria la existencia, cuantía y fecha desde la cual están vencidas las obligaciones a cargo del deudor, o la existencia de los supuestos que configuran la incapacidad de pago inminente. Sobre las exigencias hechas por la Ley Nº 1116 a los acreedores, éstas implican un retroceso en la protección de sus derechos, pues exigen información como la referida a la incapacidad de pago inminente que por lo general no se encuentran en su poder y que, peor aún, resultan de difícil acceso. El legislador colombiano se ha olvidado aquí de aquella máxima que exige que quien ha tenido el control de una actividad sea quien deba crear la prueba sobre tal actividad; en este caso, la exigencia de la incapacidad de pago inminente debe recaer sobre el deudor y no sobre el acreedor.

Efectos de la solicitud de admisión al proceso de reorganización

⁵⁸ Cfr. *Ídem*. Pág. 154

⁵⁹ *Ídem*. Pág. 155.

⁶⁰ Nos referimos a: RODRÍGUES ESPITIA, Juan. "Nuevo Régimen (...)". Óp., cit. 150.

El artículo 17 de la Ley 1116⁶¹ extiende la producción de efectos que tradicionalmente tenían lugar con ocasión de la admisión de una empresa al proceso concursal, a un momento previo, como es el de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización, cuando aquí todavía no existe certeza sobre si una empresa será admitida o no al proceso concursal. Esto no es más que un producto de la desconfianza que se tiene con respecto a la actitud de los empresarios insolventes y que pretende evitar que se utilice el periodo de tiempo existente entre la presentación de la solicitud y el momento de la admisión efectiva al proceso de insolvencia como justificación para realizar operaciones en favor de ciertos acreedores. Al respecto, Rafael WILCHES manifiesta que, “si bien la intención del legislador puede considerarse como loable, pues el fin perseguido es proteger el patrimonio de la empresa como fuente general del pago de las acreencias del deudor, ya el derecho concursal preveía una solución mucho más práctica y transparente, como es la de las acciones revocatorias y de simulación⁶².”

En efecto, con el artículo 17 lo único que se consigue es introducir incertidumbre sobre la situación de las operaciones que puede o no puede realizar la empresa desde el momento de presentación de la solicitud de admisión al proceso, toda vez que la presentación de tal solicitud no goza de ningún tipo de publicidad. No hay forma en que los acreedores estén enterados de la eventual irregularidad en que pueden estar incurriendo, la cual implica sanciones para nada despreciables, como son la imposición de multas de hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes y la postergación en el pago de sus acreencias⁶³.

⁶¹ **Artículo 17.-** A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

La celebración de fiducias mercantiles u otro tipo de contratos que tenga por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, deberán obtener autorización de la autoridad competente.

La emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, a través de patrimonios autónomos o de cualquier otra manera, deberán obtener adicionalmente la autorización de la autoridad competente.

Tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, no se requerirá la autorización a que se refiere este artículo. Tampoco se requerirá en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.

PARÁGRAFO 1o. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 8o de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.

PARÁGRAFO 2o. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el parágrafo anterior

⁶² Cfr. WILCHES-DURAN, Rafael. Óp., cit. Pág. 210 y ss.

⁶³ *Ibidem*.

Igualmente, no queda claro por qué tales efectos se predicen solamente con ocasión de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización y no se predicen también respecto de la solicitud de admisión al proceso de liquidación judicial inmediata. Por lo tanto, lo ideal sería eliminar tal norma y continuar con la figura tradicionalmente existente en el derecho concursal colombiano de producción de efectos desde el momento de admisión al proceso concursal, pues las acciones revocatorias y de simulación, también consagradas en el nuevo régimen de insolvencia, son lo suficientemente aptas para conseguir los fines perseguidos por el legislador⁶⁴.

FUNCIONES DEL PROMOTOR

El concurso se inicia a través de un proceso de reorganización, en el cual el insolvente tendrá un plazo para celebrar un acuerdo con sus acreedores, que, en principio, no será superior a cuatro meses, prorrogable por dos meses adicionales. Dentro del plazo indicado para celebrar el acuerdo, el promotor con fundamento en el plan de reorganización de la empresa y el flujo de caja elaborado para atender el pago de las obligaciones, deberá presentar ante el juez del concurso, según sea el caso, un acuerdo de reorganización debidamente aprobado por el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos. Si el acuerdo de reorganización debidamente aprobado no es presentado en el término previsto, comenzará a correr de inmediato el término para celebrar el acuerdo de adjudicación. No presentado o no confirmado el acuerdo de reorganización, el juez ordenará la celebración del acuerdo de adjudicación, mediante providencia en la cual fijará la fecha de extinción de la persona jurídica, la cual deberá enviarse de oficio para su inscripción en el registro mercantil.

Vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización, sin que este haya sido presentado, o no confirmado el mismo, empezará a contarse un plazo máximo de treinta días para que el promotor presente al juez del concurso, el acuerdo de adjudicación, al que hayan llegado los acreedores del deudor, incluyendo los gastos de administración. En el acuerdo de adjudicación pactarán la forma como serán adjudicados los bienes del deudor, pagando primero las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia y luego las contenidas en la calificación y graduación aprobada. Si el acuerdo de adjudicación, no es presentado ante el juez del concurso en el plazo previsto en la presente norma, se entenderá que los acreedores aceptan que la Superintendencia o el juez adjudiquen los bienes del deudor, conforme a las reglas de adjudicación de bienes previstas en la presente ley⁶⁵.

Si algún acreedor o deudor denuncia el incumplimiento del acuerdo de reorganización o de los gastos de administración, el Juez del concurso verificará dicha situación y en caso de encontrarlo acreditado, requerirá al promotor para que, dentro de un término no superior a un mes, actualice la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestione las posibles alternativas de solución y presente al Juez del concurso el resultado de sus diligencias. Recibido el Informe del Promotor, el Juez del concurso, convocará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados, a una audiencia para deliberar sobre la situación y decidir lo pertinente. Si la situación es resuelta, el Juez del concurso confirmará la alternativa de solución acordada y el promotor deberá cumplir con las formalidades previstas en la presente ley. En caso contrario, el juez del concurso declarará terminado el acuerdo de reorganización y ordenará la apertura del trámite del proceso de liquidación judicial.

Por otro lado, se debe advertir que la Ley 1116 adolece de un grave vacío consistente en la no precisión sobre las funciones de los promotores en los acuerdos de reorganización. En efecto, no

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ CARBONELL O'BRIEN, Esteban. Óp., cit. Pág. 930.

existe en el nuevo régimen de insolvencia una norma similar a la consagrada en el artículo 8º de la Ley 550 de 1999. La única norma que se acerca a dar una definición del promotor es el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006, el cual expresa que el promotor es un auxiliar de la justicia y regula ciertos aspectos sobre su designación y remoción, entre otras cosas. Por lo demás, la Ley 1116 realiza referencias aisladas a los promotores y sus deberes, pero sin precisar claramente sus funciones. Lo anterior ha llevado a que no se tenga claridad sobre cuáles son las funciones de los promotores durante la etapa de calificación y graduación de créditos. De hecho, según la doctrina colombiana⁶⁶, ello ha conllevado a discusiones complicadas, porque la Superintendencia de Sociedades entiende que la labor del promotor consiste en verificar, uno a uno, todos los soportes de las acreencias relacionadas por el deudor, mientras que los deudores manifiestan su desacuerdo con tal posición, siendo el promotor el directamente sacrificado en el tema, pues el legislador no fue claro sobre el particular.

Por último, no resulta clara la participación del promotor una vez celebrado el acuerdo de reorganización, dado que la ley no establece si podrá participar o no en el comité de vigilancia, y la remuneración por su labor, con lo cual es evidente un vacío en relación con lo regulado por la Ley 550 de 1999, el cual deberá ser llenado por lo que se pacte en cada caso concreto sobre el particular y por lo que decida el juez del concurso sobre tales pactos⁶⁷.

LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

El fin de estos procesos es realizar todas las actividades tendientes a integrar el patrimonio del deudor para pagar las obligaciones en el orden de prelación establecido por la ley. Sobre estos procesos la Corte Suprema de Justicia colombiana sostiene que, “son de ejecución universal, pues en ellos, los acreedores que intervienen persiguen la satisfacción de los créditos correspondientes; cada uno, allega con tal fin, durante la actuación y oportunidad, los títulos o documentos que acrediten con certeza el derecho cuya realización coactiva persiguen”⁶⁸. En ese sentido, mediante los procesos de liquidación se busca el cierre eficiente de las operaciones contables y financieras de una empresa insolvente. Así, pues, se busca primordialmente la venta rápida y a precios apropiados de los activos de la empresa deudora y el pago eficiente de sus pasivos, preservando el principio de igualdad entre los acreedores.

Básicamente, los procesos liquidatorios que han existido en Colombia son la quiebra del Código de Comercio, la liquidación obligatoria, regulada por la Ley 222 de 1995, la liquidación voluntaria, regulada por el Código de Comercio, y la liquidación judicial, regulada por la Ley 1116 de 2006.

INICIO DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL

El artículo 47º de la Ley N° 1116 establece dos supuestos para el inicio de un proceso de liquidación judicial, los que trataremos en las siguientes líneas:

Ante el incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999

Este supuesto implica que el inicio de un proceso liquidatorio será a razón de la no concreción de las finalidades de un proceso recuperatorio; bien por incumplimiento del acuerdo de reorganización, o por el incumplimiento o fracaso del concordato o del acuerdo de reorganización. En este aspecto, existe una diferencia entre los mecanismos recuperatorios existentes en Colombia; es decir, entre el concordato y el acuerdo de reestructuración respecto del acuerdo de

⁶⁶ Cfr. WILCHES-DURAN, Rafael. Óp., cit. Pág. 210.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cortes Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de octubre de 1998. M. P. Alberto Ospina Botero.

reorganización. En efecto, ante el fracaso de la negociación de un acuerdo de reorganización no habrá lugar a la iniciación del proceso de liquidación judicial, como sucede en el concordato y el acuerdo de reestructuración con el fracaso de la negociación, pues en este caso el legislador dispuso una actuación procesal denominada adjudicación, la cual sustituye el proceso de liquidación.

Ante las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la Ley N° 1116

Un proceso liquidatorio procederá de manera inmediata en los siguientes casos⁶⁹:

(i) Cuando el deudor lo solicite directamente, o cuando incumpla su obligación de entregar oportunamente la documentación requerida, como consecuencia de la solicitud a un proceso de insolvencia por parte de un acreedor.

Este supuesto regula a su vez dos hipótesis: La primera implica que el deudor solicite al juez la apertura del proceso de liquidación, como expresión de su autonomía privada y el reconocimiento a que la insolvencia que padece únicamente puede ser manejada dentro de un proceso liquidatorio. La segunda, por su lado, tiene como origen el incumplimiento del deudor de los requerimientos del juez y opera cuando la solicitud de reorganización proviene de un acreedor o es producto de una decisión oficiosa y el deudor no suministra la información solicitada por el juez.

(ii) Cuando el deudor abandone sus negocios.

Como se puede apreciar, la norma bajo análisis no precisa cuando nos encontramos frente a un supuesto de abandono por parte del deudor de sus negocios. En tal sentido, comenta la doctrina colombiana, “se echa de menos la regla prevista en el inciso final del artículo 1942 del Código de Comercio, según la cual se presumía la cesación de pagos cuando el comerciante se ocultaba o ausentaba, o cerraba sus oficinas o establecimientos de comercio, sin dejar persona que legalmente atendiera sus negocios y cumpliera sus compromisos. La ausencia de una regla como la comentada conducirá a que sean los jueces quienes en cada caso concreto construyan una definición en esta materia”⁷⁰.

(iii) Por solicitud de la autoridad que vigile o controle a la respectiva empresa.

En la doctrina se discute sobre el desarrollo práctico de este supuesto. En todo caso, este supuesto implica que un proceso de liquidación se inicia cuando la entidad que vigile o controle a la empresa deudora considera, en base a criterios objetivos, que la mejor vía para frenar los efectos nocivos de la crisis es precisamente la salida del mercado de la empresa, su liquidación.

(iv) Por decisión motivada de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso de reorganización, o cuando el deudor no actualice el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto requerida en la providencia de inicio del proceso de reorganización.

(v) A petición conjunta del deudor y de un número plural de acreedores titular de no menos del cincuenta por ciento (50%) del pasivo externo.

Este supuesto es manifestación directa de la autonomía privada que ostenta el deudor como sus acreedores, así como de las propias reglas políticas que existen en los procesos concursales, las que habilitan a que un acuerdo de esta naturaleza se tome aún cuando no exista unanimidad por parte de los acreedores.

⁶⁹ Véase el artículo 49° de la Ley N° 1116.

⁷⁰ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. 399.

(vi) Solicitud expresa de inicio del trámite del proceso de liquidación judicial por parte de una autoridad o representante extranjero, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

Es supuesto guarda estrecha relación con lo establecido en el artículo 96 de la Ley 1116, conforme a la “Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, si por lo demás cumple las condiciones, requisitos y supuestos para la apertura de ese proceso”. En ese sentido, el representante extranjero deberá probar la cesación de pagos y además, debe tratarse de un deudor que no esté excluido del régimen de liquidación judicial.

(vii) Tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el Juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses.

Respecto al contenido de este supuesto existen en la doctrina colombiana dos interpretaciones: La primera, establece que su aplicación no está condicionada a la existencia de un proceso concursal, ya que la ley no lo dispuso así, por tanto, una empresa que tenga obligaciones vencidas por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social, podrá ser objeto de un proceso de liquidación judicial. La segunda, por su lado, parte de un análisis sistemático de la ley, así establecen que ésta permite concluir que en este caso se requiere previamente estar ante un proceso de reorganización donde estas obligaciones mencionadas no fueron atendidas oportunamente⁷¹.

Por último, se ha de mencionar que conforma a la Ley N° 1116 la providencia judicial que decreta la apertura inmediata del trámite del proceso de liquidación judicial no admite ningún recurso, con excepción de la causal prevista en los numerales 2 (abandono del deudor de sus negocios) y 7 (por obligaciones vencidas en materia previsional y laboral) del artículo antes analizado.

CONTENIDO DE LA PROVIDENCIA DE APERTURA

La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial conforme al artículo 48 de la Ley del Régimen de Insolvencia Empresarial dispondrá:

(i) El nombramiento de un liquidador, quien tendrá la representación legal, advirtiendo que su gestión deberá ser austera y eficaz.

Uno de los principales protagonistas de los procesos de liquidación es, sin duda, y quizás por notorias razones, el liquidador. Éste es nombrado por la Superintendencia de Sociedades y a diferencia de la figura del síndico de quiebra⁷², que se estructuraba como la un simple auxiliar del juez⁷³, el liquidador es un verdadero representante legal de la entidad deudora. Así, la ley le confiere amplias facultades con la finalidad de llevar de manera adecuada el proceso de liquidación; en base a una gestión austera y eficaz.

(ii) La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los

⁷¹ *Ídem*. Pág. 401.

⁷² Para un mayor panorama sobre esta figura revisar: GRAZIABILE, Darío. “El Síndico Concursal”, en: en: GRAZIABILE, Darío (Dir.) “Tratado del Síndico Concursal”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008.

⁷³ *Cfr.* REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Reforma al régimen (...)”. Óp., cit. Pág.

activos. Los actos celebrados en contravención a lo anteriormente dispuesto, serán ineficaces de pleno derecho.

Este es sin duda uno de los principales efectos de la apertura de un proceso de liquidación, que pone en evidencia la ineficiencia del deudor para continuar con el manejo de la empresa. En ese sentido, es lógico que una sociedad inmersa en un proceso de liquidación mantenga su capacidad de obrar únicamente para la celebración de aquellos actos relacionados con el proceso y no con los del objeto de la sociedad. De igual modo, resulta coherente que la norma sancione con ineficacia de pleno derecho, es decir absoluta, que no se puede convalidarse, los actos celebrados en contra de dicha disposición. En todo caso, el juez del proceso deberá tener especial cautela para no permitir que en base a la excepción que regula la norma, sobre la celebración de actos que busquen la conservación de los activos del deudor, una sociedad en liquidación termine desarrollando indirectamente su objeto social. Aquí nos encontraríamos ante un supuesto de fraude a la ley, el cual, de ser demostrado, se sancionaría también con la ineficacia.

(iii) Las medidas cautelares sobre los bienes del deudor y ordenar al liquidador la inscripción en el registro competente de la providencia de inicio del proceso de liquidación judicial, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.

Este numeral dispone dos efectos: uno relacionado con las medidas cautelar y otro con la publicidad y oponibilidad frente a terceros. De este modo, en la providencia de apertura el juez de la insolvencia decretará las medidas cautelares sobre el patrimonio del deudor⁷⁴, que se encuentren libre de gravámenes, claro está. Lo que no es más que la materialización del principio de universalidad objetiva, pues el patrimonio del deudor tiene por principal finalidad la de servir de garantía para todos sus acreedores. Por otra parte, mediante la inscripción de la providencia del proceso de liquidación, junto con las medidas cautelares establecidas en ella, se busca principalmente una cosa: dotar de publicidad y, como efecto domino, de oponibilidad frente a cualquier acto de disposición que se realice sobre el patrimonio del deudor, en específico sobre los bienes objeto de las medidas.

(iv) La fijación por parte del Juez del concurso, en un lugar visible al público y por un término de diez (10) días, de un aviso que informe acerca del inicio del mismo, el nombre del liquidador y el lugar donde los acreedores deberán presentar sus créditos. Copia del aviso será fijada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en la del deudor, en la sede, sucursales, agencias, por este y el liquidador durante todo el trámite.

Según nos comenta Juan RODRIGUEZ ESPITIA, “este es uno de los efectos de connotación procesal y tiene por finalidad que los terceros, en general los acreedores, conozcan de la existencia del proceso. En este sentido, el juez del concurso ordenará la fijación de un aviso en un lugar visible al público, fundamentalmente en la secretaría del despacho, por un término de 10 días, que informe acerca de la existencia del proceso, el nombre del liquidador y el lugar en donde los acreedores deberían presentar sus créditos”⁷⁵.

Asimismo, el que se establezca que la copia del aviso será fijada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en la del deudor, en la sede, sucursales, agencias, por este y el liquidador durante todo el trámite busca precisamente que la información se encuentre al alcance

⁷⁴ Destacan aquí las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes. La primera se decreta de forma oficiosa y no requiere petición de parte, y la segunda, se caracteriza por no requerir caución, lo que se explica a razón de que estas medidas están dadas a favor de todos los acreedores y no de uno solo, como sucedería en un proceso ejecutivo.

⁷⁵ RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. 382.

de los acreedores del deudor, así como de terceros con legítimos intereses. Se buscaría, en todo caso, brindar una mayor cobertura de la publicidad que pueda otorgar registros públicos.

(v) Un plazo de veinte (20) días, a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que los acreedores presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo. Cuando el proceso de liquidación judicial sea iniciado como consecuencia del incumplimiento del acuerdo de reorganización, de liquidación judicial, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración, los acreedores reconocidos y admitidos en ellos, se entenderán presentados en tiempo al liquidador, en el proceso de liquidación judicial.

Cabe precisar que si bien la norma establece que las acreencias deberán ser presentadas dentro de los veinte días siguientes a la desfijación del aviso que informe la apertura del proceso de liquidación, esto no implicaría que antes de dicha fecha se puedan presentar también acreencias. Los acreedores deberán probar, para tales efectos, la existencia y cuantía de sus acreencias mediante medios probatorios que den cuenta suficiente de tales créditos. Por ello, no se puede admitir como medios que prueben la existencia de una acreencia a las fotocopias de títulos valores, copias simples de escrituras públicas, etc., ya que dichos documentos no constituyen pruebas suficientes.

(vi) Los créditos no calificados y graduados en el acuerdo de reorganización y los derivados de gastos de administración, deberán ser presentados al liquidador.

En este caso hay un cambio notable respecto de las reglas existentes en los procesos concursales, las cuales exigían que el crédito fuera presentado siempre al juez que conociera el proceso. Esta medida es acorde con la informalización del proceso de liquidación.

(vii) Transcurrido el plazo previsto en este numeral, el liquidador, contará con un plazo establecido por el juez del concurso, el cual no será inferior a un (1) mes, ni superior a tres (3) meses, para que remita al juez del concurso todos los documentos que le hayan presentado los acreedores y el proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto, con el fin de que aquel, dentro de los quince (15) días siguientes, emita auto que reconozca los mismos, de no haber objeciones. De haberlas, se procederá de igual manera que para lo establecido en el proceso de reorganización.

Una vez vencido el plazo de veinte días para que los acreedores presenten sus reclamaciones, empezará a correr un plazo para que el liquidador remita los documentos al juez del concurso y presente e proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de votos. Este plazo no correrá de manera automática, sino se necesita que previamente el juez señale el término con que cuenta el liquidador para presentar el proyecto, el cual puede oscilar entre uno y tres meses.

(viii) La remisión de una copia de la providencia de apertura al Ministerio de la Protección Social, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y a la Superintendencia que ejerza vigilancia o control, para lo de su competencia.

Esta regla se explica en sus destinatarios; tratándose del Ministerio de la Protección Social, el propósito es la protección de los derechos de los trabajadores y pensionados. En cuanto a la Superintendencia de Impuestos y Aduanas se busca la protección de las acreencias del estado e iniciar las investigaciones pertinentes para determinar la existencia o no de un delito tributario, en base a las facultades que la ley le reconoce.

(ix) Inscribir en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del deudor y sus sucursales, el aviso que informa sobre la expedición de la providencia de inicio del proceso de liquidación judicial.

Este supuesto constituye otra de las medidas de publicidad para comunicar el inicio del proceso de liquidación. De esta manera se facilita a los acreedores el conocer sobre la existencia del proceso para que puedan concurrir oportunamente a éste y hacer valer sus derechos.

(x) Oficiar a los jueces que conozcan de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia.

Esta regla es desarrollo del principio de universalidad subjetiva, en el sentido de que todas las acreencias a cargo del deudor deben hacerse valer dentro del proceso, en consecuencia, sus titulares pierden el derecho de ejecución individual o separada. En este sentido, el juez que conoce del proceso de liquidación oficiará a los jueces que conocer de proceso de ejecución o a los que están ejecutando una sentencia⁷⁶.

(xi) Ordenar al liquidador la elaboración del inventario de los activos del deudor, el cual deberá elaborar el liquidador en un plazo máximo de treinta (30) días a partir de su posesión. Los bienes serán valuados por expertos designados de listas elaboradas por la Superintendencia de Sociedades.

Mediante esta regla se concretiza el principio de universalidad objetiva, pues tiene como finalidad que se establezca de forma detallada cuales son los activos del patrimonio del deudor, en otras palabras, con que puede responder éste. Así, para dar mayor credibilidad la norma exige que los bienes del deudor deben ser valorados por expertos designados de las listas elaboradas por la Superintendencia de Sociedades.

Una vez vencido el término, el liquidador entregará al juez concursal el inventario para que este le corra traslado por el término de diez (10) días.

4 EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce⁷⁷:

(i) La disolución de la persona jurídica. En consecuencia, para todos los efectos legales, esta deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación judicial”.

Primeramente, se debe diferenciar entre disolución y extinción de la persona jurídica, para lo cual nos valemos de la propia jurisprudencia colombiana, la que ha establecido que: “La disolución es el principio del fin de la sociedad, vale decir, el punto de partida de su extinción. De ahí que la disolución y extinción no sean conceptos equivalentes. Y no es rigurosamente cierto que la disolución signifique la destrucción del vínculo social o la desaparición de la sociedad, pues esta continúa viviendo hasta cuando se perfecciona la liquidación de su patrimonio. Es verdad, por tanto, que disolución implica un cercamiento de la capacidad jurídica de la sociedad porque cesa su vida activa y se inicia una fase en donde la finalidad primordial es pagar el pasivo externo para luego

⁷⁶ *Ídem*. Pág. 386

⁷⁷ Conforme al artículo 50° de la Ley N° 1116.

distribuir el acervo neto; y a lo largo de esa fase la sociedad conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”⁷⁸.

De este modo, tenemos que la disolución de la persona jurídica constituye una consecuencia lógica del proceso de liquidación, toda vez que con él se busca precisamente liquidar el patrimonio del deudor, y al ser éste una persona jurídica es evidente que frente a tal situación la única vía existente será la disolución del ente social.

(ii) La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere.

Este efecto es nuevo en la legislación colombiana y surgió debido a las complicaciones que se generaron en los procesos liquidatorios existentes antes de la promulgación de la Ley 1116. Resulta que los socios amparados en las reglas del Código de Comercio pedían cuentas al liquidador como representante leal y administrador y se involucraban en la liquidación dejando de lado que dentro del proceso existía un escenario y un órgano con tal propósito del cual estaban llamados a formar parte (Junta asesora de liquidador). Así, pues, fueron actuaciones como la antes mencionada la razón de esta nueva regla⁷⁹.

Asimismo, al tener la norma materia de análisis un sentido amplio, comprende a cualquier órgano de la sociedad, independientemente de su origen legal o contractual. Por tanto, a partir del inicio del proceso de liquidación cesan en sus funciones la junta directiva, la junta de socios o asamblea general de accionista y el revisor fiscal, así como cualquier otro órgano que se hubiera previsto en el contrato social.

(iii) La separación de todos los administradores.

Este efecto surge a raíz de que una vez iniciado el proceso de liquidación es el liquidador quien precisamente asume la representación legal del deudor, y por ello no tiene justificación mantener dos administraciones distintas, más aún cuando éstas podrían tomar decisiones contrapuestas.

(iv) La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.

Lo anterior constituye uno de los aspectos que mayor dificultad generó en los procesos liquidatorios. Mediante esta medida se busca poner fin a la práctica de aquellos empresarios inescrupulosos, que días anterior al inicio del proceso de liquidación celebraban contratos de tracto sucesivo en condiciones lesivas para la empresa y los acreedores, con plazos excesivamente largos y que únicamente tenían como propósito afectar sus derechos. En todo caso, se deje en manos del juez de la insolvencia el determinar que contratos continuaran y cual no. Este efecto también se encuentra contemplado en el numeral 3 del artículo 38 de la Ley 1116⁸⁰.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 25 de febrero de 2000. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁷⁹ RODRÍGUES ESPITIA, Juan. “Nuevo Régimen (...)”. Óp., cit. 408.

⁸⁰ Artículo 38.- Los efectos que producirá la no presentación o no confirmación del acuerdo serán los siguientes: (...) 3. La culminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor

(v) La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.

Este efecto es también novedoso en el sistema concursal colombiano, y resalta el carácter especial de este derecho. Así, era frecuente antes de la entrada en vigencia de esta norma que resultase imposible suspender, pese a la situación de crisis de la empresa, los contratos de naturaleza laboral. Esta situación condujo a que el curso del proceso, pese a que no se desarrollara ninguna actividad dentro de la empresa, se mantuvieran los contratos de trabajo, dando lugar a erogaciones que aparte favorecían en exceso a los trabajadores y que se traducían en la imposibilidad para los demás acreedores de recibir un pago, pues los activos del deudor se destinaban a la atención de los gastos de administración. .

(vi) Disponer la remisión de una copia de la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial al Ministerio de la Protección Social, con el propósito de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales (*Infra*).

(vii) La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula correspondiente. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo se considerará sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor, responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelaciones de ley aplicables al concurso.

La fiduciaria entregará los bienes al liquidador dentro del plazo que el juez del proceso de liquidación judicial señale y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.

(viii) La interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor o contra sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación judicial.

La norma consagra un típico caso de interrupción civil, que implica que la prescripción de las obligaciones objeto del proceso de liquidación obligatoria quedará interrumpida con la sola

en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo autorización para continuar su ejecución, impartida por el juez del proceso (...)"

iniciación del proceso, sin que fuera necesario el cumplimiento de cargas adicionales⁸¹. Esta es una de las reglas tipo de los procesos concursales que se justifica por tener carácter universal e impedir el ejercicio del derecho de ejecución individual o separada, razón por la cual, el inicio debe generar los mismos efectos que las demandas promovidas por los acreedores⁸².

(ix) La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor. La apertura del proceso de liquidación judicial del deudor solidario no conllevará la exigibilidad de las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores.

Este supuesto encuentra su razón de ser en el carácter definitorio del proceso de liquidación, ya que no olvidemos que una de las consecuencias de este tipo de procesos concursales es poner fin a la persona jurídica deudora.

(x) La prevención a los deudores del concursado de que sólo pueden pagar al liquidador, advirtiendo la ineficacia del pago hecho a persona distinta.

Este efecto surge como consecuencia de la regla que establece que el liquidador asume la representación legal de la deudora. Por otra parte, respecto a la ineficacia del pago hecho a persona distinta del liquidador, es muy probable que aquí el legislador colombiano busque dejar de lado las consecuencias de una sanción como la nulidad, ya que conforme a la doctrina dominante la ineficacia no requiere declaración judicial previa.

(xi) La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decreta, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el Juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan.

Esta norma surge a raíz de una práctica común en Colombia. Resulta que los representantes legales disponían muchas veces de los activos de las empresas, haciendo pagos a favor de acreedores, o concertando arreglos de obligaciones después de haberse decretado la apertura del proceso de liquidación obligatoria y antes de que fueran notificados personalmente de la providencia respectiva, notificación que en ocasiones eludían con dicho propósito. Así, pues, estas operaciones eran defendidas con el argumento de que en ese momento los acreedores y los administradores no tenían conocimiento de la apertura del proceso y que tampoco el mismo había sido inscrito en el registro mercantil. Por eso, fue que frente a situaciones como ésta, se estableció la prohibición materia de análisis, la misma que opera a partir de la fecha de expedición de la providencia⁸³.

(xii) La remisión al Juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Con tal fin, el liquidador oficiará a los jueces de conocimiento respectivos. La continuación de los mismos por fuera de la actuación aquí descrita será nula, cuya declaratoria corresponderá al Juez del concurso.

Los procesos de ejecución incorporados al proceso de liquidación judicial, estarán sujetos a la suerte de este y deberán incorporarse antes del traslado para objeciones a los créditos.

⁸¹ Básicamente las referidas al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

⁸² *Cfr.* RODRÍGUES ESPITIA, Juan. "Nuevo Régimen (...)". Óp., cit. 410.

⁸³ Ídem. Pág. 413.

Cuando se remita un proceso de ejecución en el que no se hubiesen decidido en forma definitiva las excepciones de mérito propuestas estas serán consideradas objeciones y tramitadas como tales.

(xiii) La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

Mediante esta regla se busca reivindicar el carácter especial de los mecanismos concursales y pretende que el mismo no sea desconocido por otras normas concebidas para regular situaciones ordinarias.

Finalmente cabe añadir, que lo previsto en el artículo antes analizado no se aplicará respecto de cualquier tipo de acto o contrato que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o del exterior, ni respecto de patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión.

5 FUNCIONES DEL LIQUIDADOR⁸⁴

El proceso de liquidación judicial se iniciará principalmente por incumplimiento del acuerdo de reorganización. El liquidador procederá a actualizar los créditos reconocidos y graduados y el inventario de bienes en el acuerdo de reorganización y a incorporar los créditos calificados y graduados en el concordato, si fuere el caso, los derechos de votos y los créditos en el acuerdo de reorganización fallido y a realizar el inventario de bienes en estos dos últimos, desde la fecha del vencimiento de la obligación hasta la de inicio del proceso de liquidación judicial, en los términos previstos en la presente ley.

De haberse practicado diligencias de secuestro, el juez, previa remisión del proceso al liquidador, ordenará efectuar el relevo inmediato de los secuestres designados, ordenando para ello la entrega de los bienes al liquidador con la correspondiente obligación del secuestro de rendir cuentas comprobadas de su gestión ante el juez del proceso de liquidación judicial y para tal efecto presentará una relación de los bienes entregados en la diligencia de secuestro, indicando su estado y ubicación, así como una memoria detallada de las actividades realizadas durante el período de la vigencia de su cargo. Así mismo, el secuestro deberá consignar a órdenes del juez del proceso de liquidación judicial, en la cuenta de depósitos judiciales, los rendimientos obtenidos en la administración de los bienes.

En un plazo de dos meses contados a partir de la fecha en que quede en firme la calificación y graduación de créditos y el inventario de bienes del deudor, el liquidador procederá a enajenar los activos inventariados por un valor no inferior al del avalúo, en forma directa o acudiendo al sistema de subasta privada. Con relación a los dineros recibidos y los activos no enajenados, el liquidador tendrá un plazo máximo de treinta días para presentar al juez del concurso, el acuerdo de adjudicación al que hayan llegado los acreedores del deudor.

Los bienes no enajenados por el liquidador, serán adjudicados a los acreedores el liquidador, de manera inmediata, deberá informar al juez del concurso El liquidador, una vez ejecutadas las órdenes incluidas en el auto de adjudicación de bienes, respetando los plazos señalados en el artículo anterior, deberá presentar al juez del proceso de liquidación judicial una rendición de

⁸⁴ Cfr. CARBONELL O'BRIEN, Esteban. Óp., cit. Pág. 932.

cuentas finales de su gestión, donde incluirá una relación pormenorizada de los pagos efectuados, acompañada de las pruebas pertinentes.

Claro está, que “La libertad del liquidador en el desempeño de sus funciones para la culminación del proceso liquidatorio no lo eximen de las responsabilidades propias de su cargo”⁸⁵.

6 LOS PROCESOS PARACONCURSALES

En el sistema concursal colombiano existen unos procesos de naturaleza especial, que se suelen llamar procesos paraconcursoales, que son los procesos de intervención forzosa administrativa o toma de posesión para administrar y los procesos de intervención administrativa o toma de posesión para liquidar. A estos procesos están sujetos aquellos deudores que, por su especial naturaleza, involucran el interés general de la comunidad y, en consecuencia, la recuperación de sus negocios o su liquidación deben seguir un procedimiento particular, de manera que el interés general involucrado no se vea afectado⁸⁶.

⁸⁵ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-66812 del 30 de octubre del 2000.

⁸⁶ WILCHES-DURAN, Rafael. Óp., cit. Pág. 203.