

DESAFÍOS DEL TRATAMIENTO DE LA CRISIS EMPRESARIAL FRENTE A UN TLC¹

Fabio Andrés Bonilla Sanabria*

Sumario: Introducción. 1. Necesidad de una aproximación de los acuerdos bilaterales de comercio al tema de la crisis empresarial. A. Impacto en la economía domestica de la vigencia de los TLC. "Crisis domestica". B. La internacionalización de los negocios ocasionada por los TLC. "Crisis trasnacional". 2. Posibles respuestas de los ordenamientos internos. A. Actuaciones Administrativas y otras posibles soluciones. B. Desde el Derecho Concursal (Acuerdos trasnacionales). Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Son diversas las razones que pueden llevar a un Estado a firmar un TLC con otro Estado, entre otras podemos encontrar: la necesidad de diversificar sus exportaciones; encontrar un suplemento a la demanda interna de ciertos productos o, como es el caso de Perú y Colombia frente al TLC con EE.UU., compensar la perdida que para los productos nacionales implicaría la terminación de los beneficios unilaterales otorgados por el gobierno norteamericano mediante el ATPDEA²⁻³. En cualquier caso, estos

¹ Este trabajo fue presentado al Concurso Nacional de Estudiantes de Derecho Comercial y recibió la distinción del 3er lugar en el marco del XXII Congreso Colombiano de Derecho Comercial. Organizado por el Colegio de Abogados de Medellín y la Cámara de Comercio de Medellín, Octubre de 2006.

* Estudiante de 5to Año de Derecho, Monitor del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. fabio.bonilla@est.uexternado.edu.co.

² Ver ALVAREZ ZARATE, JOSÉ MANUEL. *ALCA y TLC con Estados Unidos: La agenda de negociación, sus costos y beneficios frente a los intereses nacionales*. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004.

³ Antes de terminar el periodo legislativo del año 2006, fue aprobado un proyecto de ley en el Congreso de los EE.UU., por medio del cual fueron prorrogadas por seis meses las preferencias arancelarias del ATPDEA que terminaban el 31 de Diciembre de 2006, esta extensión no obstante, puede ser prorrogada por seis meses adicionales, pero solo frente a los países con los cuales ya se tenga un TLC ratificado (En el estado actual del tramite de los Tratados, solo Perú y Colombia podrían optar por esta segunda prorroga). La extensión de esas preferencias arancelarias pretende evitar que, el período transcurrido entre el 1º de Enero del 2007 y la fecha en que entre en vigencia el tratado en los ordenes internos, se convierta en un período en el que los cambios en las condiciones arancelarias a que se verían expuestos los exportadores, afecte sus condiciones de producción y las ponga en situaciones competitivas difíciles.

acuerdos bilaterales son una realidad, más aún en el caso de Colombia, en donde a más de estar ad portas de entrar en vigencia el acuerdo suscrito con los EE.UU.⁴⁻⁵, ya se suscribió el acuerdo con el gobierno Chileno (quien a su vez ya negoció uno con EE.UU) y son conocidos los acercamientos con países de Centroamérica, la Comunidad Europea y cada vez con mayor intensidad con la República China.

Si bien es cierto que las implicaciones de un TLC frente al Derecho del Consumo son evidentes y que es allí donde se mostrarán muchas de sus ventajas económicas, también lo es que en el otro extremo de la cadena de producción se encuentran las empresas, que como agentes económicos van a experimentar de manera igualmente directa los efectos de este tipo de negociaciones, y que por lo anterior se pueden ver inmersos en situaciones de dificultad patrimonial.

1. NECESIDAD DE UNA APROXIMACIÓN DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE COMERCIO AL TEMA DE LA CRISIS EMPRESARIAL.

Los acuerdos bilaterales de comercio, cada vez más comunes entre los países, no son sino uno de los muchos instrumentos con que ahora cuentan los diferentes Estados en esa labor casi natural de inserción en los procesos económicos globales. Precisamente, constituyen una de las varias formas en que los Estados propenden por la integración económica⁶, ejemplos históricos los constituyen la CECA⁷ que se

⁴ Frente a la entrada en vigencia del TLC Colombia- EE.UU., el cambio en el panorama político generado por las elecciones del Congreso Norteamericano, ha generado incertidumbre frente a la pronta ratificación por parte de EE.UU. del tratado. Lo anterior, se debe de un lado, a las declaraciones de la nueva presidenta de la Cámara, Nancy Pelosi, quien en su discurso de posesión no presentó como prioridad del nuevo Congreso el estudio de los acuerdos ya negociados; de otro lado, el tema se torna aún más delicado cuando se tiene en cuenta que, según el asesor comercial de la nueva Congresista, los textos de los acuerdos podrían necesitar una revisión, lo cual implicaría una eventual re apertura de las mesas de negociación.

⁵ La Cámara de Comercio de los Estados Unidos, conciente de la situación política expuesta, ha manifestado su gran interés en aportar sus esfuerzos y trabajos en aras de conseguir una pronta ratificación de los acuerdos comerciales y ha incluso diseñado una estrategia de aproximación del Nuevo Congreso al tema, los TLC que han sido suscritos con Colombia, Perú, Corea y Malasia, son considerados como estratégicos en la labor de acoplamiento de la economía estadounidense a la economía global. Al respecto, ver Reporte Annual THE STATE OF AMERICAN BUSINESS 2007, United States Chamber of Commerce. Págs. 21 y ss. Disponible en www.uschamber.com.

⁶ De la misma forma encontramos las Zonas de Libre Comercio, las Áreas Específicas con preferencias Arancelarias, las Uniones Aduaneras y los Mercados Comunes entre otros. Al respecto ver CUBILLOS GARZON, CAMILO, "el problema de la integración económica en el campo societario: la experiencia europea". En Revista E-mercatoria, Volumen 5, No. 1. 2006. Págs.9 y ss.

organizó en torno a un producto estratégico en la época subsiguiente a la segunda guerra mundial; la Unión Europea como ideal máximo de integración política y económica; y a nivel regional y a menor escala, la CAN y el MERCOSUR con sus *particulares* desarrollos y expansiones.

En todo caso, y sin emitir un juicio de valor sobre la conveniencia que tiene para los países la suscripción de acuerdos bilaterales de comercio, los mismos lo que buscan primordialmente es una magnificación de las posibilidades de entablar relaciones comerciales y por lo mismo un enriquecimiento de las relaciones jurídico crediticias que de allí habrán de surgir.

Es precisamente por esas dinámicas de integración, que se evidencia la necesidad de regular de manera específica la crisis empresarial y la insolvencia transfronteriza en los ordenamientos jurídicos internos de los países parte en un TLC. A estos efectos, creemos que existen dos posibilidades: de un lado, (i) la regulación de este punto se puede hacer a través de una ley *interna* con una regulación particular o mediante la adopción de una ley modelo, y de otro lado, (ii) mediante la consagración de un capítulo específico dentro de las agendas bilaterales de negociación de los acuerdos de libre comercio en los que se trate el punto concreto. En el presente escrito haremos mención a las dos posiciones, haciendo de cualquier forma énfasis en la necesidad de adoptar una regulación de la materia ante el auge de los instrumentos que propenden por la integración económica.

Creemos que es importante que en el proceso de inserción a la economía global se incluya de manera explícita un conjunto de normas en materia de crisis empresarial, que se muestren como una solución tanto desde el derecho concursal como desde otros marcos (medidas administrativas de control previo, requisitos de funcionamiento, incentivos financieros), porque de esta manera y en lo que a la situación de crisis respecta, sería más fácil para los actores económicos determinar cual será su posición y cual el manejo que se le dará en cada uno de los diferentes ordenamientos, ante una eventual situación de crisis una vez entre en vigencia el tratado. Es más, el asunto llega a convertirse en un tema de seguridad jurídica, en la medida que los inversionistas y acreedores extranjeros muy seguramente no conocen la reglamentación del país en el que están invirtiendo o la reglamentación del país de

⁷ Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

donde es originario el deudor. También puede suceder que el acreedor se encuentre en dificultades para hacer efectivas las garantías reales otorgadas o en general de perseguir el patrimonio del deudor en caso de una posible ejecución. Estas eventualidades posiblemente implicarían la necesidad para los inversionistas y acreedores de contratar asesores legales, lo que si bien aumentaría la demanda de los servicios de los abogados, podría implicar ostensibles incrementos en los *costos de inversión*, que a su vez se convertirían en barreras al comercio que harían menos atractivo al país en términos de inversión extranjera.

Valga aclarar que con la idea que acá pretendemos desarrollar, no se trata de exponer una visión pesimista o negativa acerca de los alcances de los TLC como herramientas de integración económica, todo lo contrario, se pretende aportar elementos de juicio a la discusión, permitiendo la previsibilidad de ciertos factores de riesgo, que de ser detectados de manera anticipada, disminuirán la probabilidad de una crisis y permitirán un mayor provecho económico de los mercados.

a. Impacto en la economía domestica de la vigencia de los TLC. “Crisis domestica”.

Uno de los efectos naturales de un acuerdo bilateral de comercio es el de permitir que las empresas de los países negociadores puedan incursionar de manera menos regulada en el mercado del otro país. En el caso del TLC que ha sido suscrito entre los EE.UU. y Colombia⁸, precisamente éste fue uno de los objetivos, sin embargo, es preciso tener en cuenta un factor evidente, y es que por la diferencia entre la magnitud y la dinámica de las economías de estos países, no es apresurado prever en ciertos casos y en ciertos segmentos de mercado un mayor impacto de esta apertura; en ese sentido, es factible “anticipar posibles crisis empresariales”, que en la medida en que puedan resultar previsibles, podríamos entrar a solucionarlas con menores impactos económicos y consecencialmente sociales.

Es apenas natural, que tras la liberación de las barreras comerciales entre dos países se tenga que dar un *proceso de ajuste* del nuevo mercado que se ha visto amplificado,

⁸ Al respecto ver Estudios y Perspectivas, Serie 5: *Las negociaciones comerciales de Colombia; del Área de Libre Comercio de las Americas (ALCA) a un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos*. Oficina de la CEPAL, Juan Carlos Ramírez J. (editor), Bogota, abril de 2005.

y en donde a una escala mayor se van a ver aplicadas las rigurosas normas de competencia y de la economía, que exigirán de los agentes económicos un grado aún mayor de diligencia en el manejo de sus negocios. En este punto, se ha especulado sobre la relativa ventaja o desventaja en que se encontrarían los sectores agrícolas nacionales o la estructura empresarial nacional en general frente a sus equivalentes extranjeros, de modo que se pregunta ¿Cuáles podrían ser las soluciones que podrían tomarse para equilibrar esa balanza? Independiente de la respuesta a este interrogante, es necesario partir del reconocimiento de un impacto importante de este tipo de procesos de integración en la dinámica del mercado interno, que podría llevar a situaciones de incumplimiento y de cesación en los pagos de los agentes económicos.

b. La internacionalización de los negocios ocasionada por los TLC. “Crisis trasnacional”.

De otro lado, y ese sería otro de los efectos *necesarios* de un Tratado de Libre Comercio, en el entorno nacional encontraríamos con un mayor grado de probabilidad, la configuración de eventos en los que la situación de crisis no afecte sólo a una empresa que pertenezca exclusivamente al mercado interno, sino que debido a la masificación y ampliación de las posibilidades comerciales, se trate de una crisis que, por ejemplo, afecte a una empresa extranjera radicada en el país, o a una empresa nacional con importantes activos en el exterior, o que se trate de una empresa perteneciente a un grupo empresarial transnacional. En estos eventos, la crisis sin duda afecta tanto a la empresa como a todos aquellos que tengan relaciones comerciales con ella y que, según los diferentes grados de complejidad de las relaciones comerciales que esta haya establecido, se pueden encontrar en uno o varios países, sean estos de los que hayan negociado los acuerdos o se encuentren en otros países, *terceros* frente al acuerdo bilateral.

2. POSIBLES RESPUESTAS DE LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS DESDE EL DERECHO CONCURSAL Y POR FUERA DE EL.

¿Cuáles serían entonces las posibles soluciones que se podrían plantear frente a estas situaciones que sin duda han de rondar entre las preocupaciones de los agentes económicos vulnerables? Creemos que un intento de respuesta a la situación atrás

expuesta puede provenir de dos frentes: en primer lugar un conjunto de soluciones de tipo *preventivo* conformadas por actuaciones administrativas que sirvan de indicadores de alarma, y en segundo lugar, por una solución de tipo normativo en la materia específica de los concursos, que permita tener una base adecuada para el manejo de crisis que trasciendan las fronteras.

a. Actuaciones Administrativas y otras posibles soluciones.

En primer término, creemos que pueden servir de solución al problema planteado, los que se conocen como mecanismos administrativos de control⁹, en la medida que sean utilizados para realizar un *control previo* acerca del desempeño de las empresas¹⁰ nacionales, de modo que se obtengan unos indicadores de producción o de desempeño que permitan saber si estas empresas afrontan un riesgo razonable de entrar en una situación crisis patrimonial. Sin duda, este tipo de control es difícil y la información que en su ejercicio se manejaría lo haría incluso cuestionable, como quiera que determinar si una empresa ha llegado a un punto crítico sólo es posible con el conocimiento de información privilegiada que muchas veces es de importancia vital para las empresas, en la medida que puede constituirse en una ventaja competitiva.

No obstante lo anterior, las operaciones de control previo que exigen importantes datos de las empresas, no son algo exótico en nuestro ordenamiento, baste para corroborarlo, las normas que regulan el tema de las integraciones empresariales en materia de mercado, específicamente la reciente resolución No. 22195 de 2006 de la SIC¹¹, que no hace otra cosa que exigir un conjunto de información de las empresas para determinar si ante esta operación económica de integración, se producen efectos nocivos para el mercado; así entonces, permitiendo que ciertos sujetos puedan solicitar a las entidades administrativas la realización de este tipo de control previo, o permitiendo que este sea realizado por la misma entidad a su discreción, y en la

⁹ LOPEZ GARAVITO, Luis Fernando. *Lecciones de las crisis financieras: La experiencia Colombiana*. En Revista Con Texto, No. 2 Abril-Junio de 1998, Págs. 51-59.

¹⁰ Frente a este control previo, lo planteamos como posible solución pero no para todas las empresas que operen en el país, pues un control de ésta magnitud dejaría de ser operativo. Lo que proponemos es un *control previo selectivo*, en donde se estudie la situación de ciertas empresas que tengan la virtualidad de producir un mayor impacto en términos de mercado, en caso de verse abocadas a una situación de crisis.

¹¹ El texto de la circular se encuentra en pagina Web de la Superintendencia de Industria y Comercio www.sic.gov.co.

medida que sean utilizados ciertos indicadores de producción y/o desempeño, podría obtenerse un diagnóstico acerca de cual es el estado de la empresa en su mercado y ver si se encuentra ante un eventual punto de crisis económica. Es cierto que en el caso Colombiano, la Superintendencia de Sociedades ejerce dentro de sus funciones de inspección, vigilancia y control, una serie de facultades dentro de las que se incluye la posibilidad de pedir información, precisamente el ejercicio de estas facultades serviría de fundamento jurídico a esta entidad administrativa para obtener los elementos de juicio necesarios que le permitan saber el riesgo razonable en el que se pueda encontrar una empresa, riesgo consistente en enfrentar dificultades patrimoniales¹².

De otro lado y como segunda posible respuesta, nos parece que es importante mantener y fortalecer las exigencias que en materia de normas sobre Gobierno Corporativo se vienen haciendo en Colombia. Las practicas sobre el Buen Gobierno Corporativo, están precisamente encaminadas a mejorar el manejo que se hace de las empresas, estableciendo una serie de instrumentos como: códigos de conducta, órganos de control y seguimiento, el establecimiento de unas pautas de administración y unas metas de producción precisas, y un manejo de los eventos de conflicto de interés, que si bien es posible que dichas prácticas puedan hacer mucho más dispendioso el manejo de las empresa, conlleva la ventaja no despreciable, de hacer más competitiva la empresa logrando igualmente un manejo mucho más transparente de la misma. Y es que con la transparencia en el manejo de las empresas, se aumentan las posibilidades de detección de anomalías administrativas, malas practicas comerciales, operaciones patrimoniales riesgosas o que impliquen conflictos de intereses, facilitando la labor de los inversionistas sobre el control de sus inversiones, y de las autoridades administrativas sobre el funcionamiento de las empresas.

Adicionalmente, y en la medida en que el manejo adecuado de las empresas se convierta en una práctica permanente, la obtención de la información necesaria,

¹² Una vez se inicia un tramite concursal el deudor es obligado a suministrar toda la información que sea necesaria a efectos de cumplir la finalidad recuperatoria o liquidatoria que se pretenda. Sin embargo, esta información se obtiene en el marco del procedimiento concursal, la solución acá propuesta, implica la obtención de información de manera previa a la iniciación de estos tramites concursales, por eso encontramos su fundamento no en las finalidades propias del concurso sino en las facultades de inspección, vigilancia y control que por ley han sido otorgadas a la Superintendencia de Sociedades como órgano administrativo de control.

suficiente e idónea sobre el funcionamiento de la empresa, necesaria entre otros, en los tramites concursales, se facilita, lo que aumenta el espectro de posibles soluciones ante una crisis patrimonial.

Como vemos, la transparencia a la que contribuyen las prácticas de Gobierno Corporativo, trae entre sus beneficios, la fácil obtención de información por parte de las autoridades de inspección, vigilancia y control, pero además, facilitan un régimen de insolvencia claro, que otorgue estabilidad y confianza en la estructura empresarial nacional, lo que en últimas llevaría al cumplimiento de las demás finalidades concursales *tradicionales*: la protección del crédito, la conservación y recuperación de la empresa y de la fuente de empleo¹³.

En este punto, y producto de las anotaciones anteriores, proponemos que los Códigos de Buen Gobierno Corporativo se conviertan en un requisito obligatorio no solo al momento de aprobar los acuerdos de reestructuración, sino incluso que sean tenidos como obligatorios por mandato de la ley, si no para incursionar en cualquier mercado, por lo menos para hacerlo en aquellos sectores que se encuentren particularmente expuestos a la ampliación consecencial del mercado ocasionada por los acuerdos que en adelante suscriba Colombia¹⁴. Creemos que con la implementación obligatoria de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo en el sector empresarial colombiano, se podría, de un lado, contribuir en las metas de competitividad empresarial, y de otro, evitar aquellas situaciones de insolvencia derivadas precisamente de una inadecuada administración¹⁵.

Finalmente, nos parece que en materia de establecimientos de crédito se debe tener en cuenta la posición del profesor USTARIZ GONZALEZ, en el sentido de calificar de

¹³ Al respecto ver GUIA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE EL REGIMEN DE INSOLVENCIA. Naciones Unidas, Nueva York. 2006. El texto de la guía se encuentra en la pagina Web de la CNUDMI, www.cnudmi.org.

¹⁴ Para más información ver CLAVES DEL GOBIERNO CORPORATIVO. Centro Nacional de Gobierno Corporativo, CIPE y CONFECAMARAS, Bogota, 2006 y CORDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS, *El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (corporate governance)*, en La Empresa en el Siglo XXI, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005.

¹⁵ Baste para corroborar indiciariamente la anterior afirmación, el hecho de que la estructura societaria colombiana responde en una gran mayoría a esquemas societarios de familia, claro, sin que ello implique una generalización, ni el que sólo las empresas familiares se vean avocadas a situaciones de insolvencia.

mejor manera pero con un control más estricto según el SARC¹⁶ los créditos de las empresas que se encuentran en procesos concursales y de aquellas que habiendo celebrado ya un acuerdo, lo estén cumpliendo¹⁷. Consideramos que la implementación de practicas en esa dirección, se constituirían en un incentivo importante para las empresas que se encuentren cumpliendo los compromisos adquiridos en virtud de los procedimientos concursales, y que a la vez reflejan una medición del riesgo de cierto modo más realista, como quiera que si bien en principio la insolvencia aumenta el riesgo del crédito, el inicio, y más aún el cumplimiento de las medidas tendientes a superar la situación de insolvencia deben generar en el sector financiero una confianza acerca de la probabilidad de mantener la empresa y de recuperar el crédito.

Así las cosas, consideramos que los resultados de la implementación de las anteriores propuestas (especialmente las medidas de control previo y los códigos de buen Gobierno Corporativo), además de servir como un primer nivel de alarma, se constituyen en la fase inmediatamente anterior al tratamiento de la crisis de la empresa ya desde el ámbito del Derecho Concursal, pues si bien no son en si mismos presupuestos de que la empresa se encuentra ad portas o ante un evento de dificultad patrimonial, si podrían servir de indicios de que nos encontramos frente a una situación de esta naturaleza, evento que de ocurrir sí legitimará a los interesados para poder iniciar el respectivo proceso concursal.¹⁸ Con medidas como las del tercer tipo (facilidades crediticias según el cumplimiento de los acuerdos suscritos), creemos que se les da a las empresas un incentivo real para el cumplimiento de los acuerdos y una posibilidad tangible de recuperación.

¹⁶ El Sistema de Administración de Riesgo Crediticio califica los créditos obtenidos por un deudor según el cálculo que haga la entidad financiera sobre el riesgo de incumplimiento por parte de ese deudor. Es por tanto una herramienta de medición del riesgo crediticio como piedra angular del funcionamiento del sistema financiero.

¹⁷ USTARIZ GONZALEZ, Luis Humberto, *El rol del sistema financiero en los procesos de insolvencia*. En Memorias del SEMINARIO INTERNACIONAL DE INSOLVENCIA, INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y CONTRATACION PUBLICA. Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogota, Bogota D.C., 2006.

¹⁸ A nivel de Derecho Comparado, existen algunas legislaciones en las que si se tienen estos *indicios* como presupuestos para el inicio de procesos concursales, así ocurre por ejemplo en España y en Argentina. Para más información al respecto, ver GALVIS QUINTERO, DEISY. Presupuestos para Acudir a los Procedimientos Concursales en la Ley Argentina. Revista E-mercatoria Volumen 3 No. 1 de 2004. y LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO, artículo producto de la Línea de Investigación del Tratamiento de la Crisis Empresarial, del Grupo de Investigación de la Empresa y el Tratamiento de la Crisis Empresarial, del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. En prensa.

b. Desde el Derecho Concursal.

Creemos que por las características del Derecho de los Concursos, este puede ser tenido como una herramienta que permita ayudar en el acoplamiento económico que se presentaría con ocasión de la entrada en vigencia de un TLC. El anterior razonamiento se encuentra reforzado si tenemos en cuenta que dentro de los principios y características del Derecho Concursal se encuentra el denominado por el Profesor GARAGUSO¹⁹ como, *Fuerte dinamismo y Adaptación a la realidad*, que a su vez hace parte del *sometimiento del Derecho Concursal a la realidad económica*, en la medida que se trata de una rama del derecho encargada del estudio, análisis y en lo posible superación de la crisis empresarial, que está necesariamente imbuida por los cambios que se presentan en el mundo económico, que consulta en alto grado la realidad y las necesidades de las empresas y en donde además se encuentran involucradas otras ramas del Derecho (Laboral, Fiscal, Seguridad Social, Financiero). Por ello, se afirma que en el caso de no adaptarse esta rama a las exigencias del mundo empresarial y en la medida que sus normas tienen el carácter de orden público, a más de tornarse en obsoletas, lo que de ninguna forma contribuiría a la solución del problema, correrían el enorme riesgo de crear casos de crisis que si bien serían legalmente típicos, son materialmente inexistentes, lo que en últimas podría llevar incluso a un colapso del funcionamiento de la economía de un país.

Por esa dinámica de la que venimos hablando, sería mucho más efectivo un tratamiento de este tipo de situaciones desde el punto de vista de la comunidad internacional, es decir, lo ideal sería que se suscribieran tratados internacionales en materia concursal, como quiera que las posibles soluciones serían mucho más comprensivas de las diferentes experiencias nacionales, y serían a la vez soluciones alcanzadas en un marco internacional, marco en el que se vienen presentando crisis empresariales con implicaciones globales.

En ese sentido, son importantes los avances que se han alcanzado gracias a las labores emprendidas por las agencias de armonización como es el caso de la CNUDMI²⁰, organización que en 1997 expidió la denominada Ley Modelo sobre

¹⁹ GARAGUSO, HORACIO PABLO, *Fundamentos de Derecho Concursal*. Buenos Aires, Editorial AD-HOC.

²⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, por su sigla en Ingles.

Insolvencia Transfronteriza, que sin constituir un tratado en estricto sentido que obligue o vincule forzosamente a quienes la han adoptado, se constituye en un marco ineludible de referencia en la modernización y adaptación de las normas concursales al proceso de globalización de la economía.

La ley modelo de la CNUDMI constituye un cuerpo de disposiciones que tienen como objetivo facilitar la cooperación entre las autoridades encargadas de instruir los procesos concursales que se estén desarrollando simultáneamente en diferentes países, con lo que se busca dar un adecuado cumplimiento al principio de *Universalidad Objetiva*, en la medida que entrarían al concurso no solo los bienes que se tiene en un solo país sino la totalidad de los bienes del deudor²¹⁻²².

En el caso del TLC Colombia - EE.UU., no se incluyó dentro de la temática de las diferentes mesas el tema concursal, lo cual podría llevar a pensar que la práctica ha desvirtuado la utilidad del planteamiento acá propuesto y que más bien, se trata de tópicos ajenos a este tipo de acuerdos comerciales y que su regulación debe dejarse a cada orden interno. Por el contrario, creemos que tanto la situación fáctica expuesta en la primera parte del presente escrito, como el estado normativo de los dos países, corroboran la urgente necesidad de establecer de manera clara y precisa el tratamiento de las crisis que se presenten con ocasión del proceso de integración económica que se suscitará a raíz de la firma y puesta en ejecución del TLC, esto es,

²¹ Al respecto Ver, RODRIGUEZ ESPITIA, JUAN JOSE. *Los Principios rectores de la Ley 550 de 1999*. En La Empresa en el Siglo XXI, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005. Págs. 409 y ss.

²² Las medidas que se establecen en la ley modelo para conseguir estos objetivos son entre otras:

- El establecimiento y diferenciación entre un proceso concursal principal y uno no principal, según si se presenta en el *centro de interés principal* del empresario o tan solo en un *lugar de establecimiento*.
- El reconocimiento simplificado de procedimientos concursales extranjeros por parte del principal.
- La utilización de las facilidades de comunicación entre las diferentes autoridades para permitir que los sujetos intervinientes en un proceso sean reconocidos ágilmente en otro.
- El trato igualitario entre acreedores internos y extranjeros en cuanto a los efectos del procedimiento concursal.
- Las facilidades probatorias.

Al respecto ver CLIFT, Jenny. *UNCITRAL Model Law in Cross border insolvency*. En Memorias del SEMINARIO INTERNACIONAL DE INSOLVENCIA, INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y CONTRATACION PUBLICA. Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogota, Bogota D.C., 2006.

el tratamiento de la crisis empresarial con ocasión de los procesos de integración económica. Pero si ésta necesidad es entonces tan evidente la pregunta que surge a continuación sería, ¿porque no fue este uno de los temas de la mesa de negociación? Sin duda en la respuesta a este interrogante podríamos suponer un componente de respeto a la soberanía nacional, en el sentido de no involucrarse en el ámbito de configuración normativa-económica de cada uno de los países, pues se trata de un tema sensible que implicaría la adopción de normas de carácter imperativo.

No obstante, en este caso particular, el tema se maneja de una manera diferente, pues si bien no fue un asunto específico a tratar en las mesas de negociación, sí es un tema que se ha reformado de manera reciente en los EE.UU. y de manera mucho más reciente en nuestro país²³. Así las cosas, parecería que las dificultades en este punto no serán totalmente imprevisibles, en la medida que paralela y casi simultáneamente, los dos países han optado por la actualización de sus regímenes concursales, pues de un lado los EE.UU. aprobaron recientemente el Capítulo 15 de su Código de Insolvencia que se encuentra inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI; y de otro lado, tenemos que en Colombia el Congreso aprobó en tiempo *record*, la denominada ley “Por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, ley que tuvo como fundamento un proyecto elaborado por la Superintendencia de Sociedades en colaboración con la academia, en el que además de la reforma al régimen concursal vigente, se incluyeron disposiciones sobre eventos de insolvencia transfronteriza²⁴.

CONCLUSIONES

En éste orden de ideas consideramos que en el orden interno se pueden hacer unas sugerencias para resolver las situaciones de posible conflicto que hemos referenciado en éste escrito, y así, se podrían intentar medidas tales como:

- La implementación de mecanismos de control previo para ciertas empresas.

²³ Las dos modificaciones son una implementación del régimen de insolvencia contenido en la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de UNCITRAL.

²⁴ Al respecto ver Memorias del SEMINARIO INTERNACIONAL DE INSOLVENCIA, INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y CONTRATACION PUBLICA. Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogota, Bogota D.C., 2006.

REVIST@ e - Mercatoria
Sección de Actualidad Jurídica (2006)

- El establecimiento de los códigos de buen gobierno corporativo como un requisito incluso de existencia de las sociedades y,
- El otorgamiento de facilidades en materia de graduación del riesgo crediticio para ciertas empresas que demuestren una voluntad tangible de superación de su crisis.

De otro lado, en materia de las eventuales crisis externas, con gran acierto el Congreso y el Presidente aprobaron y sancionaron como ley el proyecto presentado por la Superintendencia de Sociedades²⁵ para reformar el régimen concursal, en la medida que la reforma no se limita a implementar de manera permanente las normas transitorias de la Ley 550 de 1999 o a retocar las suspendidas en la Ley 222 de 1995, se trata de una ley que pretende superar las dificultades practicas que presentan los presentes procesos de reestructuración y liquidación y que además pretende dar un marco normativo amplio, necesario y suficiente al tema de la insolvencia transfronteriza, marco del cual carecía el régimen jurídico colombiano.

En este sentido, considero que la recientemente aprobada ley 1116 de Diciembre 27 de 2006²⁶⁻²⁷ no solo se limita a cambiar la filosofía del régimen, esto es, no solo pretende proteger el crédito y de manera subsidiaria a la empresa y al empleo, sino que moderniza nuestro régimen de insolvencia, en la medida que acoge la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, y persigue como objetivos el crecimiento económico, la maximización del valor de los bienes, hacer efectiva la igualdad entre acreedores, la eficiencia en las soluciones, pero sobre todo establecer

²⁵ El texto del proyecto original puede ser consultado en la página Web de la Superintendencia de Sociedades www.supersociedades.gov.co.

²⁶ Debido al acelerado ritmo de trabajo del Congreso días antes de la terminación de la legislatura del año 2006, el trámite del proyecto de ley sobre insolvencia “Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, y que se encontraba radicado en el Senado bajo el número 207 de 2005 Senado y en la Cámara el No. 154/06, tuvo un gran movimiento en la época decembrina: El 1 de diciembre se presentó ponencia para último debate del proyecto de ley 207 de 2005 Senado, 154/06 de la Cámara. El 12 de diciembre fue aprobado en último debate en la Cámara de Representantes. El mismo 12 de diciembre se presentó el informe de la comisión de conciliación y el 27 de diciembre de 2006, recibió la sanción presidencial.

²⁷ La Ley 1116 de Diciembre 27 de 2006 “Por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 126 prorroga la aplicación general de la Ley 550 de 1999 por seis meses a partir de la promulgación de la Ley 1116/06, término en el que entrará en vigencia por disposición del mismo artículo el contenido normativo de la nueva ley.

REVIST@ e - Mercatoria
Sección de Actualidad Jurídica (2006)

un régimen de insolvencia en Colombia que sea a la vez claro y confiable de modo que inspire confianza y dé seguridad jurídica a los agentes económicos.

Con el abandono de la naturaleza contractual de los acuerdos de reestructuración, y la vuelta al concurso recuperatorio como un proceso judicial,

De la misma forma, considero un gran avance, la consagración normativa en la Ley 1116 de 2006, de un capítulo en el cual se especifiquen cuales son los principios aplicables al nuevo régimen de insolvencia, pues de esta forma, deja de ser una labor de interpretación y de consagración doctrinal, para convertirse en disposiciones normativas con definiciones más o menos abiertas que se imponen al operador jurídico, en todo caso, vienen a ser las mismas que se venían manejando bajo la Ley 550 de 1999, claro, con unas adiciones acordes con la nueva vocación transfronteriza que trae el nuevo régimen.