

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL REGIMEN DE INSOLVENCIA

Saúl Sotomonte Sotomonte¹

Introducción.

No obstante que los sistemas concursales por su propia naturaleza contienen todo un desarrollo de carácter procedimental, a su vez también se ocupan de algunos aspectos de orden sustantivo, los que no siempre son tratados con el rigor requerido como ha sido el caso del nuevo régimen Colombiano, y de lo cual nos ocuparemos en esta presentación.

En la materia Colombia se inició con el régimen de la quiebra heredado del sistema español el cual, al igual de lo que aconteció en otras latitudes no cumplió su cometido, y antes por el contrario, llevó a los mismos acreedores a desestimular su apertura. Quizá ello se debió a que la institución nació como un instrumento de protección de intereses individuales y de clase, y ésta desapareció con la generalización de la actividad comercial.

Mediante el decreto 2264 de 1.969, posteriormente incorporado al código de comercio de 1.971, el sistema se reorganizó. De una parte se reprodujo el fallido régimen de la quiebra, y de otra se actualizó trayendo el sistema de los concordatos preventivos de la misma, pero se modernizó ubicándose a la vanguardia con el llamado concordato preventivo obligatorio, el cual introdujo dos aspectos novedosos en el contexto internacional. Se estableció el trámite obligatorio para las empresas más representativas para la economía nacional dado su nivel de endeudamiento, y la generación de empleo a su cargo, y a su vez que el mismo se adelantara no ante el juez, sino en la Superintendencia de Sociedades, entidad de carácter administrativo.

Entre los años 1.982 y 1.986 la organización empresarial del país sufrió una crisis de alcance estructural, ocasión en la cual se puso a prueba el sistema concursal vigente para la época, oportunidad que permitió verificar que estos estatutos no estaban previstos para la solución de crisis de ese orden y que lo que debía buscarse era un mecanismo de solución ágil y que facilitara a las empresas en dificultades, el acceso a nuevos recursos de capital sin mayores complicaciones. Fue así como la Superintendencia Bancaria de entonces facilitó que el sector financiero llegara a acuerdos privados con sus deudores, y la Junta Monetaria los apalancó creando a cargo del Fondo de Recuperación Empresarial que se creó con tal fin en el Banco de

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Derecho Comercial de la Universidad de París. Autor de Varias Publicaciones sobre la materia. Director del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la materia en la misma Universidad. Presidente de la Comisión Redactora del Régimen Concursal 1994-1995. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Abogado Consultor.

REVIST@ e - Mercatoria
Sección de Actualidad Jurídica (2008)

la República, líneas transitorias de crédito a bajo costo, con las cuales se sustituyeron los pasivos de mayores dificultades. Con este mecanismo privado en un lapso de diez meses se recuperaron más empresas que con los quince años de trámites institucionales vividos hasta ese momento.

Sin tener en cuenta las bondades del sistema del código de comercio, más debido a su desconocimiento, de inmediato se abrió el debate nacional en torno al mismo. Como consecuencia de lo planteado apareció el improvisado decreto 350 de 1.989, con el cual se hicieron algunas reformas, las que en medio de su insustancialidad aportaron la idea de la llamada Audiencia Preliminar, la que fue muy útil, ya que permitió que las partes iniciando el trámite concordatario, antes de proceder a la calificación y graduación de créditos por parte del funcionario, definieran lo relativo a la objeción de créditos, a la aceptación de créditos extemporáneos y convinieran fórmula concordataria.

Dentro del permanente ambiente de reformas y decantados mucho más el conocimiento y la experiencia en la materia, en 1.995 se expidió la ley 222, la que además de introducir algunos cambios en el régimen societario, se ocupó de prioridad en reformar el concursal haciendo algunos ajustes al sistema concordatario y bajo el supuesto de que lo único interesante de la quiebra era la liquidación de unos posibles activos, la sustituyó por la llamada Liquidación Obligatoria.

En 1.999 bajo la preocupación del gobierno por establecer algún mecanismo similar para que los entes territoriales pudieran darle salida a su alto nivel de endeudamiento, se preparó un proyecto, el que después se convirtió en la ley 550 de 1.999, con la cual no solamente buscaron atender la situación de dichos entes públicos, sino que con la denominación de Régimen de Reestructuración Empresarial o Económica, lo hicieron aplicable de manera transitoria al sector privado, suspendiendo así en lo pertinente la vigencia del régimen concordatario de La ley 222 de 1.995, dejando vigente el de la liquidación obligatoria.

Como siempre, ante el desenfoque del régimen transitorio el país propugnó por una gran reforma, lo que trajo como consecuencia la Ley 1116 de 2.006, llamada de Insolvencia, estatuto que a pesar de su buena intención y de sus posibles logros, no solamente no corrigió los desaciertos de los regímenes anteriores, sino que como habrá de verse los aumentó.

Con el nuevo estatuto queda la sensación de que en su preparación no se tuvo en cuenta la tradición jurídico-institucional del país y que tan sólo se trabajó de manera coyuntural y casuística para los operadores del sistema a costa de la verdadera protección de su organización empresarial, la que necesariamente comporta la de sus actores como son los inversionistas, los terceros, especialmente los trabajadores, y el propio Estado. Se olvidaron de que en lo instrumental el objetivo del estatuto concursal ha de ser la celeridad, la protección de las partes y el fácil acceso a nuevos recursos.

Como la parte puramente procedimental habrá de ser tratada por expertos en la materia, nosotros nos ocuparemos tan sólo de algunos aspectos sustanciales.

I. La Constitucionalidad del nuevo régimen.

Consecuentes con la consagración que como Estado Social de derecho se hizo en la carta política de 1.991, además de reproducir el principio vigente desde 1.936 según el cual " la propiedad es una función social que implica obligaciones " , en 1.991 se avanzó mucho más al establecer que " la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones²

Los importantes presupuestos nos permiten afirmar que el llamado Régimen de Insolvencia ha debido tener por sobre todo en su finalidad primordial y en su instrumentación la protección de la organización empresarial. De una parte el referido mandato constitucional según el cual la empresa tiene una función social y de otra, la

1. Constitución Política de Colombia:

Art.-1: *"(1) Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que integran y en prevalencia del interés general".*

Art. 58.- *"Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglos a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio".

Art 333.- *" La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. EL Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación"

evolución de los intereses por proteger con los mecanismos concursales, los cuales se iniciaron con la protección de intereses individuales y de clase con la quiebra, pasando por la protección del crédito en las diversas formas concordatarias para concluir que protegiendo a la organización empresarial se protege a todos los agentes allí involucrados como son los inversionistas, los acreedores, los trabajadores, el propio Estado y los consumidores.

Si el nuevo régimen no cumple con esos postulados quiere decir que no solamente desconoce la evolución del sistema, sino que atenta contra el sentido finalista de la carta política como es el cumplimiento de una función social por parte de la empresa. Para que el mandato constitucional sea una realidad, se requiere que la empresa exista, lo que supone su protección.

De la manera como se ha instrumentado la apertura del trámite de insolvencia en procura de la recuperación empresarial, se deduce que lo que se pretende es evitar al máximo el acceso al mecanismo, quizá pretendiendo concluir que entre menos empresas lleguen allí, más saludable ha de ser el estado de la economía.

El análisis de los requisitos para el inicio del proceso de reorganización indica que el legislador no fue cuidadoso en el armonizar la nueva normatividad con el espíritu de la Constitución Nacional y con la filosofía de la moderna concepción en materia concursal, de la cual Colombia en su momento fue pionera (Decreto 2264 de 1969). Lo que se demuestra por lo siguiente:

➤ **A. Presupuestos de admisibilidad.**

- a. En el artículo 9° de la ley se toman como supuestos el desueto concepto de la cesación en los pagos y la llamada incapacidad de pago inminente.³

³ **Ley 116 /06.**: Art. 9:- “Supuestos de admisibilidad. 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:

1. Cesación de pagos. 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 mas acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga o 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 establecimiento para el efecto en la presente ley.

2. 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.

Parag.: En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas”.

Precisamente en la evolución doctrinaria se abandonó la idea de la cesación en los pagos en razón a que ésta respondía fundamentalmente a la preocupación de atender intereses individuales o de clase y con un alcance coyuntural como aconteció con la quiebra, y si lo que se tiene en cuenta es lo segundo. La incapacidad de pago inminente. Querría decir que los correctivos serían tardíos porque la incapacidad de pago sería inminente y ahí si se haría honor a la desacertada nominación del nuevo régimen como el de LA INSOLVENCIA, la que se traduce en “la incapacidad de pagar una deuda”.⁴

Se debe preguntar quién, cómo y con qué criterio se establece la incapacidad de pago inminente. Frente a la real o eventual crisis de la empresa éstos terminan siendo exigencias inocuas y carentes de toda lógica.

El párrafo del artículo 9º de la ley establece que cuando la solicitud se presente por los acreedores éstos deben presentar la prueba de la incapacidad de pago inminente. Carece de toda lógica la exigencia. ¿Cómo pueden los acreedores demostrar algo que es del resorte y podría decirse de la privacidad del deudor? En realidad lo que allí se plantea es la negación del derecho que se ofrece a los acreedores para solicitar la apertura del trámite.

La experiencia nacional e internacional y la de la vida diaria enseñan 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. Esa fue una de las razones por las que la quiebra fue fallida. A ella se llegaba cuando ya no existían bienes para pagar ni una actividad económica por proteger.

➤ B. Supuestos del trámite.

En el artículo 10 desconociendo la técnica jurídico-mercantil y sin tener en cuenta la verdadera filosofía del sistema se establecen los llamados presupuestos de admisión.⁵

⁴ **INSOLVENCIA:** _ “Falta de solvencia, Incapacidad de pagar una deuda. Diccionario de la Lengua Española Espasa” .XXII edición .1981

⁵ **Art. 10** “Otros presupuestos de admisión. La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse, acompañada de los documentos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

-No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.

-Estar cumpliendo con las obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio, cuando sea el caso. Las personas jurídicas no comerciantes deberán estar registradas frente a la autoridad competente.

-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.

- a. Para acceder a la apertura del trámite se exige que se hayan subsanado las causales de disolución cuando a ello hubiere lugar. Es decir, que la sociedad no se encuentre en estado de liquidación. Por qué razón, si la ley en su artículo 63 permite que la liquidación judicial allí regulada termine por un acuerdo de reorganización, el cual supondría el renacer de la misma sociedad. Si ello es posible ante un trámite judicial, con mayor razón se debe posibilitar el acuerdo de reorganización aunque la sociedad se halle en estado de liquidación privada.
- b. Se exige también que se esté cumpliendo con las obligaciones de comerciante. Acontece que en estricto sentido las únicas obligaciones que podrían aparecer para el caso serían las correspondientes a sus relaciones contractuales. Se supone que la norma se refiere es al cumplimiento de los deberes que la ley impone a los comerciantes como son el de la matrícula mercantil, el de la contabilidad regular de los negocios, el de la conservación de libros y papeles relacionados con los negocios y el de abstenerse de realizar actos de competencia desleal. Creeríamos que se ocupa tan sólo de lo relativo a la matrícula y a la contabilidad, pero de la redacción de la norma se podría deducir que incluye todos los deberes, lo que haría mucho más protuberante el desacierto.

Es innegable, que se debe sancionar el incumplimiento de los deberes del comerciante, pero ese no es el camino para lograrlo. Para ello existe la posibilidad de remover a los administradores, de sancionarlos hasta desde el punto de vista penal. No es posible que por las fallas de los administradores se impida la recuperación de una empresa generadora de riqueza y empleo, máxime si se ha tenido la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Sociedades, entidad encargada entre otras cosas de que en el manejo de las sociedades comerciales se cumpla con todas las exigencias legales.

- c. Otra de las exigencias es la de que se esté al día en el pago de las mesadas pensionales. En este sentido es loable el requisito. Sin embargo, cuando las dificultades agobian la liquidez del empresario, se impone el trámite de reorganización, precisamente para que el pago de tales conceptos se haga posible.

Además, con el sistema vigente cada año los empleadores deben trasladar a los Fondos de Pensiones lo correspondiente. Cuando no se cumple con esta exigencia es porque la situación es crítica y por consiguiente se requiere un tratamiento especial,

-No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuaciones a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Parad: *Las obligaciones por los conceptos indicados en los numerales 3 y 4 del presente artículo, causadas durante el proceso, o las facilidades celebradas con las respectivas entidades responsables sobre tales conceptos con anterioridad a la apertura del proceso concursal que haya suscrito el deudor para con el presupuesto para acceder al mismo, serán pagadas de preferencia, inclusive sobre los demás gastos de administración”.*

no solamente de sanción a los administradores cuestionados, sino de ayuda a la empresa en dificultades.

- d. Se requiere también que no se tengan a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio a favor de las autoridades fiscales o por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Abstracción hecha de los casos en donde ha habido un proceder doloso de parte de los empresarios y que debe ser sancionado como en efecto lo contempla la ley penal, ante las dificultades en la consecución de capital de trabajo, en muchos casos los administradores tienen que recurrir a tales conceptos, lo que indudablemente empeora su situación, lo que no deja de ser una realidad nacional que debe ser atendida y cuya solución no puede consistir en impedir que las empresas puedan llegar a un plan de reorganización para así poder atender el pago de la totalidad de sus pasivos.

Todo estatuto legal debe tener en cuenta la realidad nacional, y en esta materia la experiencia enseña que la mayor parte de las empresas que se acogen al régimen concursal vigente en cada momento, tienen dificultades por tales conceptos. No se trata de que para salvar la empresa se deba facilitar el incumplimiento de la normatividad fiscal, sino todo lo contrario. Que sin perjuicio de la sanción a los administradores, se procure la recuperación de la empresa y por ende el pago de las obligaciones a cargo.

No se puede esperar que la empresa cumpla con la función social que le adscribe la Constitución Nacional si no se le protege, y la forma de lograrlo es ayudándola en sus dificultades. Entre otras razones, si al Estado colombiano le corresponde la conducción del proceso económico, obvio ha de ser que deba tener participación en la solución de los problemas que este comporta.

Se podría pensar que con el planteamiento aquí esbozado se está buscando que se pase por alto el cumplimiento de la normatividad en cuanto a los deberes del comerciante, de la tributación y de la Seguridad Social. Todo lo contrario. Lo que se quiere es que sin afectar la posible recuperación de la empresa, se de cumplimiento a las leyes en esas materias, y para ello se dispone de las debidas herramientas en cada caso.

La constitución política de Colombia desde 1.936 introdujo el postulado según el cual la propiedad privada era una función social que implica obligaciones. Sin embargo; siempre nos hemos preguntado cuál es su alcance. ¿Será que ello es posible tan sólo por la vía de la expropiación? ¿Cómo más? Con la reforma de 1.991 no solamente se mantuvo dicho principio sino se fue más allá y de manera afortunada se consagró la función social por parte de la empresa. Este sí es un concepto dinámico, en movimiento, ya que la misma es el centro de gravedad de la economía en el mundo actual. Hasta el punto de que para reconocer la importancia de la organización de los factores de producción, capital y trabajo como es la empresa, la idea de la titularidad de la propiedad privada pasa a un segundo plano. Por la misma razón se le quiere también como persona jurídica.

II. Las funciones de la Superintendencia de Sociedades.

Con la idea de que existiera una entidad de policía administrativa que inspeccionara, vigilara y controlara las sociedades anónimas del sector comercial e industrial, se creó en 1.931 la Superintendencia de Sociedades anónimas, hoy de Sociedades, entidad que empezó a operar a partir de 1.939 y que en sus primeros treinta años de funcionamiento, aparte de importantes aportes en materia contable y en lo atinente a la doctrina mercantil, sus logros no tuvieron mayor relevancia.

Fue tan sólo a partir de 1.969 cuando con ocasión de la expedición del decreto 2264 de dicho año, que se fortaleció la entidad y se le dotó de competencia para tramitar la novísima figura de los Concordatos Preventivos Obligatorios, atribución que ha mantenido no obstante las desarticuladas reformas que en la materia se han dado.

En un comienzo se suscitó una gran polémica en torno a la facultad que se le daba a la entidad para calificar y graduar los créditos, así como para aprobar el acuerdo concordatario, debate que la Corte Suprema de Justicia de entonces dentro de las facultades de control constitucional que le correspondían, se inclinó por la constitucionalidad del sistema por considerarlo de manera inusitada una función más de las facultades de inspección, vigilancia y control adscritas a la entidad.

Respecto de las facultades de inspección, vigilancia y control de la entidad nunca hubo claridad, fue tan sólo en 1.992 cuando el gobierno de turno, dentro de la idea de reducir la acción del Estado reestructuró mediante el Decreto 2155 la entidad, con dos logros muy importantes. Se dio claridad a los conceptos de inspección, vigilancia y control, y en el tema concordatario se creó la etapa pre-concursal, buscando así que las empresas en dificultades pudieran llegar a un acuerdo de recuperación sin necesidad de tener que recurrir a todo el trámite institucional. Opción que desapareció con la ley 222 de 1.995 pero que de hecho la entidad la venía cumpliendo hasta el apareamiento de la ley 550 de 1.999 llamada de reestructuración económica.

Se puede afirmar que a partir del decreto 2264 de 1.969 hasta la ley 550 de 1.999, en la materia concursal la Superintendencia de Sociedades cumplió bien en lo posible tres importantes funciones como fueron el llamamiento de oficio al trámite concursal sin condicionamiento alguno, la calificación y graduación de los créditos y la aprobación del acuerdo concordatario. Afirmación que en nada pretende desconocer los problemas que el trámite tenía y que aún sigue padeciendo, ya que no obstante sus reformas el régimen concursal adolece de falta de celeridad y carece de fuentes de recursos frescos y económicos que permitan apalancar a las empresas en dificultades. Lo que se corroboró en 1.985 con el estímulo financiero a los acuerdos privados.

Mediante la ley 550 de 1.999 pretendiendo según se afirmó, quitarle el carácter judicial el trámite, y abocando al Estado a la más absoluta irresponsabilidad se estableció que la calificación y graduación de los crédito fuera hecha por un particular y además que la entidad se ocupara de la legalidad del acuerdo de reestructuración tan sólo en el caso de que algún interesado lo impugnara.

No se entiende cómo se pretendió que la atribución exclusiva del Estado como es la de administrar justicia mediante la calificación y graduación de los créditos, quedara en manos de particulares, máxime que esta era una función que venía siendo cumplida a cabalidad. Quizá se pensó que de esta manera el Estado y sus funcionarios no podían ser responsabilizados por sus fallas. Pretensión no válida porque de todas maneras la entidad y sus funcionarios deben responder en cuanto tiene la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales.

Antes que terminar con las buenas experiencias se han debido retomar para fortalecer mucho más la acción de la entidad como sala de cuidados intensivos del sector empresarial.

Con el régimen de insolvencia de la ley 1116 de l.006 no solamente se reprodujeron los problemas del sistema anterior sino que se acrecentaron. Se debilitó aún más el trabajo de la Superintendencia de sociedades por lo siguiente:

➤ **A. La apertura del trámite de insolvencia.**⁶

En el artículo 15 de la ley se establecen los supuestos eventos de apertura oficiosa del trámite por parte de la Superintendencia de Sociedades. Sin embargo un detenido análisis de la situación permite concluir que en estricto sentido no existe tal oficiosidad, todo lo contrario. Así como la misma ley condiciona el inicio del proceso a petición del deudor o de los acreedores, en este caso la posibilidad de que la entidad lo haga de manera oficiosa está condicionada a que se dé el presupuesto de la cesación en los pagos, sin tener en cuenta la representatividad que la empresa tenga en la generación de riqueza y de empleo.

No ha sido usual en el mundo que una entidad especializada ejerza la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, y menos que a ella se le adscriba el manejo de los trámites concursales. Sin embargo, la experiencia colombiana en este sentido ha sido positiva, y no obstante las dificultades que se han tenido, los

⁶ **Art. 15.-** *“Inicio de Oficio. La Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización en los siguientes eventos:*

-Cuando una sociedad comercial sometida a su vigilancia o control incurra en la cesación de pagos en la presente ley

-Como consecuencia de la solicitud expresa de otra autoridad que adelante funciones de inspección y vigilancia de empresas, cuando se cumpla el supuesto de cesación de pagos previsto en esta ley.

-Cuando con ocasión del proceso de insolvencia de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado, la situación económica de la sociedad matriz o controlante, filial o subsidiaria, o de otro patrimonio autónomo, provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas.

Parag:1_ *El Juez Civil del Círculo podrá iniciar de manera oficiosa el proceso de reorganización en el evento establecido en el numeral 2 del presente artículo.*

Parag:2. *Para la iniciación oficiosa del proceso de reorganización, el juez del Concurso requerirá al deudor en los términos establecido por el artículo de la presente ley. “.*

resultados han sido estimulantes, especialmente cuando la Constitución política en su artículo 116 prevé de manera expresa la posibilidad de que de manera excepcional a entes administrativos se le adscriban funciones jurisdiccionales, superando así el amplio debate que en 1.969 se suscitó cuando se le adscribió a la Superintendencia de sociedades el trámite del concordato preventivo obligatorio.⁷

Son tres los actores que deben tener conocimiento de los problemas originados en el endeudamiento. Estos son: Los administradores de la deudora, sus acreedores y el Estado a través de la inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Sociedades. Si el conocimiento de la situación no le permite de manera amplia proceder de oficio a la apertura del trámite de insolvencia, la entidad pierde su razón de ser.

Esta nueva competencia junto con la obligatoriedad de abrir el trámite concordatario para las empresas más representativas por su nivel de endeudamiento y por la generación de empleo, fueron en su momento las dos grandes reivindicaciones que pusieron a la vanguardia al sistema concursal colombiano, sin que ello quisiera decir que para las demás empresas no existiera opción alguna, ya que para éstas se daba el trámite voluntario ante juez.

Con el condicionamiento de la apertura del trámite de manera oficiosa por parte de la Superintendencia de Sociedades no solamente se están dejando de lado las dos importantes reivindicaciones antes anotadas, sino que también se está imposibilitando el ejercicio del control establecido en el artículo 85 de la ley 222 de 1.995, conforme al cual ante las dificultades en el nivel de endeudamiento la entidad puede pedir explicaciones, exigir planes de reestructuración e inclusive llamar a proceso concursal.⁸

⁷ **Art. 116** de la Constitución Política :-

“La corte Constitucional, La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura , la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁸ **Art. 85** se la Ley 222/95.

“El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

Por su propia naturaleza la entidad cumple funciones policivas de carácter preventivo, con las cuales se debe buscar que las empresas no desaparezcan como consecuencia de sus problemas de endeudamiento.

➤ **B. La calificación y graduación de los créditos.**

La normatividad civil se encarga de establecer la prelación de créditos, pero es al Estado a quien a través de la jurisdicción le corresponde con fundamento en la misma normatividad pronunciarse sobre su calificación y graduación cuando ello sea necesario. Es por lo tanto una función privativa, propia de la administración de justicia que no puede ser delegada en quien no ostente la calidad de juez. Sin embargo; desde la ley 550 de 1.999 en la materia concursal se trasladó esa competencia a particulares como son los llamados Promotores. Situación que con la ley 1116 de 2.006 en lugar de ser enmendada se mantuvo.

Se debe tener en cuenta que en la materia concursal el Estado se debe pronunciar en tres momentos fundamentales: La apertura del trámite, la calificación y graduación de créditos y la aprobación del acuerdo de reorganización.⁹

En ejercicio de control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. *Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.*
2. *Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.*
3. *Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.*
4. *Ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.*
5. *Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la Suspensión de los mismos.*
6. *Efectuare visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen de ellas.*
7. *Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.*
8. *Aprobar el avalúo de los aportes en especie.*

Parag: *Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exoneradas de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario”.*

⁹ Artículo 13. *“Solicitud de Admisión. 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:*

1. *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.*
2. *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.*

Además de imponerle al particular la obligación de presentar su propia versión de la calificación y graduación de créditos sin determinar su alcance probatorio, le impone al

3. 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.

4. Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia.

5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones.

6. 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.

7. 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

Parag: 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”.

Art. 14. “Admisión o rechazo de la solicitud de inicio del proceso. Recibida la solicitud de inicio de un proceso de reorganización, el juez del concurso verificará el cumplimiento de los supuestos y requisitos legales necesarios para su presentación y trámite, y si está ajustada a la ley, la aceptará dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación.

Si falta información exigida, el Juez del Concurso requerirá mediante oficio al solicitante para que, dentro de los diez (10) días siguientes, complete lo que haga falta o rinda las explicaciones a que haya lugar. Este requerimiento interrumpirá los términos para que las autoridades competentes decidan. Desde la fecha en que el interesado aporte nuevos documentos e informaciones para satisfacer el requerimiento, comenzarán a correr otra vez los términos.

Cuando el requerimiento no sea respondido oportunamente o la respuesta no contenga las informaciones o explicaciones pedidas, será rechazada la solicitud.

Si la solicitud es presentada por acreedores la autoridad competente requerirá al deudor para que, dentro de los treinta (30) días siguientes presente los documentos exigidos en la ley.

Si la información allegada por el deudor no cumple dichos requisitos se le requerirá para que dentro de los diez (10) días siguientes los allegue al proceso. Si este requerimiento no se cumple, se ordenará la apertura del proceso de liquidación judicial u ordenará la remoción inmediata de los administradores”.

Artículo 24.” Calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Para el desarrollo del proceso, el deudor deberá allegar con destino al promotor un proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, en el cual estén detalladas claramente las obligaciones y los acreedores de las mismas, debidamente clasificados para el caso de los créditos, en los términos del Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen o adicionen.

promotor no obstante ser un particular, el deber de sustituirlo en tan importante función.¹⁰

¹⁰ **Art. 19.**” Inicio del proceso de reorganización. La providencia que decreta el inicio del proceso de reorganización deberá, comprender los siguientes aspectos:

1. Establecer la fecha de la audiencia pública para realizar el sorteo de designación del promotor. Una vez designado el promotor, el juez del concurso pondrá a su disposición la totalidad de los documentos aportados con la solicitud de admisión al trámite.

2. Ordenar la inscripción del auto de inicio del proceso de reorganización en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio del deudor y de sus sucursales o en el registro que haga sus veces.

3. Ordenar al promotor designado, que con base en la información aportada por el deudor y demás documentos y elementos de prueba que aporten los interesados, presente el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, incluyendo aquellas acreencias causadas entre la fecha de corte presentada con la solicitud de admisión al proceso y la fecha de inicio del proceso, so pena de remoción, dentro del plazo asignado por el juez del concurso, el cual no podrá ser inferior a veinte (20) días ni superior a dos (2) meses.

4. Disponer el traslado por el término de diez (10) días, a partir del vencimiento del término anterior, del estado del inventario de los bienes del deudor, presentado con la solicitud de inicio del proceso, y del proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto mencionada en el anterior numeral, con el fin de que los acreedores puedan objetarlos.

5. Ordenar al deudor, a sus administradores, o vocero, según corresponda, mantener a disposición de los acreedores, en su página electrónica, si la tiene, y en la de la Superintendencia de Sociedades, o por cualquier otro medio idóneo que cumpla igual propósito, dentro de los diez (10) primeros días de cada trimestre, a partir del inicio de la negociación, los estados financieros básicos actualizados, y la información relevante para evaluar la situación del deudor y llevar a cabo la negociación, así como el estado actual del proceso de reorganización, so pena de la imposición de multas.

6. Prevenir al deudor que, sin autorización del juez del concurso, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni adoptar reformas estatutarias tratándose de personas jurídicas.

7. Decretar, cuando lo considere necesario, medidas cautelares sobre los bienes del deudor y ordenar, en todo caso, la inscripción en el registro competente la providencia de inicio del proceso de reorganización, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.

8. Ordenar al deudor y al promotor, la fijación de un aviso que informe sobre el inicio del proceso, en la sede y sucursales del deudor.

9. Ordenar a los administradores del deudor y al promotor que, a través de los medios que estimen idóneos en cada caso, efectivamente informen a todos los acreedores la fecha de inicio del proceso de reorganización, transcribiendo el aviso que informe acerca del inicio expedido por la autoridad competente, incluyendo a los jueces que tramiten procesos de ejecución y restitución. En todo caso, deberá acreditar ante el juez del concurso el cumplimiento de lo anterior y siempre los gastos serán a cargo del deudor.

10. Disponer 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 la vigilancia o control del deudor, para lo de su competencia.

El nuevo estatuto omitiendo indicar que el juez del concurso calificará, graduará y reconocerá los créditos tal como lo indica la técnica jurídica, se refiere en un aparte a que “reconocerá los créditos”, y en otro a que “declarará aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos, así como los derechos de voto.” Lo así planteado permite preguntar cuál es su alcance y hasta donde llega la protección de los interesados. ¿Será que de esta manera es como el Estado debe cumplir su primordial función en la administración de justicia?

A lo largo de los artículos 13,14, 18, 19, 24, 26, 29 y 30 la ley se ocupa de lo relativo a la calificación de los créditos, de cuyo análisis se desprende lo siguiente:

- a. Se establece que con la solicitud de apertura del proceso de reorganización entre los varios anexos el deudor debe acompañar un proyecto de calificación y graduación de créditos en los términos previstos por el Código Civil, cuya omisión final trae como única y absurda consecuencia que se decrete la apertura del trámite de liquidación judicial.

Esta es una exigencia que carece de toda lógica, ya que de todas maneras el Promotor está obligado a presentar un proyecto sobre el particular, y más adelante el Juez lo aprobará o reconocerá los créditos como de manera impropia se indica.

Para que la exigencia de tal proyecto hubiera adquirido un principio de racionalidad, se ha debido prever que una vez presentado el deudor no podía desconocer la existencia de los créditos en la forma por él relacionados. Es decir, que equivalía a un reconocimiento pleno de sus pasivos.

- b. De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la ley con el auto de iniciación del proceso el juez ordenará al promotor presentar so pena de remoción y con base en el presentado por el deudor y demás elementos de prueba allegados por los interesados, dentro el plazo señalado que no podrá ser inferior a 20 días ni superior a dos meses, el correspondiente proyecto de calificación y graduación de créditos.

El proyecto de calificación y graduación de créditos presentados por el Promotor tiene las siguientes finalidades:

1.- Precisar a quienes ha de ir dirigida la información y el aviso de apertura del trámite que exige el mismo artículo 19.

11. Ordenar la fijación en sus oficinas, en un lugar visible al público y por un término de cinco (5) días, de un aviso que informe acerca del inicio del mismo, del nombre del promotor, la prevención al deudor que, sin autorización del juez del concurso, según sea el caso, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni adoptar reformas estatutarias tratándose de personas jurídicas.

Parag: *De común acuerdo el deudor y los acreedores titulares de la mayoría absoluta de los votos, podrán, en cualquier momento, reemplazar al promotor designado por el juez del concurso, siempre y cuando este último haga parte de la lista elaborada por la Superintendencia de Sociedades”.*

- 2.- Correr el traslado de los créditos para dar paso a las posibles objeciones.
- 3.- Establecer los correspondientes derechos de voto de los acreedores que habrán de decidir la suerte del acuerdo de reorganización.

- c. De manera inusitada el artículo 31 de la ley se refiere a la providencia de reconocimiento de créditos, pero no se indica cuando debe ser dictada. Quizá se refiere al reconocimiento de créditos que habrá de acontecer cuando no se han objetado los créditos, o cuando habiendo sido objetados en audiencia se decide su situación. En el mismo artículo 31 de manera aún más inesperada se indica que resueltas las objeciones, el juez del concurso mediante providencia declarará aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos, así como los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo....”.

De la forma como está prevista la calificación y graduación de los créditos se concluye que no hay claridad sobre si el reconocer los créditos por parte del juez del concurso es lo mismo que graduarlos y calificarlos. Si un crédito reconocido por el juez del concurso posteriormente debe ser calificado graduado por el mismo juez, y si cuando han habido objeciones y éstas han sido conciliadas se requiere o no el pronunciamiento del juez. En síntesis, no se sabe que fue lo que se pretendió establecer. Lo único cierto es que la magna función que en esta materia le corresponde al juez del concurso ha sido desvanecida.

Si lo que se pretendió fue simplificar los trámites, sin debilitar la facultades del juez del concurso, se ha debido precisar como se buscó con el Decreto 350 de 1989 y la ley 222 de 1995, el término de presentación de créditos, su traslado para las objeciones, la conciliación sobre las mismas, y el pronunciamiento del juez acerca de lo conciliado cuando cualquiera de los acreedores presentes en el trámite lo hubiere exigido.

➤ **C. La conversión del trámite de liquidación judicial.**

A partir del artículo 47 la ley se ocupa de la Liquidación judicial, pero de manera inexplicable en el artículo 49 establece que sí el juez del concurso verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguientes del código de comercio, caso en el cual los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes”.¹¹

La conversión de la liquidación judicial en liquidación privada que allí se establece exige hacer las siguientes observaciones:

¹¹ **Art. 49.**- “Si el Juez verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguiente del Código de Comercio, caso en el cual los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes”.

- a. Cuál es la intención de lo allí previsto. A qué se refiere cuando indica que previamente. ¿Será al acuerdo de reorganización o será a la liquidación judicial?
- b. De conformidad con lo ya analizado al estudiar el artículo 14 de la ley, si no se está cumpliendo con esos deberes, se debe proceder con la apertura de la liquidación judicial, y si ello es así para qué y por qué ha de hacerse más fácil la situación del incumplido facilitándole una liquidación privada, en donde no existen sanciones ni las acciones revocatorias especiales de la liquidación judicial. Menos entendible será la norma si la liquidación judicial ya ha sido decretada.
- c. La responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes allí prevista termina siendo inocua porque no se indica en qué condiciones se ha de hacer efectiva y por qué razones. Además, si es subsidiaria equivaldría a la fianza y en tal caso se tendría que demostrar hasta la finalización del trámite de la liquidación privada que la sociedad, principal obligado no pagó.¹²
- d. La opción que aquí se da sobra, ya que de todas maneras en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control que tiene la Superintendencia de Sociedades, ésta puede decretar la disolución y ordenar la liquidación de las sociedades comerciales.
- e. El que no existan actas preparatorias de la reforma deja sin explicación el traslado que se hace del régimen de insolvencia al de la liquidación privada.

III. La protección de intereses.-

En general todo sistema concursal debe buscar la protección del orden económico en cabeza de la organización empresarial, y en particular la de los intereses allí involucrados como son el de los inversionistas, el de los acreedores y el del propio Estado.

➤ A. La protección de intereses de orden general.-

La protección del orden económico en cabeza de la organización empresarial tiene su sustento en la premisa constitucional según la cual Colombia es un Estado Social de Derecho, dentro del cual la empresa debe cumplir una función social.

Al analizar los diversos requisitos y presupuestos establecidos en la ley para la apertura del trámite de recuperación empresarial, se encuentra que en lugar de facilitar su recuperación se está obstaculizando. So pretexto del incumplimiento de deberes formales por parte de los administradores como son los relativos al registro y a la

¹² **Código Civil. Art 2361.** *“la fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, compartiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.*

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor, sino de otro fiador”.

REVIST@ e - Mercatoria
Sección de Actualidad Jurídica (2008)

contabilidad, o por el no pago por la misma crisis de conceptos relacionados con los impuestos o con la seguridad, social se le está impidiendo acceder al trámite.

Para legislar se debe partir de una atenta observación de la realidad. Esta nos indica que son las empresas involucradas en esas situaciones las que recurren a estos trámites. Las que no se encuentran padeciendo esas dificultades mantienen bien atendidos tales rubros, y por consiguiente no requieren de ayuda alguna.

El nuevo régimen en lugar de buscar que mediante su recuperación la empresa cumpla la función social que constitucionalmente se le ha impuesto, con la serie de requisitos establecidos lo está impidiendo, desvirtuando así el alcance del Estado Social de Derecho.

Otro de los supuestos que afecta la protección de intereses dentro del nuevo régimen es el fenómeno de la despersonalización jurídica allí establecido.

Que la sociedad comercial se haya tomado como la vértebra de la actividad económica no es algo caprichoso y menos improvisado. Se trata nada menos que de la aplicación más audaz de la técnica de la personificación jurídica, con la cual se busca la protección de los varios intereses allí involucrados, ya que en ella confluyen el de los inversionistas, el de los acreedores y el del propio Estado.

La técnica de la personificación jurídica tan útil en el mundo de los negocios; junto con la del contrato como instrumento que es de ejecución de decisiones de carácter económico, y la de los títulos valores, instrumento de circulación de la riqueza y el crédito, son los tres pilares en los que se basa toda la actividad económica en el mundo contemporáneo.

La sociedad comercial nace de un contrato y para proyectarse necesita de la celebración y desarrollo de muchos más. Del primero surgen las relaciones jurídicas internas, éstas son las que vinculan a la sociedad con sus asociados, y de los segundos como consecuencia del desarrollo del objeto social aparecen las relaciones jurídicas externas, o sean las que vinculan a la sociedad con los terceros. Como consecuencia de ello el ordenamiento jurídico tiene establecida la forma de protección para cada una de las situaciones allí involucradas.

La norma constitucional permite y facilita el derecho de asociación, el que para el caso de las sociedades se traduce en la posibilidad que se le brinda a los inversionistas de recurrir a la técnica de la personificación jurídica, con cuya aplicación se busca además de la captación de importantes recursos de capital, eliminar o atenuar los riesgos en el mundo de los negocios. Sin embargo; este recurso no es absoluto. Dentro del desarrollo normal de los negocios existen unas prioridades por atender, y si se trata del abuso del derecho de asociación, quienes en él incurren deben responder por los perjuicios causados.

Del esquema de protección de intereses así previsto se desprende que los asociados no pueden reclamarle a la sociedad el pago de conceptos del pasivo interno como pueden ser el de las utilidades y el del haber social, mientras ésta no cumpla con el

pago del pasivo externo, es decir con las obligaciones contraídas por la sociedad con ocasión del desarrollo del objeto social.

Aún en presencia de una situación concursal las normas son cuidadosas en establecer que los pagos habrán de hacerse teniendo en cuenta la prelación de créditos de la ley civil.¹³

La Corte Constitucional en acertado pronunciamiento se ocupó del tema, destacando el importante blindaje de derechos que la ley prevé sobre el particular.¹⁴

Desde la ley 550 de 1.999, sin que el ente jurídico tenga participación alguna, se estableció la posibilidad de que los asociados de la sociedad en situación concursal puedan como acreedores de pasivo interno, junto con los del pasivo externo, participar y votar las decisiones sobre el futuro de la sociedad concursada, dando paso así a la despersonalización de la sociedad comercial, lo que puede traer como consecuencia que antes de la oportunidad legal los asociados titulares de la mayor parte del capital puedan tomar decisiones que afectan no solamente a la persona jurídica, sino también a los acreedores y a los demás asociados.¹⁵

La ley 1116 de 2.006, sin tener en cuenta que lo que se había hecho con la ley 550 de 1.999 era todo un retroceso frente a las grandes conquistas del sistema societario, en lugar de corregir ese despropósito lo reprodujo sin el más mínimo análisis.¹⁶

¹³ **Art 241.** *Del Régimen Legal de Sociedades. “No podrá distribuirse suma alguna a los asociados mientras no se haya cancelado todo el pasivo externo de la sociedad, pero podrá distribuirse entre los asociados la parte de los activos sociales que exceda del doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la distribución.”*

¹⁴ **Art.242.** *Del Régimen Legal de Sociedades. –“ .El pago de las obligaciones se hará observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos. Para éste y los demás efectos legales, los bienes inventariados determinarán los límites de la responsabilidad de los liquidadores como tales, respecto de los asociados y de terceros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”.*

¹⁵ *.”En materia societaria, el principio de la buena fe igualmente se presume, no podría considerarse que el ejercicio del derecho de asociación para constituir una persona jurídica es con el ánimo de defraudar los intereses y derechos de los trabajadores. Por el contrario, conforme se expuso con anterioridad, la constitución y creación de una sociedad, especialmente, las denominadas sociedades de riesgo limitado, es con el propósito firme de contribuir al crecimiento y desarrollo económico de la nación.*

Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se puede acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación de daño contenido”.

¹⁶ **Art.31 de la Ley 1116/06.** *” En la providencia de reconocimiento de créditos se señalará el plazo para celebrar el acuerdo, el cual, en principio, no será superior a cuatro (4) meses.*

No obstante, antes del vencimiento del término indicado en el inciso anterior, el deudor y un número plural de acreedores que represente la mayoría de los votos, podrán presentar una solicitud conjunta, debidamente motivada, para que sea concedida una prórroga en el plazo

para celebrar el acuerdo, la cual en ningún caso podrá ser superior a dos (2) meses adicionales a los inicialmente otorgados. Para efectos de lo anterior, el promotor deberá informar acerca de esta situación, respaldada en una certificación expedida por el representante legal y contador público o revisor fiscal, según sea el caso, donde acrediten que la sociedad viene cumpliendo con el pago oportuno de las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia.

Esta misma regla aplicará para el evento de la no confirmación del acuerdo en la audiencia respectiva.

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. Dicha mayoría deberá, adicionalmente, conformarse de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Existen cinco (5) clases de acreedores, compuestas respectivamente por:

a) Los titulares de acreencias laborales;

b) Las entidades públicas y las instituciones de seguridad social;

Las instituciones financieras nacionales y demás entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia de carácter privado, mixto o público; y las instituciones financieras extranjeras;

d) Acreedores internos, y

e) Los demás acreedores externos.

2. Deben obtener votos favorables provenientes de por lo menos de tres (3) clases de acreedores.

3. En caso de que sólo existan tres (3) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos favorables provenientes de acreedores pertenecientes a dos (2) de ellas.

4. De existir sólo dos (2) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos favorables provenientes de ambas clases de acreedores.

Si el acuerdo de reorganización debidamente aprobado no es presentado en el término previsto en este artículo, comenzará a correr de inmediato el término para celebrar el acuerdo de adjudicación.

El acuerdo de reorganización aprobado con el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, el setenta y cinco por ciento (75%) de los votos no requerirá de las clases de acreedores votantes, establecido en las reglas contenidas en los numerales anteriores.

Parágrafo. Para los efectos previstos en esta ley se consideran acreedores internos los socios o accionistas de las sociedades, el titular de las cuotas o acciones en la empresa unipersonal, y los titulares de participaciones en cualquier otro tipo de persona jurídica.

Con las exigencias establecidas para la apertura del trámite, en el régimen de insolvencia no se está propendiendo por la recuperación empresarial y por ende por el cumplimiento de la función social que la constitución política determina, como tampoco por la protección de los varios intereses allí involucrados, máxime que para definir la suerte de la empresa deudora se está haciendo abstracción del ente jurídico. Se deja todo en cabeza de los asociados sin contraprestación adicional alguna a su cargo.

Anticipar de esa manera la despersonalización jurídica de la sociedad equivale a establecer de manera subliminal una inesperada causal de disolución que en muchos casos puede prestarse a abusos de parte de los socios controlantes, quienes con su poder pueden afectar a los acreedores y a los demás asociados.

➤ **B. La desprotección de intereses en lo particular.-**

La desprotección en que queda la organización empresarial hace que los intereses generales de la comunidad también se vean afectados y como consecuencia de ello también los particulares de los inversionistas, de los acreedores y del propio Estado.

Además de lo anterior, los intereses en particular también se afectan en el nuevo orden por lo siguiente:

• **b. La entidad deudora.**

Con lo previsto en este nuevo ordenamiento se afecta la persona del deudor porque:¹⁷

1.- Se le legitima para pedir a través de sus administradores la apertura del trámite pero se le niega por omisiones atribuibles a los mismos gestores.

Para efectos de calcular los votos, cada acreedor interno tendrá derecho a un número de votos equivalente al valor que se obtenga al multiplicar su porcentaje de participación en el capital, por la cifra que resulte de restar del patrimonio, las partidas correspondientes a utilidades decretadas en especie y el monto de la cuenta de revalorización del patrimonio, así haya sido capitalizada, de conformidad con el balance e información con corte a la fecha de admisión al proceso de insolvencia.

La reforma del acuerdo de reorganización deberá ser adoptada con el mismo porcentaje de votos requeridos para su aprobación y confirmación. Para el efecto, serán descontados de los votos originalmente determinados aquellas acreencias que ya hayan sido extinguidas en ejecución del acuerdo de reorganización, permaneciendo los votos de los acreedores internos igual a los calculados para la primera determinación, con base en la fecha de inicio del proceso”.

¹⁷ **Art 29** de la Ley 550/99. “Los acuerdos de reestructuración se celebran con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos la mayoría absoluta de los votos admisibles. Dicha mayoría deberá conformarse con votos pendientes de por lo menos tres (3) de las clases de acreedores previstas en el presente artículo.. En caso de que sólo existan y concurren tres (3) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos provenientes de acreedores pertenecientes dos (2) clases de acreedores existentes, siempre y cuando se obtenga la mayoría absoluta de votos admisibles; y de existir sólo dos clases de acreedores, la mayoría exigida por la ley deberá conformarse con votos provenientes de ambas clases de acreedores, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en el siguiente inciso. ...”.

2.- Se hace caso omiso del derecho a la personalidad jurídica que consagra la constitución nacional, especialmente cuando se trata de persona natural, y como consecuencia de ello, se permite que el acuerdo se celebre o se impruebe sin su participación, llegando hasta el riesgo de su propio desaparecimiento. Derecho que en el caso de las personas jurídicas, se origina en la ley que ha permitido su creación. Entes que una vez creados entran en el universo de los derechos adquiridos.¹⁸

No es posible que los acreedores de uno y otro orden decidan la suerte del deudor sin darle la oportunidad de pronunciarse al respecto, especialmente cuando se trata de persona natural. Distinto habrá de ser que ante su reiterada ausencia o que en presencia de pretensiones inadmisibles de su parte, se tenga que prescindir de su participación, pero en tal caso la ley debe ser muy precisa al respecto, para así evitar abusos, inclusive de la misma competencia.

La organización en la conducción de la sociedad comercial tiene una estratificación que se inicia con el órgano máximo que es la asamblea general de accionistas, pasa por la junta directiva y termina en el representante legal. Cada uno tiene sus propias atribuciones y responsabilidades. El prescindir de la persona jurídica como ente negociador en los trámites de reorganización hace que la situación se complique mucho más, especialmente en la etapa de cumplimiento y desarrollo del acuerdo de reorganización. ¿Cómo se puede hacer responsables a los administradores de la sociedad deudora por el cumplimiento de metas y compromisos en cuya conformación no participaron? ¿Será que los acreedores de una y otra clase de pasivos deben responder sin ser los administradores de la sociedad?

Carece de toda lógica que se permita que los asociados participen en las decisiones sin prestación adicional alguna, y en cambio se prescinda de las posibles prestaciones adicionales del deudor, especialmente cuando se trata una persona natural.

Tanto la persona natural como la sociedad persona jurídica tienen por previsión constitucional una serie de atributos y de derechos dentro de los cuales se encuentra el derecho a la defensa. Si en el trámite de insolvencia no se les reconoce legitimidad para actuar se les está vulnerando tal derecho.

En el artículo 17 de la ley se establece que a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de apertura del trámite se prohíbe a los administradores, entre las varias cosas, realizar “operaciones sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables.” Esto es algo que contraviene el sentido común, pues es algo que no les está permitido hacer aunque no estén bajo un trámite de insolvencia. La novedad estaría en la ineficacia de pleno derecho allí mismo establecida.

¹⁸ *Sentencia Corte Constitucional. “Es así como a diferencia del reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona natural, la persona moral para obtener su personalidad jurídica y ejercer los derechos que le están consagrados en la Constitución (que como ente colectivo representa los derechos fundamentales de las personas naturales que lo integran).*

En consecuencia, la adquisición de la personalidad jurídica de la persona moral depende del cumplimiento de requisitos, de tal manera que la obtención de actuar jurídicamente – establecimiento de relaciones jurídicas-proviene del reconocimiento externo y formal de la existencia de la parte que se relaciona “. (C.Const., Sent.T-476, jul 29/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

- **b. La situación de los acreedores.**

No obstante que la suerte de la empresa en dificultades queda en manos de sus acreedores, ellos mismos no cuentan con la suficiente protección de sus intereses.

En efecto, un detallado análisis de la situación permite observar lo siguiente:

1.- En el artículo 11 de la ley se legitima a los acreedores para solicitar la apertura del trámite, pero en el 14 la posibilidad se condiciona a que el deudor presente los y documentos exigidos, Y si éste no los entrega se procede al trámite de la liquidación judicial. De esta manera se está consagrando la negación de un derecho concedido.

Todo indica que en últimas, la legitimidad para la apertura del trámite queda en manos de los administradores de la deudora, pues si ellos están cumpliendo con deberes como el del registro público de comercio y la contabilidad regular de los negocios, se posibilita el inicio del trámite. De lo contrario se pasa a la liquidación judicial, sin tener en cuenta que la finalidad del régimen es proteger la empresa generadora de riqueza y de empleo.

Lo anterior causa mayor extrañeza si se tiene en cuenta que existe la Superintendencia de Sociedades, entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, la que debe velar porque los administradores cumplan con los deberes que la ley les impone, y para lo cual se supone que cuenta con los instrumentos y atribuciones necesarios para cada uno de los eventos.

2.- En lugar de establecer una forma precisa de notificación de la apertura del trámite, para que los acreedores hagan valer sus derechos dentro del término que ha debido fijarse, se enuncian en el artículo 19 de la ley una generosa y desarticulada serie de avisos sin precisión, con los cuales no se está brindando la protección a los varios intereses en juego.

2.1.- En el numeral segundo de la norma olvidando que ante la Cámara de Comercio existen varios registros, se ordena la inscripción de la providencia de apertura del trámite en la misma Cámara, sin precisar que es en el Registro Público de Comercio.

Es por todos conocidos que el efecto de este registro es el de darle publicidad al acto y por consiguiente hacerlo oponible, especialmente en aquellas operación que el deudor o sus asociados puedan realizar entre sí o con los terceros.

2.2.- En el numeral octavo se indica que se debe fijar en la sede principal y en las de las sucursales del deudor un aviso que informe sobre el inicio del proceso.

2.3.- En el numeral noveno se le ordena a los administradores y al Promotor que a través de los medios que estimen idóneos, informen a los acreedores la fecha del inicio del proceso de reorganización. ¿Quién califica la idoneidad del medio? ¿Cuál es su alcance jurídico?

2.4.- Sin establecer si se trata del mismo aviso del numeral octavo, en el once se ordena fijar por el término de cinco días uno en las oficinas, indicando entre varias

cosas el inicio del proceso y la prevención al deudor de la imposibilidad de realizar determinadas operaciones.

2.5.- Las notificaciones así establecidas suscitan las siguientes inquietudes:

2.5.1.- No se establece un término para que los acreedores hagan valer sus derechos. En el numeral cuarto se establece un traslado de diez días para presentar objeciones, pero en ningún momento para presentarse al proceso.

2.5.2.- No se indica cuáles han de ser las consecuencias en derecho por el no cumplimiento con el registro y los avisos ordenados.

2.5.3.- No se indica si la prioridad está en el registro en la Cámara de Comercio o en los avisos. Se pensaría que el registro prevalece, pero ésta no es una forma de emplazamiento.

2.5.4.- La notificación personal al deudor de la providencia de apertura del trámite lo está conminando para que se abstenga de realizar determinadas operaciones. ¿Si ello es así, para qué se le requiere por lo mismo en el aviso que ordena el numeral once? ¿Cuál tiene prioridad y cuáles son los efectos jurídicos de uno y otro? Creeríamos que para el caso debe prevalecer la notificación personal.

3.- La falta de claridad en la notificación de los acreedores y de un término para la presentación de sus acreencias genera una situación de incertidumbre que se traduce en la desprotección de los mismos. Habrán acreedores que ocasionalmente se enteraron y podrán hacer valer sus derechos, pero los que no lo lograron no podrán hacerlo y menos objetar la calificación y graduación de créditos y la determinación de los derechos de voto. Esta situación sería clara y explicable en presencia de un debido emplazamiento pero nunca es aceptable ante los vacíos que el nuevo régimen comporta. Lo cual trae como consecuencia lo siguiente:

3.1.- De conformidad con el artículo 26 los acreedores no relacionados en el inventario de acreencias ni en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto y que no hayan formulado objeciones a los mismos solamente les quedan una de tres opciones:¹⁹

¹⁹ **Art. 26** de la ley 1116/06 . “Los acreedores cuyas obligaciones no hayan sido relacionadas en el inventario de acreencias y en el correspondiente proyecto de reconocimiento y graduaciones de créditos y derechos de voto a que hace referencia esta ley y que no hayan formulado oportunamente objeciones a las mismas, sólo podrán hacerlas efectivas persiguiendo los bienes del deudor que queden una vez cumplido el acuerdo celebrado o cuando sea incumplido este, salvo que sean expresamente admitidos por los demás acreedores en el acuerdo de reorganización.

No obstante, las acreencias que, a sabiendas, no hubieren sido relacionadas en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y que no estuvieren registradas en la contabilidad, darán derecho al acreedor de perseguir solidariamente, en cualquier momento, a los administradores, contadores públicos y revisores fiscales, por los daños que le ocasionen, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar”.

3.1.1.- Que los acreedores reconocidos los acepten.

3.1.2.- Perseguir los bienes del deudor que queden una vez cumplido el acuerdo. Posibilidad que pierde su alcance si en el acuerdo se conviene la entrega de todos los activos a los acreedores.

3.1.3.- Presentarse a la liquidación judicial si el acuerdo es incumplido.

En todo caso, la comentada desprotección de los acreedores que en este punto se plantea se ve atenuada por dos importantes previsiones:

3.1.3.1.- De conformidad con la misma norma cuando a sabiendas de los funcionarios se hubieren omitido tales créditos, el acreedor en esas circunstancias podrá perseguir de manera solidaria en cualquier momento, a los administradores, contadores públicos y revisores fiscales por los daños ocasionados. El cobro de una suma cierta como es su crédito se traslada al de una incierta a través de un proceso de reconocimiento y graduación de perjuicios.

3.1.3.2.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 72 desde el inicio del proceso y durante la ejecución del acuerdo de reorganización o de adjudicación, el término de prescripción se interrumpe y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos anteriores al inicio del proceso.²⁰

La experiencia enseña que de todas maneras la posibilidad de recuperar los créditos por aquellos que no aparecen reconocidos en el proceso es incierta y casi imposible, por lo que se hace necesario establecer mecanismos ciertos de protección.

4.- La participación de los asociados como titulares del pasivo interno en la aprobación del acuerdo, sin prestación adicional alguna, permite en ciertos casos que con los acreedores de pasivo externo tomen decisiones que pueden afectar al resto de los asociados, desnaturalizando aún más el sistema societario.

5.- La modificación de la prelación de créditos que el artículo 41 facilita, no debería ser posible porque afecta directamente a aquellos acreedores que no puedan aportar nuevos recursos o ayudas para mejorar la situación del deudor. Lo conveniente sería, como en muchos casos se ha hecho, que a éstos acreedores se les pague lo adicional como un nuevo crédito dentro de condiciones normales.²¹

²⁰ .”Desde el inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, y durante la ejecución del acuerdo de reorganización o de adjudicación queda interrumpido el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos causados contra el deudor antes del inicio del proceso”.

²¹ . **Art. 41.** De la ley 1116/06,. “En el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos, siempre que sean cumplidas las siguientes condiciones:

1. La decisión sea adoptada con una mayoría superior al sesenta por ciento (60%) de los votos admisibles.

2. Tenga como propósito facilitar la finalidad del acuerdo de reorganización.

No obstante la observación anterior, es importante que el nuevo estatuto consagre estímulos para los acreedores dispuestos a hacer más esfuerzos para sacar adelante a las empresas en dificultades, así como el haber atenuado la rigidez del Estatuto tributario y del régimen transitorio para la participación del fisco en la conformación de los acuerdos.

Si bien, el haber dejado en cabeza de los acreedores la definición de la fórmula de recuperación puede interpretarse como una gran ventaja para ellos, la realidad es otra. Si lo así decidido no se cumple, podría presentarse la situación en la cual los acreedores disidentes o ausentes, invocando la falta de claridad en los

3. No degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor.

4. No afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciante, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito.

La prelación de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades fiscales, podrá ser compartida a prorrata con aquellos acreedores que durante el proceso hayan entregado nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo, la cual será aplicada inclusive en el evento del proceso de liquidación judicial. Para tal efecto, cada peso nuevo suministrado, dará prelación a un peso de la deuda anterior. La prelación no es aplicable por la capitalización de pasivos, ni por la mera continuación de los contratos de tracto sucesivo.

Para el caso de nuevas capitalizaciones que generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del acuerdo de reorganización, los inversionistas que realicen tales aportes de capital, además de las ventajas anteriores, al momento de su liquidación, tendrán prelación en el reembolso de su remanente frente a otros aportes y hasta por el monto de los nuevos recursos aportados.

Los acreedores que entreguen al deudor nuevos recursos, condonen parcialmente sus obligaciones, otorguen quitas, plazos de gracia especiales, podrán obtener, como contraprestación las ventajas que en el acuerdo se otorguen a todos aquellos que concedan los mismos beneficios al deudor.

Parag.1o. *En el evento de no cumplirse el acuerdo de manera tal que satisfaga las obligaciones que han renunciado a prelación o preferencia, estas recuperarán dicha prelación o preferencia cualquiera que sea la modalidad con la que concluya el proceso de insolvencia.*

Parag.2o. *Los créditos laborales podrán capitalizarse siempre y cuando sus titulares convengan, individual y expresamente, las condiciones, proporciones, cuantías y plazos en que se mantenga o modifique, total o parcialmente la prelación que le corresponde como acreencias privilegiadas. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización los créditos laborales capitalizados recuperan la prelación de primer grado para efectos del acuerdo de adjudicación y el de liquidación judicial”.*

emplazamientos, busquen hacer responsables por el fracaso a quienes aprobaron el acuerdo, Máxime que éstos cuentan con un a Junta de Vigilancia.

Si tiene en cuenta que el deudor no tiene oportunidad de participar en esas definiciones, también estaría motivado a reclamarles la misma responsabilidad. Cosa distinta sería si la definición del acuerdo se ha hecho sin su participación dada su renuencia, o como consecuencia de pretensiones desmedidas de su parte, situación que en ocasiones se presenta.

IV. La seguridad jurídica.

Un trámite concursal o de insolvencia en los términos del nuevo régimen colombiano tiene por finalidad que se logre un acuerdo de reorganización, similar al del concordato o de reestructuración de los sistemas anteriores, o la liquidación judicial, antes denominada obligatoria, y en un comienzo quiebra. En uno y otro caso los efectos de la apertura del trámite han de ser distintos. Para la primera situación se parte de la hipótesis según la cual la empresa deudora debe ser recuperada y por lo tanto la seguridad en sus relaciones jurídico patrimoniales en curso no debe ser afectada. En cambio para la segunda situación, por tratarse de una liquidación definitiva todo termina allí.

Sin embargo, lo así planteado no es absoluto. En ocasiones, no obstante que se pretenda recuperar la empresa, ciertas relaciones se deben dar por terminadas. En otras, a pesar de que se trate de su liquidación, se hace necesario el mantener o inclusive emprender nuevas operaciones porque la conservación de los activos así lo exige.

Con muy pocos cambios el nuevo régimen reproduce lo existente, y en lugar de mejorarlo, lo presenta en forma aún más desarticulada.

➤ A. Relaciones jurídico patrimoniales en curso.

Es claro que en situación de normalidad las partes de un contrato pueden, acogiéndose a la ley y a los términos del mismo contrato, buscar su terminación con las consecuencias que allí mismo se establecen, pero cuando cualquiera de ellas se encuentra en estado de anormalidad como sería el caso de un trámite concursal, las cosas pueden ser distintas y por eso la ley se encarga de darles un tratamiento especial.

De manera poco clara la nueva ley en su artículo 21 se encarga de reglamentar lo concerniente.²²

²² **Art. 21 de la ley 1116/06** "Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

• **a. La parte afectada con el incumplimiento.**

Está bien que se establezca que el haber iniciado el proceso de reorganización no pueda invocarse como causal de terminación de los contratos, como tampoco el incumplimiento de obligaciones que habrán de cobrarse dentro del mismo proceso, como pueden ser los cánones de arrendamiento, pero no es lógico que en presencia de otras situaciones que pueden poner en riesgo de desaparecer al contratante afectado con el incumplimiento, no se prevean mecanismos que también le den protección.

De manera acertada en el artículo 73 la ley trata lo relativo a los servicios públicos.²³

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8º de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

- 1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en proceso de ejecución.*
- 2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación. Al momento de la solicitud, el deudor deberá presentar:*
 - a) Un análisis de la relación costo-beneficio para el propósito de la reorganización de llevarse a cabo la terminación, en la cual se tome en cuenta la indemnización a cuyo pago podría verse sujeto el deudor con ocasión de la terminación;*
 - b) En caso que el juez de concurso autorice la terminación del contrato, la indemnización respectiva se tramitará a través del procedimiento abreviado y el monto que resulte de la indemnización se incluirá en el acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda.”*

²³ **Art. 73.** De la ley 1116/06.-“Desde la presentación de la solicitud de inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, las personas o sociedades que presten al deudor servicios públicos domiciliarios, no podrán suspenderlos o terminarlos por causa de créditos insolutos a su favor, exigibles con anterioridad a dicha fecha. Si la prestación estuviere suspendida o terminada, estarán obligadas a restablecerlos de manera inmediata a partir de la solicitud, so pena de responder por los perjuicios que ocasionen y que el pago de su crédito sea postergado en los términos establecidos en esta ley.

El valor de los nuevos servicios prestados a partir del inicio del proceso será pagado con la preferencia propia de los gastos de administración.

Cuando sea necesaria la prestación del servicio público para la conservación de los activos, el juez podrá ordenar su prestación inmediata, por tiempo definido, aún existiendo créditos insolutos a favor de la empresa prestadora de los mismos, causados con posterioridad al inicio

- **b. La parte en trámite de reorganización.**

Si eso fue lo que se quiso, hace bien la ley en ocuparse de la situación del contratante que ha entrado en trámite de reorganización y se encuentra en presencia de una relación contractual que no encuentra satisfactoria. Sin embargo lo hace de una manera que llevaría a pensar que este contratante por el hecho de haber entrado en el trámite de reorganización está obligado a mantenerse en dicha relación.

Se tendrían que analizar las diversas hipótesis. Si se trata de dar por terminada sin costo alguno una relación contractual inconveniente para este deudor, no debería ser necesaria la autorización del juez. Si lo que se quiere es su intervención para determinar la conveniencia o no de la terminación de la relación contractual, es poco práctico y en alguna medida involucraría al juez en alguna medida en la toma de decisiones de carácter administrativo. Cosa distinta será cuando se trate de dar por terminadas relaciones jurídico patrimoniales asumiendo el compromiso de nuevos pagos o de cualquier otra clase de contraprestación, caso en el cual sí se hace necesaria la autorización del juez, so pena de ineficacia, de la que se ocupa el artículo 17 de la ley.

➤ **B. Situaciones cumplidas.**

La ley se ocupa de las situaciones ya evacuadas o cumplidas mediante las acciones revocatorias y la figura de la ineficacia.

- **a. Acciones revocatorias y de simulación.**

Sin hacer distinción alguna entre el trámite de insolvencia para obtener una reorganización y el de la liquidación judicial, la ley en el artículo 74 se ocupa de estas acciones como si se tratara de eventos similares, lo que de por sí es contradictorio.²⁴

del proceso, indicando en la providencia que lo ordene la manera preferente de su pago, cuyo plazo en ningún caso podrá superar los tres (3) meses siguientes a partir de la orden de suministro”.

²⁴ **Art. 74.** *“Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos:*

1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de

Se establece que para que procedan las acciones se requiere que se den cualquiera de los siguientes eventos: Cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores, o cuando hayan afectado la prelación de pagos, o cuando el total de los bienes del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos.

El hecho de que no se diferencien las dos situaciones hace que los presupuestos que permiten la procedencia de las acciones no operen en debida forma. Si se trata de una liquidación judicial es claro que allí sí se puede verificar el posible perjuicio a un acreedor, la afectación de la prelación de créditos o la insuficiencia de bienes para cubrir el total del pasivo, pero si se trata del trámite de reorganización ello no es tan evidente, sobretodo que la acción podría entablarse en cualquier momento del trámite y no siempre en ese mismo instante se pueden dar cada uno de los presupuestos exigidos para la procedencia de la acción.

La apertura de un trámite de reorganización debe ofrecer confianza respecto del empresario deudor. Sin desconocer que pueden existir eventos en donde debe prosperar la revocatoria de ciertas operaciones, se debe ser muy cuidadoso en su determinación para no entrar en contradicción con la filosofía del sistema mismo.

El análisis de cada uno de los eventos permitirá ser más exactos en nuestra percepción.

- a.1. La extinción de obligaciones y las daciones en pago no necesariamente son actos que afecten a los acreedores. Un empresario que inicia el trámite de reorganización ha podido dentro del giro normal de sus negocios haber realizado estas operaciones o cualquiera de las enunciadas en el mismo numeral sin que ello implique que quiso afectar a sus acreedores. Todo lo contrario puede corresponder al buen manejo de sus relaciones comerciales.

liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe.

2. Todo acto a título gratuito celebrado dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial.

3. Las reformas estatutarias acordadas de manera voluntaria por los socios, solemnizadas e inscritas en el registro mercantil dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando ellas disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores, o modifiquen el régimen de responsabilidad de los asociados”.

Parag. *“En el evento que la acción prospere, total o parcialmente, el acreedor demandante tendrá derecho a que la sentencia le reconozca a título de recompensa, una suma equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor comercial del bien recuperado para el patrimonio del deudor, o del beneficio que directa o indirectamente se reporte.”*

- a.2. Respecto de las reformas estatutarias es de anotar que estas siempre serán voluntarias, luego causa sorpresa que allí se de ese calificativo y además las únicas reformas estatutarias que podrían afectar a los acreedores disminuyendo el patrimonio del deudor son la fusión, la escisión y la disminución de capital, eventos para los cuales la ley tiene establecidos los mecanismos de protección.

No tiene sentido que habiendo cumplido con las exigencias de ley en su momento, tiempo después cuando el empresario deudor busca un trámite de reorganización se le revoquen tales operaciones causando un mayor trauma en el manejo de sus relaciones.²⁵

- **b. La figura de la ineficacia.**

La ley de insolvencia en lugar de corregir las fallas en que de tiempo atrás ha incurrido la legislación Colombiana, persiste en ellas, desaprovechando la oportunidad de enmendarlas.

²⁵ **Art. 175 del C. de Comercio.**- “De las reuniones se levantarán actas suscritas por el Presidente o el Secretario, las cuales se harán constar en un libro de actas. Copia de las mismas deberá enviarse por el Secretario a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los diez (10) días siguientes a cada sesión.”

Art. 6° De la ley 222/95“Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos en la fusión.

Lo dispuesto en el presente artículo no procederá cuando como resultado de la escisión los activos de la sociedad escidente y de las beneficiarias , según el caso, representen por lo menos el doble del pasivo externo.

Parag.- Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo de los administradores de la sociedad escidente tendrán a disposición de los acreedores el proyecto de la escisión, durante el término en que puede ejercerse el derecho de oposición.”

Art 145 del C.de C. “A solicitud del Contralor, de la Junta provisional de acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará el levantamiento de las medidas cautelares”.

Numeral 7mo del Art 86 del lay 222/95. “Autorizar la disminución de capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes.”

En efecto; el Código de Comercio de 1.971 recogiendo la orientación Italiana en su artículo 897 introdujo la figura de la ineficacia, pero la redacción de la preposición empleada para su consagración terminó siendo incompleta.²⁶

La norma en lugar de indicar que siempre que se hablara de ineficacia no sería necesaria la declaratoria judicial, hizo lo contrario. Estableció que cuando se indicara la no necesidad de la declaratoria judicial el acto sería ineficaz. Acontece que son muchos los eventos en los cuales el código se refiere únicamente al calificativo de ineficaz, dejando sin un presupuesto conceptual sólido a la institución.

El haber establecido que las decisiones de la asamblea general de accionistas y de la junta de socios podían ser ineficaces en determinados eventos y que a su vez los interesados podrían impugnarlas ante los jueces, se creó el problema de cómo se haría si la ineficacia, por su propia naturaleza no requiere de declaratoria judicial. Situación que los jueces trataron de enmendar dándole el mismo tratamiento procesal previsto para las nulidades de las mismas decisiones.

Adicional a lo anterior, la Superintendencia de Sociedades y los redactores en esa materia de las leyes 222 de 1995 y 446 de 1998 se les ocurrió establecer que la entidad sería competente para verificar la existencia de los presupuestos determinantes de la ineficacia, desnaturalizando de esta manera la institución. El solo hecho de un pronunciamiento de una entidad en tal sentido, hace desaparecer su particularidad basada en la no declaratoria judicial.

La ley de insolvencia en lugar de corregir la redacción del artículo 897 y de suprimir la figura de la ineficacia frente a las decisiones de la asamblea general de accionistas y de la junta de socios recogiéndola en la de la nulidad, insiste en ella, y en el artículo 76 ratifica tales facultades.²⁷

²⁶ **Art 897 del C de Comercio.**- “ Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz en pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial “.

“Se llama ineficacia al contrato cuando, aun no siendo inválido, no es apto para producir efectos a causa de la presencia de un obstáculo extrínseco. Tal ineficacia puede ser transitoria (otros la llaman eficacia suspendida) como ocurre en el caso del contrato sujeto a un término inicial, antes que dicho término venza; o a una condición suspensiva, antes que dicha condición se cumpla. Francesco Messineo. Doctrina General del Contrato. Tomo II Pag 311, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952 “.

²⁷ **Art 190 del C.de C.** – “Cuando fuere necesario asegurar las resultas de las acciones revocatorias o de simulación de los actos del deudor, el juez competente, si lo considera oportuno, de de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, decretará el embargo y secuestro de bienes, o la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio resulte útil para los fines enunciados. Estas medidas también se sujetarán a las disposiciones previstas en el estatuto procesal civil”.

Art. 191 del C. de C.- “Cuando sean insuficientes los activos para atender el pago del pasivo externo de la Entidad Deudora, el liquidador deberá exigir a los socios el pago de las siguientes prestaciones, así:

1. El valor de los instalamentos de las cuotas o acciones no pagados.
2. El faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario.

Además de lo anterior de manera puntual la ley se refiere a dos eventos:

- b.1. En el artículo 16 consagra, de manera acertada, la ineficacia de las estipulaciones contractuales que pretendan impedir el acceso a un proceso de reorganización, pero en falla en su desarrollo, dado que somete a la decisión del juez del concurso la determinación de su existencia.²⁸

- b.2. En el artículo 17 de la ley, recogiendo los de los sistemas anteriores, acierta en consagrar la ineficacia para aquellas operaciones que debiendo obtenerla, se han realizado sin la previa autorización del juez del concurso.²⁹

3. *El valor correspondiente a la responsabilidad adicional que se hubiere pactado en los estatutos.*

Para los efectos de este artículo, el liquidador promoverá proceso ejecutivo contra los socios, sin necesidad de concepto previo de la junta asesora. En estos procesos el título ejecutivo, se integrará por la copia de los inventarios y avalúos debidamente aprobados y una certificación de contador público de un revisor fiscal, si lo hubiere, que acredite la insuficiencia de los activos y la cuantía de la prestación a cargo del socio. No obstante, los socios podrán proponer como excepción la suficiencia de los activos sociales, o el hecho de que no se destinaron al pago del pasivo externo de la sociedad. “

²⁸ **Art. 116.** *De la ley 1116/06 “ Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un proceso seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma extranjera relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo pago por ese mismo crédito en un proceso de insolvencia seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia respecto de ese mismo deudor, en tanto que el pago percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor”.*

²⁹ **Art. 17.** *De la ley 1116/06.. “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.

CONCLUSIONES

Este breve recorrido por los aspectos sustantivos del nuevo régimen concursal Colombiano nos permite concluir:

1. Los redactores de la nueva ley no fueron afortunados en recoger las buenas experiencias del sistema colombiano y en particular los aciertos de la Superintendencia de Sociedades en la conducción de estos trámites.
2. Se desaprovecho la oportunidad de reformar algunas incongruencias de la normatividad nacional.
3. El estatuto es abiertamente contradictorio con la filosofía de la Constitución Política que consagra el Estado Social de Derecho. En desarrollo del mismo, la función social de la empresa y como consecuencia de esta, la necesidad de protegerla facilitando la apertura de los tramites de reorganización.
4. En presencia del interés que a varios de los expertos les asiste por el análisis económico del derecho, sería aconsejable que se procediera no a la cuantificación del número de trámites adelantados, sino a la determinación de cuantas empresas se recuperaron y por qué muchas de sus normas no produjeron el resultado esperado.

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.

Parag. 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.*

Parag.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 párrafo anterior.*

5. De todas maneras, este es el régimen vigente y con él se tendrá que trabajar. Es el deseo que los intérpretes y en especial la Superintendencia de Sociedades acierten en su misión en bien de la organización empresarial del país.