

INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE EMPRESAS EN DIFICULTAD: EL CASO COLOMBIANO *

Javier Francisco Franco Mongua**
Universidad Libre, Bogotá, D.C.

RESUMEN

Este artículo, resultado de un proyecto de investigación adelantado en la Universidad Libre, presenta el desarrollo normativo de los procesos de intervención económica de las empresas en Colombia; esta investigación, siguiendo marcos metodológicos de tipo histórico, analítico, deductivo y el derecho comparado, quiso mostrar como se ha dado el cambio legislativo a través de las leyes más importantes: 222 de 1995, 550 de 1999, 1116 de 2006 y 1429 de 2010. Igualmente se pretende analizar la estadística descriptiva sobre los resultados de la aplicación de alguna de estas leyes en la probabilidad del salvamento de empresas en Colombia. Se da una revisión a importantes sentencias de la Corte Constitucional en esta materia y se muestra en extensión los aspectos jurídicos más importantes de los procesos concursales. Se contrastan las leyes con los resultados del

país en la medición del *Doing Business*. En esta forma se logra comprobar que las dificultades que la legislación presenta son fundamentales para el desarrollo económico.

Palabras clave: empresa, intervención económica, procesos concursales, Ley de quiebras, problemáticas, análisis legislativo.

ABSTRACT

This article, the result of an advanced research project at the Universidad Libre; presents the regulatory development of economic intervention processes of companies in Colombia, this research, with methodological framework such as of historical methodology, analytical, deductive and comparative law; would show as has been legislative change being the most important: 222 1995, 550, 1999, 1116, 2006 and 1429 2010. Descriptive statistics

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2011. Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2011.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación titulado *Valoración de activos intangibles en empresas en dificultad; estudio de derecho comparado Francia y Colombia* que se adelantó en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. El autor agradece a los estudiantes investigadores que participaron en el proyecto: Jaime Manrique, Tatiana Sofia Rojas Vega, Hernán Sánchez Castillo, Fabián Rodríguez, Luisa Fernanda Rodríguez Guaje y Jaime Manrique. Igualmente se reconoce el apoyo del Director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Alfonso Daza González, así como de los profesores Francisco Osteau De Lafont, Director de la línea de investigación, y Pedro Ángel de la Facultad de Contaduría de la Universidad Libre por su orientación en los aspectos técnicos del proyecto.

** Profesor investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Libre y de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG) Abogado de la Universidad Libre y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Comparado con énfasis en Derecho Económico de la Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne y candidato al Doctorado en Derecho de la Université de Paris Dauphine. Correo electrónico: jfrank1980@gmail.com

also analyze the results of the application of some of these laws on the probability of rescuing firms in Colombia. There is a major revision of the Constitutional Court rulings in this area and extension shown in the most important legal aspects of bankruptcy proceedings. Laws are contrasted with the results of the country in the measurement of *Doing Business*. Thus ensuring that the law presents difficulties that are fundamental to economic development.

Key words: business, economic intervention, bankruptcy proceedings, bankruptcy law, issues, legislative analysis.

1. INTRODUCCIÓN

La insolvencia¹ de las empresas se evidencia cuando dentro de su patrimonio los pasivos (sean a corto, mediano o largo plazo) superan a los activos corrientes, pero sin tener en cuenta los activos fijos (infraestructuras, edificios, maquinaria de funcionamiento, clubes, etc.), es allí donde la empresa es viablemente

recuperable, pero cuando los pasivos superan tanto activos corrientes como activos fijos, la empresa deber de ser liquidada lo más pronto posible o de forma inmediata (como el momento decisivo, grave e importante de una actividad económica organizada). En ambos casos, se evidencia cómo el Estado debe realizar su intervención, mediante sus entes competentes, con el fin de salvaguardar los aspectos referentes a la *Unidad de Explotación Económica (empresa), el empleo y el sistema crediticio*². Intervención esta que se hace en función del cumplimiento de los fines esenciales del Estado consagrados en la norma de normas. Ya que lo que se pretende es mantener la economía interna y su reflejo al exterior, al igual que los derechos de los deudores, acreedores y trabajadores. Además de no retrotraer el crecimiento del Estado como empresa final de la sociedad.

En observancia de las circunstancias económicas por las que atraviesa una empresa, el Estado ha venido interviniendo, cuando estas le son desfavorables a la Unidad Generadora de Riqueza. Es por ello que las reformas³

- 1 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 19ª edición, Edit. Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2008, pág. 201. “*Imposibilidad del cumplimiento de una obligación por falta de medios. Incapacidad para pagar una deuda*”. (cursiva fuera de texto).
- 2 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-1143 de 2000*, MP Carlos Gaviria Díaz. Aunque esta es una sentencia que revisa la constitucionalidad de algunos de los artículos de la Ley núm. 222 de 1995, el concepto dado por la doctrina constitucional frente a la finalidad del proceso concursal y de la legislación respecto de esta metería se mantiene como elemento esencial. Es así que expresa (y seguirá expresando): “*Los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor para atender el pago ordenado de sus obligaciones*”. Ese triple objetivo y la doble vía de cumplimiento parcial o total de las obligaciones son los fines fundadores y orientadores del derecho concursal colombiano.
- 3 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-520 de 2009*, MP María Victoria Calle Correa. Al legislador es a quien le corresponde definir y establecer los trámites, los términos, las etapas y los requisitos de los procesos (concurales), esto conforme a su *facultad de configuración legislativa*. Pero dicha facultad no es absoluta ni arbitraria, por lo cual debe observar de manera rigurosa aquellos “[...] límites en los principios y valores constitucionales [...]”. [Además, la] *competencia normativa del legislador [debe] resultar acorde con el estatuto superior, [...] [teniendo en cuenta los siguientes aspectos]: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad, entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.*

que se realizan para establecer soluciones a las crisis empresariales se hacen indispensables, urgentes y acordes al interpretar y aplicar el *Principio de la Realidad Económica*⁴ del país, de forma coherente, proporcional y razonable⁵. Estos cambios, reformas, creaciones o extinciones de las normativas deben ejercerse en *un tiempo razonable* de conformidad con el mencionado principio, y en una *coordinación armoniosa* de las instituciones jurídicas con la economía, política y cultura predominante en el espacio y tiempo definido. Pues el marco u ordenamiento jurídico, esto es, valores, principios, objetivos, obligaciones, deberes y derechos deben ajustarse a la realidad social imperante. Es decir, frente a lo mencionado es necesario observar las normas jurídicas o marco jurídico vigente que es aplicable al llegarse a presentar una necesaria e indudable intervención por parte del Estado en la economía de las empresas que se encuentran en dificultades.

Problema de investigación

Cuáles son los procedimientos de salvaguarda y de liquidación, y desde el punto de vista cuantitativo hacer un análisis de su efectividad.

El enfoque metodológico

Este estudio se realiza en el marco de una visión holística que tiene elementos metodológicos de tipo histórico, analítico, deductivo y el derecho comparado. Sigue el

método histórico en la medida que es necesario observar el desarrollo cronológico de los avances de la legislación en materia de ley de quiebras, así como las diferentes regulaciones de las cuales otros países han permitido un mayor beneficio a los empresarios.

Es analítico porque divide y explica las diversas normas que han sido diseñadas para llevar a cabo los procesos de salvamento y liquidación de empresas, complementando la perspectiva histórica y haciendo un estudio sobre los distintos componentes estructurales de cada una de las particularidades normativas sobre la materia. Para ello además toma estadísticas descriptivas para llegar a mostrar los efectos que cada norma ha tenido frente a los objetivos que ellas se propusieron.

El aspecto del derecho comparado se tiene en este artículo a partir de la metodología de *Doing Business* que se explicará dentro del texto. Sin embargo se hace necesario delinear algunos aspectos del derecho comparado:

Usualmente en las universidades se hacen “ejercicios de derecho comparado”, consistentes en tomar las leyes o regulaciones de dos países distintos y hacer un cuadro mostrando sus similitudes y diferencias; ello no está mal, pero debería recordarse que hay todo un cúmulo de trabajos en torno a las familias jurídicas⁶: su comparación en términos cuantitativos y cualitativos. Para entender un poco en qué consiste, he tomado la

4 Este principio implica que el ordenamiento jurídico en materia económica se debe amoldar o adecuar en concordancia asimilable con los cambios que el sistema económico interno del país sufra, durante el transcurrir del tiempo y la realización de las diversas actividades propias al crecimiento, estancamiento o decrecimiento del sistema económico-político-social.

5 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-807 del 2009, MP María Victoria Calle Correa. “... para que la carga se tenga por constitucional, que sea razonable y proporcionada, para lo cual se ha de evaluar, entre otras cosas: (i) si la limitación o definición normativa persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la definición normativa propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin estimado” (subrayado fuera de texto).

6 Artículos explicativos sobre el Derecho comparado:

MANCERA COTA, Adrian. “Consideraciones durante el proceso comparativo”. En: *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 121. Recuperado el 19 de septiembre de 2011 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/121/art/art7.htm>

exposición que hace Mancera en el texto citado para explicar fácilmente de qué se trata el método en el derecho comparado:

Primero se selecciona un sistema jurídico y luego deben responderse preguntas como ¿Qué sistemas jurídicos y temas deben ser seleccionados para un estudio comparado o de investigación? y ¿cómo esos sistemas y temas son seleccionados? En nuestro caso vamos a estudiar el derecho societario colombiano frente al francés. Hay dos niveles de comparación:

Macrocomparación: Se confrontan dos o más sistemas jurídicos. Tiene en cuenta además los métodos de interpretación, la doctrina, la jurisprudencia y la técnica parlamentaria o legislativa, la estructura del poder jurisdiccional y los procedimientos que en él se siguen.

Microcomparación: En este se busca un tema específico a comparar. En nuestro caso el derecho societario en general y el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) en particular.

El método consiste en encontrar, como lo dije antes, similitudes y diferencias y luego com-

pletar el análisis con la descripción, la identificación y la explicación.

Para Mancera la descripción "Consiste en describir cada uno de los conceptos, reglas, instituciones o procedimientos seleccionados. Al suministrar una descripción de las partes o elementos que integran el sujeto a comparar, estas se vuelven a separar, reconstruir y, otra vez, describir como un todo, y entonces así se podrán reconocer las principales características de cada sujeto descrito"⁷.

En la identificación se explicitan las diferencias y similitudes de los elementos jurídicos descritos y luego se separan en sus componentes. A partir de estos se hace la fase de explicación, profundizando cómo cada elemento de la institución estudiada puede parecerse o no.

Finalmente, se llega al punto de determinar las posibles influencias de un sistema en otro, y si podría ser útil, por ejemplo, tomar un elemento de un sistema para resolver un problema en otro.

Para Mancera se pueden formular varias preguntas: "¿Acaso la técnica comparativa

MORÁN, Gloria M. "El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico". Recuperado el 19 de septiembre de 2011 de <http://bibliotecanonica.net/docsaf/btcajf.pdf>
GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago. "Pasado, presente y futuro del Derecho comparado". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, num. 3, págs. 649-685. Santiago, 1999.

ROE, Mark J. "Juries and the political economy of legal origin". En: *Journal of Comparative Economics*, núm. 35, págs. 294-308, 2007.

CLAUDE MÉNARD, Claude y DU MARAIS, Bertrand. "Can we rank legal systems according to their economic efficiency?" Publicado en P. Nobel (Dir.), *New Frontiers of Law and Economics*, Saint Gallen Schulthess, 2006,

RAFAEL LA PORTA, Florencio, LÓPEZ-DE-SILANES, Andrei Shleifer, and ROBERT, W. "Vishny legal determinants of external finance". En: *The journal of finance*, vol. LII, núm. 3, julio de 1997.

MATHIAS M., Siems. "Shareholder protection around the world ('leximetric II')". Publicado en Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper núm. 359.

WATSON, A. "Legal transplants and european private law", *Electronic journal of comparative law*, vol. 4.4, diciembre de 2000. Recuperado de <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>

BONILLA MALDONADO, Daniel. "Teoría del Derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate". En: *Teoría del Derecho y transplantes jurídicos*. Siglo del Hombre Editores. Universidad Javeriana. Universidad de los Andes. Bogotá, 2009.

⁷ Mancera, ob. cit.

cumple adecuada o eficazmente el propósito que el comparatista definió? Acaso, por ejemplo, ¿promueve un mejor entendimiento de su propio derecho, la formulación de teorías confiables, promueve una reforma legislativa o la unificación del derecho? ¿Los resultados obtenidos pueden ser considerados como confiables?⁸”.

Asimismo, debe responderse si sería posible determinar la factibilidad de adoptar una solución extranjera por medio de dos preguntas: “primera, si ha resultado satisfactoria en su país de origen y, segunda, si funcionará en el país donde se propone su implantación”.

Finalmente, y en concordancia con lo anterior, este estudio es realizado desde una óptica teórica del derecho: ella es el análisis económico del derecho cuyo desarrollo veremos a continuación.

Las relaciones entre investigadores de la economía y el derecho no son nuevas. Adam Smith, Jeremy Bentham y Francesco Carnelutti son autores que, desde las ciencias económicas y el Derecho, vieron como las reglas tienen una influencia sobre el comportamiento económico y que el Derecho también es modificado por la realidad socioeconómica.

Después de los años cincuenta del siglo XX varios abogados y economistas, más parte de los Estados Unidos, comenzaron a hacer investigaciones sobre relaciones entre la economía, el Derecho y su influencia en la estimulación del desarrollo. Richard Posner, Ronald Coase, Douglas North y Oliver Williamson son algunos de sus autores que crearon y participaron en la metodología del análisis económico del derecho (AED); Leyes y Economía Por ello, entre otras cosas,

fueron reconocidos con el Premio Nobel en ese campo. Posiblemente, una de las claves de esta escuela es la aplicación de instrumentos microeconómicos y de la estadística para analizar correlaciones entre la ley y los efectos de su aplicación. Para nuestro problema de estudio, utilizaré algunas estadísticas descriptivas sobre los resultados de la aplicación de las normas sobre salvaguardia de las empresas.

Con todo, el presente escrito tiene como principal objeto, respecto de los antecedentes, exponer de forma general el marco normativo vigente del *Régimen de Insolvencia Empresarial* en ocasión a la intervención necesaria que debe hacer el Estado en la esfera económica de la empresa, mostrar algunas de las *novedades, funcionamiento y eficacia*⁹ de la Ley 1116 de 2006, promulgada el 27 de diciembre del mismo año, y que solo a partir del 27 de junio de 2007 empezó a regir. Sin descuidar las posteriores reformas parciales que se dieron a esta, mediante la Ley 1429 de 2010, referencia que se realizará líneas más adelante.

Teniendo presente lo mencionado, es indispensable recordar que el 31 de diciembre de 1999, fue promulgada la Ley 550 (en atención a las dificultades económicas y políticas por las que atravesaba nuestro país), la cual regiría por un periodo de cinco años. Sin embargo, este tiempo de vigencia fue prorrogado por la Ley 922 de 2004 (29 de diciembre), por dos años más. Pero, con anterioridad a esta (Ley 550 de 1999), en el ordenamiento jurídico colombiano la ley que regulaba los asuntos del Derecho Concursal era la 222 del 20 de diciembre de 1995¹⁰, derogada parcialmente por la ya mencionada.

8 Ibidem.

9 BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ª edición, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 2007. El concepto de *Eficacia (justicia y validez)*, entendido como uno de los criterios de valoración de la norma jurídica que permite el estudio del cumplimiento y utilidad, respecto del impacto, sea positivo o negativo, producido al dirigir la norma jurídica hacia una población determinada.

10 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-233 de 1997*. MP Fabio Morón Díaz.

Para iniciar con el estudio de la Ley 1116 de 2006, es necesario precisar algunos aspectos del Derecho Concursal establecidos por las legislaciones anteriores, frente al nuevo *Régimen de Insolvencia Empresarial*. Esto, debido a que la nueva ley adopta muchos de los microsistemas ya dados por sus antecesoras¹¹.

Comencemos, de manera muy general, mencionando algunos de los aspectos traídos por la Ley 222 de 1995.

Para recordar, mencionemos los aspectos más importantes que contempló esta ley: (i) estableció la *Unificación Concursal*, es decir, contempla a todos los deudores, personas naturales y personas jurídicas, comerciantes o no comerciantes, para que sean participantes en el trámite; (ii) definía un trámite concursal de doble ruta; el primero un *concordato*, un acuerdo para la recuperación de los negocios del deudor, y el segundo, un *concurso liquidatorio*, en que se enajenan los bienes para pagar los pasivos, pertenecientes a cada uno de los respectivos acreedores como activos patrimoniales; (iii) puntualizaba al *concordato* con las características de *recuperación, conservación de la empresa y pro-*

tección del crédito; (iv) consagraba en concordancia con la Constitución Nacional, el *Principio de la Igualdad* entre entidades públicas, de impuestos y demás acreedores, frente al otorgamiento de la misma carga procesal y el mismo trámite (principio de igualdad procesal); (v) *prohíbe que el concordato sea invocado como causal de terminación* de los contratos de tracto sucesivo o la caducidad de contratos administrativos; (vi) trataba de manera sobresaliente el *Principio de Publicidad*, en cuanto se debía notificar y avisar a los acreedores con interés en el concurso de forma rigurosa; (vii) determinaba que una vez iniciado el trámite concordatario no podía darse un proceso de restitución de inmueble, *exclusividad del proceso concordatario*; (viii) *interrupción de la prescripción*¹² *extintiva del derecho del acreedor*, que era desde la iniciación del trámite hasta la terminación del acuerdo; (ix) el Acuerdo Concordatario no podía modular la *prelación de créditos* establecida en la legislación civil vigente; (x) que la Junta de Acreedores designa a un *coadministrador de los Negocios del Deudor*; (xi) el acuerdo debía realizarse en audiencia y en presencia del Juez del concurso¹³; (xi) se despenalizó el delito de

11 Por objeto del presente trabajo, se analizarán de manera general las legislaciones y reglamentaciones anteriores a la Ley 1116 de 2006, en cuanto lo que se pretende analizar son los aspectos y criterios más relevantes de esta, el Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial.

12 ISAZA UPEGUI, Álvaro y LONDOÑO RESTREPO, Álvaro, *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*, 3ª Edición, Ed. Legis, Bogotá-Colombia, 2011, pág. 4. Estos juristas, toman el concepto de *Interrupción* de la prescripción Extintiva de las obligaciones del deudor, concepto este de *Interrupción* que no comparto, en cuanto, al establecerse que un término se detendrá en la iniciación del trámite y se reanudara al finalizarlo, se puede observar claramente, la concordancia del contenido material con el concepto de *Suspensión*, es decir, *Suspensión* de la Prescripción Extintiva de las Obligaciones del deudor o de los Derechos del acreedor. Mientras que la *Interrupción* surge en el momento que se detienen el término, pero que este luego del momento en que se detienen, inicia a correr de nuevo en su totalidad. No inicia a contabilizarse de forma parcial.

13 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo: Sección Segunda-Subsección "A", *Sent. 20 de enero de 2011, C.P.*, Alfonso Vargas Rincón. Observa, el artículo 90 de la Ley 222 de 1995, que reza: "*La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso tercero de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales*". Determinando la competencia de la Superintendencia de Sociedades en la Liquidación de Sociedades en dificultades, respondiendo a

quiebra y se estableció *liquidación obligatoria*; (xii) *la apertura de liquidación obligatoria* se daba por incumplimiento del concordato o por fracaso del trámite concursal, y debía ser solicitada por el Deudor, de oficio o por la Superintendencia de Sociedades; (xiii) *las acciones de simulación o revocatoria* quedaron establecidas para que procedan en la liquidación obligatoria o en el concordato; (xiv) que *la liquidación obligatoria puede terminar* por la celebración de un concordato en el proceso o por un acuerdo concordatario realizado fuera del proceso; (xv) que la figura del *liquidador ostentaba de una responsabilidad* hacia el deudor, los asociados y los acreedores; (xvi) esta ley derogó el título 28 del Código de Procedimiento Civil, *Concurso de Acreedores*.

Ahora, observemos de forma genérica los aspectos relevantes de la *Ley 550 de 1999*.

Esta ley es de relevancia, en cuanto surgió en un momento de dificultad económica por la que atravesaba el país. Es decir, que se realizó y promulgó consultando la realidad económica imperante. Resaltemos de esta lo siguiente: "(i) se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano con una vigencia temporal limitada a cinco años y luego prorrogada por otros dos años [mediante la Ley 922 de 2004]; (ii) su ámbito de aplicación se

circunscribe a las personas jurídicas que desarrollen actividad empresarial, y está concebida para empresas viables. También se aplica a la reestructuración de los entes territoriales y de las universidades públicas de orden nacional o territorial; (iii) la negociación de acuerdos de reestructuración empresarial es un instrumento de intervención del Estado en la economía, y persigue, entre sus fines, promover la reactivación de la economía y el empleo; (iv) por primera vez en la historia colombiana, se *desjudicializa* el concurso, al establecer un marco legal para la negociación de un acuerdo de naturaleza contractual que la ley denominó *acuerdo de reestructuración*; (v) como órganos de la reestructuración, se crean las figuras del nominador –entidad del Estado o Cámara de Comercio que aprueba la solicitud de iniciación de la negociación– y del promotor –un particular con funciones de mediador informado, que la ley confunde con funciones de amigable componedor–; (vi) únicamente regula acuerdos de naturaleza recuperatoria. El proceso liquidatorio sigue regido por la normas de la Ley 222 de 1995, que se adicionó con disposiciones tendientes a facilitar la enajenación de los bienes de la masa, buscando de esta manera agilizar las liquidaciones que se habían vuelto interminables, pues únicamente estaba permitida la venta directa de los bienes por parte del liquidador"¹⁴;

la defensa de los derechos crediticios, de los deudores y de los trabajadores. Además, de analizar el correspondiente artículo, define que las tutelas contra providencias judiciales, al contrario de otras jurisdicciones, es improcedente para infirmar una decisión o providencia de la Superintendencia de sociedades o del Juez. Esto lo afirma en cuanto argumenta que el proceder de las tutelas contra las providencias judiciales: (i) viola la cosa juzga de las providencias; (ii) se vulnera la seguridad jurídica; (iii) que se entraría en una usurpación de jurisdicción y; (iv) la procedencia desnaturalizaría la acción de tutela. A esto, agregando que en la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992, en la que se declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, se manifestó la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Ya que es necesario que la tutela proceda en un caso de urgencia grave y que genere o pueda llegar a generar un daño irremediable (carácter transitorio). Pero, que se es necesario que se agoten los medios judiciales de defensa para que proceda la tutela a infirmar una providencia (carácter subsidiario). En sentido contrario, al criterio del Consejo de Estado, la Corte Constitucional comparte la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para tal caso, estableció causales genéricas de procedibilidad y causales específicas de procedencia. Véase Corte constitucional, *Sentencia C-590 de 2005*, MP Jaime Córdoba Triviño.

14 Op. cit., ISAZA UPEGUI, Álvaro y LONDOÑO RESTREPO, Álvaro, 2011, págs. 5-6.

(vii) se estableció que las acreencias se negocian libremente y las consecuencias de los subrogados son de acuerdo a la legislación civil; (viii) consagró que la prelación de créditos en los acuerdos será la misma que rija en caso de liquidación obligatoria; (ix) se crean estímulos fiscales; (x) dispuso que durante la negociación se deberá entender suspendido el plazo dentro del cual se toman condiciones o decisiones de superar las causas de disolución por pérdidas; (xi) se permite la concertación de condiciones laborales entre el empresario y el o los sindicatos en *pro* de la recuperación de la empresa, estos acuerdos serán autorizados y vigilados por el Ministerio de la Protección Social y el acuerdo hará parte del proceso de reestructuración; (xii) despoja al deudor de la toma de decisiones en los acuerdos, al establecer que los acuerdos se darán por votos de los acreedores internos y externos. Esta ley, aunque fue novedosa, trajo algunas inconsistencias que serían solucionadas por las dos leyes siguientes, expedidas para atender la realidad y los problemas jurídico-económicos de carácter continuo y sobrevinientes.

2. NOCIONES GENERALES DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL¹⁵

El Régimen de Insolvencia Empresarial de la República de Colombia, REI (Ley 1116 de 2006), estableció en la teoría dirigida a la práctica jurídica los objetivos que se deben seguir para su aplicación. Los objetivos¹⁶ o finalidades que busca el RIE son: primero, *la protección del crédito al centrarse en las empresas en dificultad*. Por otro lado, *recuperar y conservar la empresa como una importante unidad de explotación económica y generadora de empleo, y con esto, los derechos laborales*; esto a través de procesos de reorganización: acuerdos de preservación, reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos, con el fin de normalizar los aspectos crediticios y comerciales de empresas que sean viables; pero también, por medio de la Liquidación Judicial en caso de ser inviable la empresa, con el fin u objetivo de aprovechar el patrimonio existente de forma pronta y ordenada. Tercero, *propiciar, promover y proteger la buena fe, las relaciones comerciales, sean las relaciones patrimoniales o personales, según el tipo de*

15 El Régimen de Insolvencia Empresarial (RIE) ha venido siendo objeto, para su desarrollo y eficacia, de diversas reglamentaciones por parte del Gobierno Nacional, las cuales son: el *Decreto núm. 2179 de 12 de junio de 2007*, por el cual se reglamenta el parágrafo 3.º, del artículo 6.º de la Ley 1116 de 2006. **Decreto núm. 2190 de 14 de junio de 2007*, por el cual se corrigen yerros en el texto de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. **Decreto núm. 2300 de 25 de junio de 2008*, por el cual se reglamenta el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, sobre la vigilancia de las sucursales de sociedades extranjeras y la aprobación del inventario del patrimonio social, y se dictan otras disposiciones. **Decreto núm. 2785 de 31 de julio de 2008*, por el cual se reglamenta el artículo 123 de la Ley 1116 de 2006, en cuanto a la inscripción en el registro mercantil de los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que constan en documento privado y se dictan otras disposiciones. **Decreto núm. 2860 de 05 agosto de 2008*, por el cual se reglamenta el Parágrafo 2.º del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006. **Decreto núm. 962 de 26 de marzo de 2009*, por el cual se reglamentan los artículos 5.º, numeral 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores. **Decreto núm. 1038 de 26 de marzo de 2009*, por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 75, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. **Decreto núm. 1730 de 15 de mayo de 2009*, por medio del cual se reglamentan los artículos 48, numerales 9, 57, 81 y 84 de la Ley 1116 de 2006 y se dictan otras disposiciones. **Decreto núm. 1270 de 15 de abril de 2009*, por el cual se reglamentan el parágrafo 1.º del artículo 34 y el artículo 38 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 39 de la Ley 1151 de 2007.

16 Cfr., artículo 1.º de la Ley 1116 de 2006.

vínculo jurídico estipulado. Y por último, lograr, conforme a las normas de este régimen, sancionar conductas que atenten o vayan en contra de la buena fe.

Para cumplir los objetivos mencionados, se previeron y desarrollaron de forma teórico-práctica una serie de principios¹⁷ elementales, que son los siguientes: (i) *el principio de la universalidad*, según el cual se entiende que al inicio del proceso de insolvencia quedan vinculados, inmiscuidos, la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores; (ii) *de la igualdad*: los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la prelación de créditos y preferencias establecidas en la legislación civil, se les dará un tratamiento equitativo, correspondiente a sus derechos y obligaciones exigibles; (iii) *eficiencia*: frente a los recursos existentes debe darse el mejor aprovechamiento (como en la liquidación judicial que debe ser pronta y ordenada). Pero también, *se debe dar una eficiencia* frente a la administración de los recursos de acuerdo con la información que se conozca, para procurar la protección del interés de los concurrentes; (iv) *el principio de dar información*, con ocasión y relación al anterior principio, en el proceso de insolvencia el deudor y el acreedor deberán dar información oportuna, comparable y transparente, atendiendo al principio de la buena fe; (v) *de la negociabilidad*, consiste en la negociación no litigiosa entre los interesados, propiciada por las actuaciones en el curso del proceso, en relación con deudas y bienes de deudor. La actuación negocial se ejercerá de forma proactiva, informada y de buena fe; (vi) *de la gobernabilidad económica*: obtener una dirección gerencial definida en la administración de los activos y su destinación. Gobernabilidad económica, obtenida a través del proceso de insolvencia para lograr propósitos de cumplimiento de obligaciones económicas y una reactivación funcional y estructural de la empresa, y (vii) *el principio de la reciprocidad*, en los casos de

insolvencia transfronteriza, aspecto y regulación nueva consagrada en el derecho comercial colombiano, que dispone un reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras. Este es un postulado de aplicación especial, frente a los demás que se aplican para todo el régimen de insolvencia de forma concurrente, sin excluir que para estos casos especiales concurre tanto este principio como los demás mencionados. Es necesario determinar que los principios del RIE son orientadores de todas las actuaciones que dentro de él se prevén.

Los procesos de reorganización que estableció el legislador colombiano frente a los diversos cambios económicos permiten la protección de los ya mencionados derechos. Este proceso (régimen de insolvencia empresarial), en proporción ágil, flexible y adecuado, se implementará cuando un análisis financiero de la empresa permita determinar que es viable la recuperación y conservación de su actividad económica en crisis, y posiblemente después de esta. De lo contrario, lo mejor es realizar una liquidación inmediata, rápida y ordenada del patrimonio del deudor hacia sus acreedores generales. Es decir, se adjudica o aplica el régimen de insolvencia, primero, *frente a la recuperación y conservación de la empresa, cuando el saneamiento de su crisis es viable* y, segundo, *en situación contraria la liquidación procederá de forma obligatoria e inmediata*.

El Régimen de Insolvencia Empresarial, establecido por la Ley 1116 de 2006, trajo por primera vez al derecho concursal colombiano la Insolvencia Transfronteriza, recopilando las normas internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), reafirmando así el carácter de tendencia hacia la internacionalización que caracteriza al derecho comercial. Esta nueva figura tiene el propósito de defender, a través de una cooperación entre

17 Véase, *Ibíd.*, artículo 4.º.

autoridades competentes de Colombia y demás Estados o miembros firmantes del modelo-acuerdo de la CNUDMI, las inversiones de los empresarios extranjeros, los procedimientos y los bienes del deudor.

2.1. Competencia en la iniciación, dirección y aplicabilidad de los procesos de insolvencia

Es de resaltar que el régimen de insolvencia empresarial del 27 de diciembre de 2006 consagró que la Superintendencia de Sociedades desarrollará la competencia de dirigir, orientar y definir los procesos especiales. Tiene la atribución de conocer de estos procesos, que son los de reorganización del empresario insolvente, al igual que tiene la competencia de conocer de la determinada liquidación judicial, pero también, de tramitar la validación judicial de los acuerdos fuera del proceso (extrajudiciales) de reorganización que sean presentados, ya sean por los deudores o acreedores, ante esta entidad de inspección, vigilancia y control, en su calidad ostentosa de juez del concurso. En los demás casos de insolvencia de persona natural comerciante podrá ser competente a prevención, es decir, el primer juez que conozca del proceso descartando al que sigue, pero por regla o norma en los mencionados procesos en el que esté inmersa una persona natural comerciante será de competencia del Juez Civil Municipal o del Juez del Circuito, ya según las cuantías del caso que se encuentran determinadas en este mismo Régimen de Insolvencia Empresarial¹⁸. Pues bien, la competencia tanto para la Superintendencia de Sociedades como para el Juez Civil del

Circuito puede ser de carácter privativa o preventiva.

El artículo 12 de la ley igualmente formuló o estableció que la institución de inspección, vigilancia y control (Superintendencia de Sociedades) será la competente para conocer y adelantar todos los procesos de insolvencia empresarial en los que exista una atadura o vínculo de subordinación o control entre los deudores solicitantes, siempre que dentro de uno de estos haya uno o más, sujetos a la competencia de la entidad estatal.

Con el ánimo de observar otro de los aspectos relevantes en materia concursal generado con la última legislación y jurisprudencia en esta materia, es necesario determinar para qué tipo de personas, en sentido general, es aplicable el Régimen de Insolvencia Empresarial (Ley 1116 de 2006). Si bien es cierto que todas las personas naturales y jurídicas que tienen el carácter de comerciantes se venían sometiendo al mismo régimen de reestructuración y liquidación obligatoria en las anteriores legislaciones, también es cierto que en el actual Régimen de Insolvencia se excluyeron las personas naturales no comerciantes. Por primera vez, se dividió el unificado régimen concursal imperante desde hacía más de once años, que contemplaba una inmersión en los procesos concursales, tanto de personas naturales y jurídicas comerciantes, como de las personas naturales no comerciantes, rompiendo así con el Principio de Igualdad, según el cual se entiende que frente a situaciones iguales debe haber trato igual, trato desigual respecto de situaciones desiguales¹⁹. Pues además, no todas

18 ROA REYES, Nelson, *Derecho Comercial-Actualizado Ley 1116 de 2006*, Edit. El profesional, Bogotá-Colombia, 2008, págs. 183-201.

19 CORTE CONSTITUCIONAL, C-292 de 2002, MP Jaime Araujo Rentería. “La finalidad de una norma jurídica: *“para que (...) no resulte contraria al derecho fundamental de la igualdad, debe justificarse el trato diferente y para ello debe existir razonabilidad, objetividad, perseguir un fin legítimo y la concurrencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (...)*. El alcance del derecho a la igualdad como en diversas oportunidades lo ha reiterado esta Corporación es el de prohibir el trato diferente frente a supuestos iguales, pero permite y autoriza tratamientos diferenciales cuando se trate de supuestos desiguales y estén razonablemente justificados.”

las personas jurídicas comerciantes son protegidas o acogidas por este Régimen de Insolvencia Empresarial, ya que la misma unidad normativa establece qué personas están excluidas o no de su aplicación.

En consecuencia, a la competencia de las autoridades públicas mencionadas para admitir, conocer y tramitar lo referente a los procesos establecidos por el Régimen de Insolvencia Empresarial, permite que estén obligadas a definir cuáles son las personas a las que se aplica y a las que no se aplica el régimen. Para poder así establecer un margen de adjudicación judicial a los casos concretos. Entonces, para determinar a las personas que son acogidas por esta reglamentación, es inversamente importante mencionar aquellas personas que se encuentran excluidas²⁰, a saber: (i) las entidades que se encargan de promover la salud, las que se encuentran encargadas de administrar el régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud y las instituciones que prestan el servicio de salud; (ii) las bolsas de valores y agropecuarias; (iii) Las entidades que son vigiladas bajo la jurisdicción de la Superintendencia Financiera del país, sin excluir a los emisores de valores que se encuentran sometidos al control de dicha entidad; (iv) todas las entidades que desarrollan actividades económicas de financieras, de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria; (v) las sociedades que están constituidas por capital público, las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial; (vi) las denominadas entidades de derecho público, las entidades territoriales y descentralizadas;

(vii) las personas naturales no comerciantes²¹; (viii) las empresas de servicios públicos domiciliarios, y (ix) las demás personas jurídicas o morales que se encuentren sujetas o bajo un régimen especial para la recuperación y conservación o para la liquidación mediante la intervención administrativa, o para simplemente administrar.

Establecidas las personas que se excluyen de la sujeción a este régimen, por comprender características propias de capacidad, circunstancias jurídicas y fácticas diversas, es de contemplar que la aplicabilidad del conjunto de estas normas y principios ha de ser predominantemente adjudicable o dirigida en su aplicación *a las empresas*, ya que estas, por su alto aporte al desarrollo económico y el despliegue de una gran actividad económica organizada, dinamizan de forma continua, permanente, acelerada y sistemática la economía al producir un *efecto multiplicador en la macro-economía* del país.

2.2. Concepto general de crisis empresarial en sentido jurídico-procedimental

La crisis (en sentido jurídico, frente a la admisibilidad del proceso concursal) es el estado o situación de dificultades económicas insuperables de la empresa para recuperarse en sí misma. Situación en la que interviene el Estado por medio de las normas jurídicas o procedimientos establecidos para lograr una recuperación y conservación de la unidad de explotación económica y/o proteger los derechos de los deudores, acreedores, trabajadores e intereses indirectos. Es decir, la crisis empresarial se presenta de forma insuperable

20 Artículo 3.º de la Ley 1116 de 27 de diciembre de 2006.

21 Véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-699 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil. La exclusión de la persona natural no comerciante que se consagró en este Régimen de Insolvencia Empresarial generó que la Corte en Control constitucional se pronunciara frente a que el Congreso de la República dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa debía expedir un régimen universal para personas naturales no comerciantes. Es así como, con posterioridad, se promulga y entra en vigencia la Ley núm. 1380 de 2010, sobre el Régimen de Insolvencia para Personas naturales no comerciantes. Esto atendiendo a las diferencias sustanciales que existen entre una persona natural o jurídica comerciante y una natural que no tiene tal carácter.

(para ser parte del proceso) cuando la unidad de explotación económica presenta una disminución de sus activos, liquidez o solvencia y aumento de sus pasivos, iliquidez o insolvencia, produciendo así el incumplimiento de las obligaciones de carácter económico y el normal funcionamiento de la empresa. Atada esta unidad, necesariamente a recurrir a un procedimiento concordatario o en caso más allá de iliquidez de la empresa, a una liquidación obligatoria en salvaguarda de los derechos de los acreedores generales. En este último caso, la empresa es inviable en su recuperación económica, funcional y estructural, por lo tanto lo que se busca es aprovechar los activos restantes para cumplir o pagar las obligaciones pendientes con los diferentes acreedores. Quiere esto decir; viabilidad de la empresa; continuidad en lo posible en el desarrollo de su actividad económica e inviabilidad de la empresa; culminación del desarrollo de su actividad mercantil y aprovechamiento del patrimonio restante para solventar deudas. En las dos situaciones la normativa concursal tiene como finalidad la protección al máximo de los derechos de los intervinientes en la relación comercial y procesal.

2.3. Causas generales de las crisis, sus descripciones y explicaciones como requisito de admisibilidad en proceso de insolvencia

Antes de abordar el tema de las causales o presupuestos generales para admisibilidad

de las empresas en los procesos previstos por el Régimen de Insolvencia Empresarial, es necesario precisar que dentro de estas causales generales hay dos tipos de clasificaciones en cuanto a su importancia, inmersas en los derechos sustanciales que se presentan en controversia y custodia de la jurisdicción estatal. Los primeros presupuestos son aquellos denominados *objetivos o materiales* que deben existir y ser probados para que sea admitida la empresa a los procesos, y los segundos son aquellos que son *formales*, que incluso son menos importantes, pero aun así revisten gran esencialidad o elementalidad para llevar a cabo la correcta admisión al proceso de insolvencia. Sin embargo, estos segundos no recaen, por falta de cumplimiento en su integridad, en la inobservancia o vulneración del derecho sustancial, mientras que los primeros consecuentemente y necesariamente determinan la finalidad y objetivización del ser admitidos y tramitados los procesos de insolvencia, para proteger dicho derecho sustancial o material²². Es así que lo necesario es observar las *causales materiales* sujetas a algunas formalidades que permiten de manera predominante la admisibilidad de la solicitud para ser parte de un proceso de insolvencia empresarial, bajo la intervención estatal.

Por tal razón, el empresario debe expresar las causas que originaron la crisis empresarial. Así lo dispone el artículo 13, numeral 4.º, del Régimen de Insolvencia Empresarial (Ley 1116 de 2006), donde se establece que “la soli-

22 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-622 de 2004, MP Rodrigo Uprimny Yepes. Esta corporación ha reiterado de forma uniforme que es necesario hacer “... énfasis en que las particularidades de los procesos conforme a la Constitución, deben estar dirigidas a asegurar la prevalencia del derecho sustancial, el principio de eficacia de los derechos y la protección judicial efectiva. De allí, que sean entendidas como constitucionales justamente, las normas procesales que tienen ‘como propósito garantizar la efectividad de los derechos’ y su eficacia material (...)”. Pues, no se puede pretender poner las formas por encima de los derechos sustanciales, así lo establece la norma constitucional en el artículo 228. Además de que estas se encuentran al servicio de la materialización del derecho sustancial como pedios **NO SE SABE QUÉ ES ESTA PALABRA!!!!** proporcionales y razonables en la limitación al acceso a la administración de justicia y el debido proceso (procesos de reorganización o liquidación judicial). Que es más, que las formas la esfera primaria y reductible del derecho sustancial, que este, como el núcleo duro e irreductible de los reconocimientos razonables y proporcionales a los sujetos de derecho, encontrados en dificultades para la salvaguarda en sede de jurisdicción judicial o administrativa.

*cidad de inicio del proceso de reorganización por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá ir acompañada de los siguientes documentos: (...) 4. Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia". Esto, atendiendo la transparencia que tiene o debe tener el deudor frente a los acreedores en el momento de llegar a un acuerdo de colaboración para pagar las obligaciones adquiridas con estos. De forma general, pueden encontrarse desde el punto en que sean analizadas respecto de la empresa, las siguientes causales: "(i) causas internas, (...) el manejo de los administradores en el interior de la empresa (...); (ii) causas externas, (...) circunstancias ajenas, casi siempre a los administradores, que afectan a la empresa (...); (iii) causas inmediatas, las que en el momento actual afectan las finanzas y funcionamiento [de la empresa]; (iv) causas mediatas, aquellas que no han sido superadas al haber ocurrido en el pasado; (v) causas irremediabiles, las que no pueden ser solucionadas por la celebración de un acuerdo con los acreedores y mucho menos por el mismo administrador; (vi) causas remediabiles, las que de forma directa puede el administrador corregir o bajo un concurso de sus acreedores"*²³. De manera particular, es necesario referenciar que las empresas entran en fracaso y pueden llegar a la liquidación obligatoria, como lo identificado La Superintendencia de Sociedades, por: "1) elevado endeudamiento; 2) reducción en las ventas; 3) malos manejos administrativos; 4) falta de capacidad para competir; 5) falta de personal competente para administrar la empresa; 6) mezcla de problemas familiares con el manejo de la empresa; 7) tecnología obsoleta; 8) escasez de recursos de

*la población; 9) apertura económica, y 10) elevada carga tributaria"*²⁴. (Cursiva fuera de texto).

Es decir que el empresario o este y sus acreedores, y la autoridad competente, al formular o analizar, respectivamente, la solicitud que contiene la memoria detallada de los hechos y causas de la crisis de la empresa, deben tener en cuenta los factores o causas internas, externas, inmediatas, mediatas, remediabiles e irremediabiles para decidir si esta debe o no ingresar a un proceso de reorganización, por la posible viabilidad de recuperación y conservación de la empresa, o si es mejor que curse por un proceso de liquidación en protección de los diferentes intereses allí pretendidos. Esto se evidencia en el artículo 13, numeral 5.º, de la Ley 1116 de 2006, al establecer que el deudor deberá presentar un plan de negocios que incorpore y desarrolle una reestructuración financiera y reorganización operativa o de competitividad, que permitan solucionar las razones en general o dificultades de iliquidez, insolvencia y cesación de pagos de la empresa.

Los hechos mencionados se pueden determinar cuando hay: (i) *iliquidez*, problemas de caja al observar que los recursos producidos por las operaciones son insuficientes para atender el pago en oportunidad de las obligaciones adquiridas; (ii) *insolvencia*, cuando hay incapacidad objetiva de pagar las deudas, a falta de suficiente patrimonio, es decir, un desequilibrio o una desproporción entre el activo realizable y el pasivo exigible; (iii) *cesación de pagos*²⁵,

23 Op. cit., Cfr. ISAZA UPEGUI, Álvaro y LONDOÑO RESTREPO, Álvaro, 2011, págs. 18-19.

24 Ibid. pág. 19.

25 Op. cit., ROA REYES, Nelson, 2008. Mediante certificación suscrita por el representante legal de la sociedad y el revisor fiscal, o a falta de este, por un contador público, se acreditará de forma clara, cierta y estricta la cesación de pagos. Dicha certificación deberá indicar o contener: (i) identificación de los acreedores incumplidos; (ii) clase de acreencias; (iii) identificar y aportar los documentos en donde se encuentran contenidas (pagaré, factura, cheque, etc.); (iv) el valor de cada una (capital, intereses y sanciones); (v) de igual forma se señalará la fecha de iniciación y término de vencimiento; (vi) su representativa frente al pasivo total. Las obligaciones alimentarias, para el caso de las personas naturales comerciantes, no contarán o no serán válidas para tal proceso, ni los procesos ejecutivos que correspondan a estas.

se produce por el incumplimiento de las obligaciones, generando que el acreedor pueda exigir el pago de estas y el deudor el derecho de acudir al trámite concursal para hacer menos gravosa su situación económica. Esta cesación de pagos, para la ciencia jurídica concursal actual en nuestro país, debe ser *generalizada y permanente*. Esto, de acuerdo con el artículo 9.º de la Ley, que consagra el incumplimiento del pago por más de noventa días, de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, adquiridas en el desarrollo de su actividad, o dos o más demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el respectivo pago de las obligaciones contraídas. Es decir, que no se estatuye un incumplimiento singular o particular de una obligación frente a un acreedor o varios, ni un periodo transitorio de incumplimiento de estas, o aun, de una sola demanda presentada por un acreedor. *Varias obligaciones incumplidas, demandas de ejecución y acreedores, en virtud de la admisibilidad al procedimiento concordatario.*

Otro aspecto determinante de la crisis es (iv) *la incapacidad de pago inminente*. El administrador de la empresa debe conocer todos los cambios internos y externos de la empresa. Este debe actuar de forma diligente frente al conocimiento y toma de decisiones que atañen a los estados financieros que avizoran una crisis. El conocimiento interno de la empresa por parte del administrador es esencial para decidir frente a los aspectos externos locales, nacionales e internacionales del mercado competitivo y cambiante por circunstancias políticas, económicas, culturales y jurídicas. Es menester que el administrador tome el control que le permita emitir conceptos, órdenes y estrategias dirigidas a producir los correctivos necesarios en los ámbitos administrativos, contables, económicos y estructurales con el fin de superar la crisis por la que atravie-

sa la unidad económica. Consiguiendo liquidez (flujo de caja), más que obtener utilidades para sí o para sus socios; es este *el buen hombre de negocios*²⁶.

En definitiva, como lo consagró el numeral 2.º del artículo 9.º de la Ley: *“el deudor estará en 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 incumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año. En caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad inminente (...)”*.

Los presupuestos materiales y los presupuestos formales son aquellos requisitos que permiten o no la admisibilidad de la solicitud, que dará inicio y fijará un posible ingreso a la jurisdicción estatal para determinar mediante un proceso de carácter de recuperación o de liquidación la viabilidad o no de una empresa que se encuentra en dificultades económicas y de reestructuración. Además de ser una ayuda al empresario-deudor, acreedores y trabajadores, prestada por las autoridades públicas (Estado) mediante su intervención y regulación normativa, también comporta una protección de derechos respecto de las facultades de las entidades estatales a cargo. Pues, frente al análisis económico del derecho, en sentido general, se puede establecer con esta intervención, que se traduce en gran medida a un aspecto relevante, como el Estado a través del intervencionismo ayuda al desarrollo económico del país. Es por ello que la eficacia de la normatividad sobre la insolvencia empresarial dentro de su aplicación es indispensable para complementar la economía con el intervencionismo estatal y la protección de los intereses sustanciales y superiores.

3. EFICACIA DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL²⁷: LEY 1116 DE 2006

3.1. Análisis y observación nacional

Teniendo en cuenta que lo que pretenden los procesos de reestructuración es la recuperación de las empresas viables, con el fin de proteger, de manera predominante, los derechos de los trabajadores, del empresario y el sistema crediticio, el régimen de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006) establece unos requisitos de admisibilidad y aceptación para las personas naturales y jurídicas comerciantes que quieran ser acogidas y beneficiadas por dicha normativa jurídica. Régimen, por el cual, se pretende recuperar y conservar la unidad de explotación económica, fuente generadora de empleo y protector de la estructura crediticia y sus participantes.

Con todo esto, es preciso observar el criterio de *eficacia*²⁸ que ha tenido al entrar en vigor y aplicabilidad *la norma jurídica* en mención. Según la Superintendencia de Sociedades,²⁹ en las más recientes estadísticas³⁰ (actualizadas el 5 de julio de 2011) ha determinado que: (i) las personas naturales o jurídicas aceptadas en acuerdo de reestructuración por año

de apertura del proceso son: (a) en el año 2007, 3 personas naturales y 5 personas jurídicas; (b) en el año de 2008, 3 personas naturales y 41 personas jurídicas; c) para el año 2009, 6 personas naturales y 84 personas jurídicas; d) en el año 2010, personas naturales 29 y 76 personas jurídicas; e) y en lo que va corrido del presente año, 2011, 10 personas naturales y 38 personas jurídicas. Permitiendo así observar de qué manera los requisitos para ingresar a un proceso de reorganización son acordes, proporcionales, razonables y viables o si no lo son. Pero además de esto, es necesario saber, para comprender en su totalidad la eficacia de la norma jurídica, cuántos procesos de los ya mencionados han sido iniciados y cuántos de estos han sido confirmados. Veamos, entonces: (i) en el año 2007, 8 iniciados y ninguno confirmado; (ii) para el 2008, 44 iniciados y 5 procesos confirmados; (iii) en el 2009, 90 iniciados y 32 confirmados; (iv) hacia el 2010, 105 procesos iniciados y 40 procesos confirmados; (v) para el 2011, procesos iniciados 48 y 9 procesos confirmados. Cada una de las anteriores cifras va en concordancia con las fechas y la cantidad total de personas naturales y personas jurídicas que fueron aceptadas en un acuerdo de reestructuración. Es decir, por ejemplo, para el año 2007, las personas naturales y jurídicas que fueron aceptadas en un acuerdo de reestructuración

27 En observancia a las circunstancias económicas por las que atraviesa una empresa, el Estado ha venido interviniendo cuando estas le son desfavorables a la unidad generadora de riquezas. Es por ello que las reformas jurídicas en procura de la solución las crisis empresariales se hacen indispensables al momento de mantener un equilibrio económico o tratar de alcanzarlo. Es de allí que se toma el principio de la realidad económica del país para proteger todos los intereses concurrentes: de los empresarios, del Estado, de los acreedores, de los trabajadores, de los indirectamente afectados y en general de toda la sociedad, para tal fin se debe procurar bajo dicho principio y reformas la recuperación y conservación de las empresas.

28 Op. cit., BOBBIO, Norberto. Los criterios de valoración de la norma jurídica son: *justicia, validez y eficacia*, ya mencionados. Este último debe mirarse desde el cumplimiento y acogimiento de la norma jurídica, por parte de la población a la que va dirigida, es decir, observar el impacto de aplicabilidad y cumplimiento teleológico de la norma. Cada uno de los criterios mencionados es independiente de los otros. Es por ello que lo hemos tomado para evaluar la Ley 1116 de 2006, referente al régimen de insolvencia empresarial en Colombia.

29 Véase página web: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=374> [consultado: 18/07/2011, a las 4:50 p. m.].

30 Cfr. página web: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll/REORGANIZACION%20JUNIO%2030%20%20DE%202011.htm> [consultado: 18/07/2011, a las 4:52 p. m.].

sumaron un total de 8 de las cuales la misma cantidad iniciaron procesos, pero ninguno fue confirmado. Así respectivamente a cada año de apertura, iniciación y confirmación de procesos.

Ahora, observando las personas naturales y las personas jurídicas que fueron aceptadas en un procesos de reorganización según el origen del proceso, sea por actuación o solicitud, hasta el 30 junio de 2011, bajo la Ley 1116 de 2006, se admitieron por medio: (i) de liquidación judicial, 3 personas jurídicas, para un total de 3 personas; (ii) de oficio, fue aceptada una persona jurídica para un total de una persona; (iii) aceptadas por solicitud del acreedor, 2 personas naturales y 3 personas jurídicas para un total de 5 personas, y (iv) por solicitud del deudor, 49 personas naturales y 237 personas jurídicas, para un total de 286 personas. Esto permite concluir bajo una perspectiva desprovista de comparación que quien tiene y debe tener mayor conocimiento de las circunstancias internas y externas de las empresas, para iniciar procesos de reorganización o liquidación judicial, son sus administradores, los deudores. Sin embargo, para adquirir otra perspectiva otorgada por la comparación en la aplicabilidad del derecho concursal respecto a los diferentes regímenes de insolvencia dados en espacio, tiempo y circunstancias determinadas, es necesario mirar la eficacia de su antecesora.

En observancia comparativa, se debe determinar que bajo la vigencia de la Ley 550 de 1999, las sociedades aceptadas a un acuerdo de reestructuración por año de aceptación o finalización del proceso³¹ son³²: (i) en el año 2000, se iniciaron 223 procesos y se terminaron tan solo 11; (ii) para el año 2001, se iniciaron 189 procesos y se terminaron 43 procesos; (iii) al 2002, se iniciaron 134 y se culminaron 52 procesos; (iv) hacia el 2003, se da inicio a 89 procesos, terminando 67; (v) para el 2004, se terminaron la misma cantidad de procesos del año anterior y se iniciaron 9 menos que este; (vi) en el 2005, se iniciaron 68 procesos y se terminaron 65; ya para el 2006, se iniciaron 5 procesos menos y se terminaron 53 procesos, y (vii) finalmente bajo la vigencia de esta ley, en el 2007 se iniciaron 35 y se terminaron 59 procesos³³.

Para realizar de forma sistematizada y organizada el análisis, solo frente al factor de la admisibilidad de una empresa a un proceso de derecho concursal, determinado por los requisitos exigidos, es necesario decir que es este el que permite determinar el impacto o eficacia que han de tener las dos últimas normatividades diferentes, frente al acceso o no a la jurisdicción del Estado y este en su intervención. Esto en cuanto el legislador a través de su facultad de libertad de configuración legislativa³⁴ determina los supuestos o requisitos que permiten a las personas co-

31 Acumulado hasta el 31 del 2011. El nominador que se referenciará para el análisis comparativo será el que ha determinado la Superintendencia de Sociedades.

32 Véase <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll/ACUERDO%20DE%20REESTRUCTURACION%20JULIO%2031%20DE%202011.htm> [consultado: 20/08/2011, a las 2:57 p. m.].

33 Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006, los procesos que habían iniciado bajo la Ley 550 de 1999 fueron terminando de la siguiente manera, hasta hoy: (i) 2008, terminaron 59 procesos; (ii) en el 2009, 50; (iii) para el año 2010, 40, y (iv) finalmente para mediados (31 de julio) del año 2011, se terminaron 19 procesos.

34 CORTE CONSTITUCIONAL, C-662 del 2004, MP Rodrigo Uprimny. "Al juez constitucional, en consecuencia, le corresponde garantizar al máximo esa libertad configurativa que tiene el legislador; libertad que, sin embargo, no puede ser absoluta ni arbitraria, sino que debe desarrollarse conforme a los límites que impone la misma Carta. En este sentido, la doctrina constitucional ha considerado que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13,

<i>Años de aplicabilidad de cada una de las leyes</i>	<i>Ley núm. 550 de 1999</i>	<i>Ley núm. 1116 de 2006</i>	<i>Margen diferencial</i>
2000 hasta finales del 2007	223	8	215
2001 a 2008	189	44	145
2002a 2009	134	90	44
2003a 2010	89	105	16
2004 hasta mediados del 2011	80	48	32
2005*	68		_____
2006* e inicios del 2007	40		_____

*Frente a estos años no se puede realizar análisis comparativo, en cuanto podrá hacerse en el futuro al ser aplicable en el tiempo el Régimen actual de insolvencia Empresarial (Ley 1116 de 2006).

merciantes el acogimiento, la y el cumplimiento de sus derechos. Veamos:

Observando el anterior cuadro se pueden determinar ciertos aspectos y criterios, sin tener en cuenta que la vigencia y aplicación de las leyes es distinta en tiempo y modo o circunstancias, pues ha de entenderse que el tiempo de vigencia y aplicación en los primeros cinco años es proporcional respecto de una ley a la otra. Además que las circunstancias de su vigencia y aplicación son diferentes, pero sin desconocer que cada ley fue promulgada para atender una realidad social. Con todo, puede decirse que: (i) el margen diferencial es bastante grande respecto de la iniciación de procesos en la aplicación de cada una de las leyes en los primeros tres años, pues, tal vez, se deba a la rigidez de los requisitos exigidos para ingresar a los procesos de insolvencia o reestructuración. Como sucedió con aquel requisito que fijaba al empresario encontrarse al día con las obligaciones referentes a la seguridad Social, Ley 1116 de 2006, posteriormente modificada; (ii) que a partir de la aplicación y modificación realizada por la Ley 1429 de 2010, frente a los aspectos de admisibilidad y la publicidad o conoci-

miento de las empresas del nuevo régimen, la iniciación de procesos aumentó en comparación y sobrepasando el anterior marco de reestructuración empresarial, y (iii) que aunque faltan algunos años de aplicabilidad del actual régimen frente al anterior que duró un periodo de seis años, este puede avizorar una eficacia en la admisibilidad, sin perjuicio de incrementar la flexibilidad y agilidad de los procesos de reorganización y liquidación judicial empresarial.

3.2. Análisis y observación internacional: Informe Doing Business

El análisis del impacto que generó la entrada en vigencia y aplicación del Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia (Ley 1116 de 2006) es de gran trascendencia para la confianza de inversión extranjera en el país, junto con las relaciones políticas internacionales. Esta información fue dada mediante el informe de *Doing Business*, sintetizado y publicado por la Superintendencia de Sociedades; elaborado por el Asesor de Despacho-Superintendente de Sociedades Alfonso Palma Torres, que revela que Colombia respecto de la materia de cierre de empresas, como unidad de explotación

29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”.

económica y generadora de empleo, tiene un buen rendimiento al encontrarse en “el puesto 27 de las 178 economías objeto de estudio”³⁵ de este indicador internacional.

Tomando en cuenta lo anterior, después de entrar en vigencia la Ley 1116 de 2006 y de generar en su aplicación cambios positivos respecto de los procesos de cierre o liquidación de empresas, es necesario observar y precisar algunos comentarios: (i) El término de duración de la liquidación de una empresa: a) fue en el año 2000 de 842 días, cerrando 5 empresas; b) para el año 2001, procesos terminados 23 y duración de 988 días; c) al año 2002 se cerraron 39 empresas en 1.166 días; d) en el año 2003, la liquidación fue de 70 empresas en 1.332 días; d) para el año 2004, se cerraron en 1.490 días, 222 empresas; e) hacia el año 2005, 434 empresas fueron liquidadas en 1.624 días; f) al 2006 en 977 días fueron liquidadas 183 empresas ; g) recientemente, al año 2007 se cerraron 141 empresas en un promedio de 857 días; y h) finalmente, al año 2008, se liquidaron 6 empresas en promedio de 999 días. “La anterior estadística³⁶ demuestra que a 31 de diciembre de 2007, el término de liquidación o cierre de empresas en Colombia, en tiempo real, fue de 2,3) años, lo que significa que mejoró en siete meses el índice de tres años que fue reportado en el último informe *Doing Business* para Colombia”³⁷. Ahora bien, el informe de *Doing Business* asegura que al entrar en aplicación total, respecto del tiempo y actividad, los términos de trámite se reducirán en comparación con los anteriores datos y legislaciones; (ii) otro aspecto, que denota el informe de *Doing Business*, es la divulgación nacional e internacional del Régimen de Insolvencia Empresarial de la República de Colombia (Ley núm. 1116 de

2006), realizada por el Gobierno Nacional a través de la Superintendencia de Sociedades a empresarios, gremios y Cámaras de comercio, por medio de seminarios internacionales y nacionales, participación internacional y publicaciones notorias para los nacionales.

4. REFORMAS AL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: LEY 1429 DE 2010

4.1. Principios y finalidades

Tras las circunstancias que venía atravesando el país, se aplicó a la realidad social, política y económica, una normativa de carácter jurídico-correctiva. La Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010 fue expedida en ocasión y desarrollo del aumento de la informalidad comercial, del desempleo y del aumento en el empleo informal. Es así como entra o ingresa al ordenamiento jurídico a modificar algunos de los aspectos tratados por el Régimen de Insolvencia Empresarial, ya visto en forma general.

Esta regulación jurídica tiene como finalidad la formalización y la generación de empleo, desarrollando para ello una serie de incentivos referentes a la creación de empresas, los requisitos de admisibilidad a los procesos establecidos en el Régimen de Insolvencia Empresarial y la simplificación de los trámites de liquidación de empresas. Es así que se hace necesaria la intervención del Estado (Gobierno Nacional) en procura de cumplir algunos de los siguientes objetivos: (i) crear y promover programas de microcréditos y créditos orientados a empresas que hayan sido creadas por jóvenes, utilizando incentivos a la tasa y al capital, y la

35 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, PALMA TORRES, Adolfo, *Impacto Ley 1116 de 2006- Informe Doing Business*, Bogotá-Colombia, mayo 13 de 2008.

36 Las estadísticas representan en valor cuantificado el promedio de días que tarda la terminación de un proceso de liquidación y el número correspondiente a las empresas cerradas a causa de estos. Pero con una acumulación de datos a mayo 13 de 2008.

37 *Ibíd.* pág. 4.

simplificación de trámites, entre otros; (ii) en el nivel central y en las entidades territoriales, el desarrollo de programas de apoyo técnico y financiero que conduzca al empleo, formalización y generación de empresas; (iii) también tiene como finalidad fortalecer las relaciones entre la universidad, la empresa y el Estado, fomentando en todo el país iniciativas tendientes al desarrollo de sus regiones; desarrollando un sistema de ofertas que contemple todas las necesidades de una persona en situación de exclusión y marginación económica-social para lograr su inserción social y laboral al desarrollo de sus intereses y de la dinámica económica del país. Además de lo mencionado frente a la formalización y generación de empleo, esta ley desarrolla un aparte sobre los requisitos o presupuestos, ya mencionados, para iniciar e ingresar a un proceso de reestructuración.

4.2. Requisitos para ingresar e iniciar el proceso de reestructuración

La solicitud para 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: (a) no haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas; (b) llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; (c) 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. Pues lo que se pretende es poner en movimiento de forma adecuada, necesaria y justa la jurisdicción del Estado en materia concursal.

4.3. Inicio del proceso de reorganización empresarial

Para la reactivación, el liquidador de la sociedad someterá a consideración de la

Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios un proyecto que contendrá los motivos que dan lugar a la misma y los hechos que acreditan las condiciones previstas en los requisitos mencionados.

Igualmente, deberán prepararse estados financieros extraordinarios, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes respecto a la forma de cómo realizarlos, con fecha de corte no mayor a treinta días contados hacia atrás o retroactivamente a la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social.

La decisión de reactivación se tomará por la mayoría prevista en la ley para la transformación. En caso de presentarse asociados ausentes y/o disidentes, estos podrán ejercer el derecho de retiro en los términos que la ley establece para solicitarlo.

4.4. Consecuencias o efectos del inicio del proceso de reorganización

El acta que contenga la determinación de reactivar la compañía se inscribirá en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. La determinación deberá ser informada a los acreedores dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se adoptó la decisión, mediante comunicación escrita dirigida a cada uno de ellos.

Además, los acreedores tendrán derecho de oposición judicial en los términos previstos en el artículo 175 del Código de Comercio. Sin embargo, la acción podrá interponerse dentro de los treinta días siguientes al recibo del aviso de que trata el apartado anterior. La acción se tramitará ante la Superintendencia de Sociedades que resolverá en ejercicio de funciones jurisdiccionales a través del proceso verbal sumario (artículo 116, inciso 3.º de la Constitución Nacional y Régimen de Insolvencia Empresarial de la República de Colombia).

4.5. Calificación y graduación de créditos y derechos de voto e inventario de bienes

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. Pero cuando el patrimonio fuere negativo, cada accionista tendrá derecho a un voto.

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 descontadas de los votos originalmente determinados aquellas acreencias que 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.

4.6. Acuerdo de reorganización

En la providencia de reconocimiento de créditos se señalará el plazo de cuatro meses para celebrar el acuerdo de reorganización, sin perjuicio de que las partes puedan celebrarlo en un término inferior. El término de cuatro meses no podrá prorrogarse en ningún caso.

De igual forma, dentro del plazo para la celebración del 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 con los votos favorables de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos.

Pero, para todos los efectos que pueda producir la interpretación y aplicación de 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. En el caso de la persona natural comerciante, el deudor tendrá dicha condición.

4.7. Efectos, ejecución y terminación de los acuerdos de reorganización y de adjudicación

No presentadas objeciones, el juez del concurso reconocerá los créditos, establecerá los derechos de voto y fijará el plazo para la presentación del acuerdo por providencia que no tendrá recurso alguno.

Pues, en la providencia que decida las objeciones, el Juez reconocerá los créditos, asignará los derechos de voto y fijará plazo para la celebración del acuerdo. Contra esta providencia solo procederá el recurso de reposición que deberá presentarse en la misma audiencia. Pero en ningún caso la audiencia podrá ser suspendida.

Respecto de si el acuerdo de reorganización debidamente aprobado no es presentado en el término de cuatro meses, comenzará a correr de inmediato el término para celebrar el acuerdo de adjudicación.

Para el acuerdo de adjudicación, se debe tener en cuenta que vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización, el juez proferirá auto en que se adoptarán las siguientes decisiones: (1) se designará liquidador; (2) se fijará el plazo para la presentación del inventario valorado, y (3) se ordenará la actualización de los gastos causados durante el proceso de reorganización.

Además, del inventario valorado y de los gastos actualizados se correrá traslado por el término de tres días para formular objeciones. Resueltas las objeciones o en caso de no presentarse, se iniciará el término de treinta días para la presentación del acuerdo de adjudicación.

En observancia del acuerdo de adjudicación se pactará la forma como serán adjudicados los bienes del deudor, pagando primero las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia y luego las contenidas en la calificación y graduación aprobada.

Pues el acuerdo de adjudicación debe ser aprobado por las mayorías y en la forma prevista en la presente ley para la aprobación del acuerdo de reorganización.

Sin desconocer que la providencia que adjudica deberá proferirse a más tardar dentro de los quince días siguientes a la audiencia de confirmación del acuerdo de adjudicación. Contra el acto no procederá recurso alguno.

4.8. Proceso de liquidación judicial

Los efectos de la liquidación por adjudicación serán, además de los mencionados en el artículo 38 de la Ley 1116 de 2006, los contenidos en el artículo 50 de la misma Ley. Esto en cuanto la materia es regulada de forma adecuada por el ya mencionado Régimen de Insolvencia Empresarial. Veamos: *los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización* serán los siguientes: (i) disolución de la persona jurídica; (ii) los administradores se separarán y finalizarán sus funciones entregando la totalidad de los bienes y la contabilidad al promotor, a quien le corresponde para los efectos de celebración y culminación del acuerdo de adjudicación asumir la debida representación legal de la unidad de explotación económica, a partir de la realización del acto pertinente sobre su inscripción en el registro llevado por la Cámara de Comercio (mercantil); (iii) la finalización de los contratos denominados, por su forma de ejecución, como de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no ne-

cesarios para la conservación o preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el *empresario*-deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, teniendo en cuenta como excepción la debida autorización para continuar su ejecución, dada o impartida por el juez competente del proceso; (iv) la culminación de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el empresario-deudor, con el fin de garantizar obligaciones suyas o ajenas con sus propios bienes. El juez competente y concedor del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Estas serán tenidas como obligaciones del fideicomitente: aquellas adquiridas en cuanto al patrimonio autónomo. Además, tratándose de inmuebles, el juez competente comunicará la terminación del contrato respectivo, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras correspondientes. La respectiva providencia será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de acuerdo con la coherencia y concordancia de la matrícula. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo será considerado sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre³⁸; [(v) la cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere]³⁹.

4.9. Disposiciones generales

En este aparte la ley estableció que en ningún proceso de liquidación privada se requerirá protocolizar los documentos de la liquidación y que cualquier sociedad en estado de liquidación privada podrá ser parte de un proceso de fusión o escisión. Además, durante el período de liquidación las socie-

38 Artículo 38 de la Ley núm. 1116 de 2006.

39 Numeral 2o. del artículo 50 del Régimen de Insolvencia Empresarial.

dades no tendrán la obligación de renovar la matrícula mercantil, correspondiente a la Cámara de Comercio.

Pero algo realmente importante de esta reforma realizada al Régimen de Insolvencia Empresarial es aquel que dispuso de forma taxativa que: sin perjuicio de la responsabilidad penal o de cualquiera otra índole a que hubiere lugar, la existencia de pasivos por retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social no impedirá al deudor acceder al proceso de reorganización. Esto en cuanto eran fallas que se venían presentado en la iniciación e ingreso por parte de una empresa al proceso concursal, limitándole así de forma desproporcionada e irracional el acceso a la jurisdicción y beneficios. Pues, no es lógico que se exija una carga tal, en cuanto es de entender que la unidad de explotación económica, generadora de empleo y dinamizadora del sistema crediticio, se encuentra en dificultades económicas. Por tal razón, bajo discusiones académicas en el ámbito comercial del derecho se discutieron estas vicisitudes y se plantearon soluciones como estas, tomadas y llevadas a ser parte de la normatividad. Es por ello que la ley también definió que en todo caso, al momento de presentar la solicitud, el deudor informará al juez acerca de su existencia y presentará un plan para la atención de dichos pasivos. Pero, desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.

Por último, en especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las

pequeñas acreencias, es decir, aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor.

4.10. De la insolvencia transfronteriza

La Asamblea General de Accionistas, la junta de socios, el accionista único o la sociedad extranjera titular de sucursales en Colombia podrá, en cualquier momento posterior a la iniciación de la liquidación, acordar la reactivación de la sociedad o sucursal de sociedad extranjera, siempre que el pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución de los remanentes a los asociados. Es importante que tan solo cuatro años después de instituir la nueva figura de la Insolvencia Transfronteriza en Colombia, ya se esté tomando partido en el desarrollo de este instituto, que nos perfila como un Estado propicio para inversión extranjera mediante la confianza que otorga la legislación en materia de insolvencia y cooperación internacional de entidades.

4.11. Derogatorias y tránsito legislativo

Para tener más claridad y actualidad, se hace necesario afirmar que ningún artículo mencionado ha sido derogado, tan solo se han hecho modificaciones, para el desarrollo del Régimen de Insolvencia Empresarial, a diferentes artículos de la Ley 1116 de 2006.

5. HALLAZGOS Y CONCLUSIONES

Como ya se vio, cuando una empresa⁴⁰ entra en crisis económica el Estado, a través de sus correspondientes entidades, se legitima para la inmersión en el ámbito económico de

40 Véase, POSNER, Richard, *Análisis Económico del Derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, 2ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, págs. 624-679. Los métodos de organización de la producción, son determinantes en la explotación económica y generación de empleo en la esfera económica de los países y de todos estos juntos. Es por ello que se prevé métodos principalmente como: (i) *el contrato*, en donde el capitalista emplea a ciertas personas para específicas y clasificadas tareas. Por ejemplo, celebrara contratos de manera individualizada para la provisión de los

la empresa, con la finalidad de recuperar y preservar o conservar la empresa para garantizar y salvaguardar de forma primordial los derechos de los deudores, de los trabajadores y el sistema crediticio en toda su extensión. Pero, con la nueva figura de la insolvencia transfronteriza, no solo pretende proteger los derechos mencionados a nivel nacional, sino también los derechos de los extranjeros que invierten en el país y/o establecen empresas en territorio colombiano. Pues todo va encaminado a generar: (a) seguridad de inversión nacional y extranjera; (b) mantener el orden social y económico, y (b) crear, intervenir, controlar, vigilar y organizar una política de preservación y reactivación económica, según las circunstancias respectivamente, del país, como empresa final de la sociedad. Es decir, en gran parte se genera confianza de inversión a nivel internacional como muestran los índices *Doing Bussines*.

Al intervenir el Estado por medio de procedimientos de insolvencia se observan algunos de los siguientes beneficios: (i) frente a las deudas con varios acreedores, se pueden establecer acuerdos entre deudores y acreedores particulares, que afecten las acreencias o derechos de los demás acreedores, cuando estos particulares o uno solo de estos acude a las autoridades competentes. Es por ello que el beneficio se ve reflejado en el Principio de la Universalidad que permite que in-

gresen la totalidad de acreedores y bienes del deudor al proceso; (ii) el quebrado busca en la quiebra librarse de las deudas, ya sea recuperando o liquidando la empresa. Es por esto que la intervención del Estado, mediante estos procesos, reduce costos de trámite, recuperación y conservación de la unidad de explotación económica, al igual que amortigua los costos de transacción; (iii) en cuanto mayor sea la deuda (conjunto de estas), más notable es la posibilidad de caer en incapacidad de pago, por circunstancias imprevistas, sin importar si se tiene la intención de pagar las obligaciones. Es por esto que el procedimiento prevé la incapacidad de pago inminente, que es uno de los fundamentos esenciales del procedimiento de insolvencia empresarial para sanear las dificultades de pagos; (iv) en caso de que acreedores y deudores estén conformes en realizar un acuerdo de buena fe para aclarar y determinar a futuro la situación mutua, por un lado de exigibilidad de derechos y por el otro el cumplimiento de estos, el trámite les prevé un acuerdo de reestructuración extrajudicial que tan solo deberá ser avalado por la autoridad competente, es decir, consagra aspectos como consentimiento, agilidad y economía en el trámite; (v) el proceso de insolvencia permite aminorar costos, para el Estado y las partes en el proceso, en relación con las deudas por pagar, ya que lo hace en un solo trámite y momento, mientras que si este no existiera el Estado y las

elementos básico en la producción, ensamblaje o modulación de dichos elementos y unos determinados para las ventas del producto total; (ii) *la empresa*, que se vislumbra por una labor de carácter vertical –*integración vertical*– permite definir la no transacción que se puede dar en el anterior método de organización de la producción, al establecer la tareas y sumisión de los trabajadores a estas, es decir, el administrador de la empresa lo que pretende es pagar por la orientación a la que los trabajadores se someten y por los criterios de trabajos que estos acogen, y no pagar por el trabajo que puedan realizar o por los gastos que genera una transacción entre capitalistas y trabajados. Estos métodos de organización de la producción presentan en si unos problemas de tipo económicos, pero uno de ellos es contiene en si mismo más posibilidades de agilizar y dinamizar la economía externa e interna de la empresa. El primer modelo presenta dificultades en cuanto a los excesivos costos de transacción en la contratación sobre tema como termino, salario, lugar, tipo de obra, control, vigilancia e intervención. El segundo, genera un problema de pérdida de control, pues dentro de la empresa como ya lo hicimos notar se genera una integración vertical que mantiene la comunicación, pero esta produce unos gastos de agencia que repercuten en la economía empresarial.

partes deberían gastar la observación de pago de obligaciones en momentos distintos y tal vez durante toda la vida o existencia de la empresa. Un solo momento, un solo gasto; (vi) el procedimiento favorece al empresario, a los acreedores, a los trabajadores y a la economía, al permitir que la deuda deje de ser un costo fijo para que el empresario o capitalista pueda invertir o reinvertir más en los gastos de producción, aumentando la actividad económica de la empresa y generando un efecto multiplicador en la economía; (vii) "la quiebra libera al quebrado de sus deudas o por lo menos, de la mayor parte de ellas"⁴¹. Esto determina que el proceso de insolvencia, al ser de doble vía, reorganización o liquidación, permite que el deudor se libere de las deudas ejerciendo su derecho y obligación, y el acreedor satisfaga su derecho exigiéndolo. La quiebra es: "... un remedio para el acreedor y [un] derecho para el deudor"⁴²; (viii) dentro del marco jurídico, el régimen de insolvencia se materializa en las Políticas Públicas dirigidas a la conservación y recuperación de la empresa o su debida e inmediata liquidación, pero esto solo persigue un fin y es el de satisfacer los derechos que implica la cesación o posible reactivación de una unidad que genera riqueza para empresarios, trabajadores, sujetos de relación directa o indirecta con la empresa a través de vínculos de carácter patrimonial y/o persona, y en general los beneficios que recibe la sociedad y su economía; (ix) la tramitación de un proceso de reorganización beneficia al empresario en cuanto se trata mantener en conservación y recuperación la empresa, la cual sin este se encontraría desprotegida de las deudas a corto plazo o mediano plazo, los procesos ejecutivos que estas originan, el detrimento patrimonial que sufre al competir en condiciones dificultosas para operar y financiar su actividad, la limitación de acceso a derecho de crédito por encon-

trarse en mora o en conocimiento su situación, las posibles intervenciones de carácter laboral a través de huelgas por parte de los trabajadores (quienes también toman parte en el acuerdo de reestructuración cuando tienen acreencias a favor), la ruptura de la confianza extranjera en la participación de la economía nacional por medio de empresas, todo esto comportando un desconocimiento del Estado de Derecho y Benefactor de la evolución, desarrollo y acondicionamiento de la economía.

Al analizar la dinámica de las economías y procesos concursales o de quiebras o crisis, se puede determinar que "[*gran proporción*] de la actividad económica es realizada por las empresas y no por individuos"⁴³ (cursiva fuera de texto). Lo cual implica una protección e intervencionismo cuando se encuentran en dificultades, y esto se lleva a cabo mediante legislación establecida sobre criterios de proporcionalidad y razonabilidad (el primer criterio atiende a la relación del medio y el fin, y el segundo, a la observancia del medio y el fin), que condicionan el acceso de los empresario al Régimen de Insolvencia Empresarial con todos los beneficios que este establece. Por todo lo expuesto, es necesario el perfeccionamiento del sistema jurídico-concursal en Colombia, respecto del transcurrir del tiempo y el análisis comparativo del derecho nacional e internacional, sin dejar a un lado las adaptaciones circunstanciales necesarias.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, N. (2007). *Teoría General del Derecho*, 3.^a edición, Bogotá: Edit. Temis.

BONILLA MALDONADO, D. (2009). Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. En: *Teoría del Derecho y*

41 Op. cit., POSNER, Richard, 2007, págs. 641 y 642.

42 *Ibíd.*, pág. 642.

43 *Ibíd.*, pág. 625.

trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad Javeriana. Universidad de los Andes.

CABANELLAS DE TORRES, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental*, 19.ª edición, Buenos Aires, Argentina: Edit. Heliasta.

CLAUDE MÉNARD, C. y DU MARAIS, B. (2006). *Can we rank legal systems according to their economic efficiency?* Publicado en P. Nobel (Dir.), *New Frontiers of Law and Economics*, Saint Gallen Schulthess.

CORTE CONSTITUCIONAL, C-292 de 2002, MP Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-1143 de 2000*, MP Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-233 de 1997*. MP Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-520 de 2009*, MP María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-622 de 2004*, MP Rodrigo Uprimny Yepes.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-699 de 2007*, MP Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-807 del 2009*, MP María Victoria Calle Correa.

DASSO, (A), A. (2009). *Derecho Concursal*, Tomos I y II. Bogotá: Ed. Legis.

GONZALEZ VARAS IBÁÑEZ, S. (1999). *Pa-sado, presente y futuro del Derecho comparado*. En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 3, págs. 649-685. Santiago.

GUILLÉN, M., COLLINS, R., ENGLAN, P., MEYER, M. (2002). *The New Economic Sociology. Developments in an emerging field*. New Cork: Russell Sage Foundation.

KIRAT, T. et VIDAL, L. (2006). *Le droit et l'économie : étude critique des relations en-*

tre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées. En: *Annales de la regulation*, vol. 1. Bibliothèque de l'Institute André Tunc. LGDJ, Paris.

KIRAT, T. et MARTY, F. (2007). *Economie de la Régulation*. Em : *Économie du droit et de la réglementation*. Chapitre 6. Gualino Éditeur. Paris.

LEYES: núm. 222 de 1995, 550 de 1999, 1116 de 2006 y 1429 de 2010.

LA PORTA, R., LÓPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A. and ROBERT W. (1997). *Vishny legal determinants of external finance*. *The journal of finance*, vol. LII, núm. 3.

MACKAAY, E. et ROUSSEAU, S. (2008). *Analyse économique du droit*. Dalloz. Paris.

MADRIÑÁN RIVERA, R. *La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) y su impacto en el desarrollo: un análisis frente a la inversión extranjera y el emprendimiento*, en *Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada*, coord. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 295-324.

MANCERA COTA, A. *Consideraciones durante el proceso comparativo*. En: *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado* núm. 121. Consultado el 19 de septiembre de 2011 en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/121/art/art7.htm>

MATHIAS M, Siems. *Shareholder protection around the world ('leximetric II')*. Publicado en *Centre for Business Research*, University of Cambridge, Working Paper núm. 359.

MERCURO, N. y MEDEMA, S. *Economics and the Law: from Posner to Post-modernism*, Princeton, Princeton University Press. 1997.

MORAN, Gloria M. *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la*

utilidad del método comparado en el ámbito jurídico. Consultado el 19 de septiembre de 2011 en <http://bibliotecanonica.net/docsaf/btcajf.pdf>

MORELLI RICO, Sandra, *La Corte Constitucional: un Papel Institucional por Definir*, Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ), Bogotá, Colombia, 2001.

NORTH, D. *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico.* México, Fondo de Cultura Económica. 1993.

OHL, Daniel. *Droit des Sociétés Cotées.* Litec.

PÁGINA WEB: <http://www.supersociedades.gov.co/>.

PINZÓN CAMARGO, M. *Aproximaciones al análisis económico del Derecho*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

POSNER, R. (2007). *Análisis Económico del Derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, 2.^a edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México.

ROA REYES, N. (2008). *Derecho comercial actualizado. Ley 1116 de 2006*, Edit. El profesional, Bogotá-Colombia.

ROE, Mark J. *Juries and the political economy of legal origin.* *Journal of Comparative Economics* 35 (2007) 294-308.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, PALMA TORRES, Adolfo, *Impacto Ley 1116 de 2006-Informe Doing Business*, Bogotá, Colombia, mayo 13 de 2008.

WATSON, A. *Legal Transplants and European Private Law*, *Electronic journal of comparative law*, vol. 4.4, diciembre de 2000, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>