

♦ APROXIMACIÓN AL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO¹

Juan José Rodríguez Espitia²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho concursal y su evolución constante. Aplicación al derecho colombiano. 3. Los puntos comunes en las evoluciones legislativas. 3.1. La Crisis como expresión del derecho concursal. 3.2 Naturaleza de la Solución. 3.3 Informalización del Procedimiento. 3.4 Juez de Insolvencia. 3.5 Auxiliares de Insolvencia. 3.6 Finalidades del Instrumento. 3.7 Responsabilidad. 4. Nuevos Retos. 4.1 Insolvencia de Grupos. 4.2 Insolvencia Transfronteriza. 4.3 Insolvencia del Consumidor. 4.4 Excepciones al Principio de Igualdad. 5. La Especialidad del Derecho Concursal y los Principios Generales del Derecho. 6. Fuentes de la Ley 1116 de 2006. 7. Comentarios Finales. 8. Bibliografía

1. Introducción

Toda reforma legal es una oportunidad propicia para reflexionar, para volver sobre aquellas cosas que desde siempre preocupan, una invitación para el estudio de los mismos temas de siempre que cautivan la atención y que incitan a la discusión. Con esta premisa y tomando en cuenta la expedición de un nuevo régimen de insolvencia en Colombia consideramos oportuno presentar algunas reflexiones de ayer, hoy y de siempre, y que de una u otra manera han estado presentes en nuestro pensamiento desde que nos inclinamos académica y profesionalmente por el derecho concursal.

Las anotaciones que encontrará el lector, tan sólo son una pequeña aproximación o si se quiere la punta del iceberg de muchos temas que dentro del derecho concursal no han terminado de construirse. Esta situación que para algunos puede resultar apocalíptica, la hemos traído a colación como una invitación a la reflexión, en especial frente a la especulación académica que implica valorar un texto de cuya aplicación no tenemos noticias.

* Este artículo fue presentado a la revista el día 5 de septiembre de 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 5 de diciembre de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Este trabajo recoge la intervención del autor en el acto de lanzamiento del libro “Nuevo Régimen de Insolvencia”, llevado a cabo el 3 de julio de 2007 en la ciudad de Bogotá.

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial y Candidato a Doctor de la misma. Profesor de Derecho Civil y Comercial e Investigador del Grupo de Investigación de *La Empresa y el Tratamiento de la crisis empresarial* del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

2. El derecho concursal y su evolución constante. Aplicación al derecho colombiano.

El objeto del cual se ocupa el derecho concursal es si se quiere anómalo, refleja una patología, una situación crítica y por tanto merece respuestas contundentes, con miras a su superación³. Hemos visto cómo ese derecho concursal, concebido como una medida de profilaxis en la actividad comercial, de depuración de prácticas indebidas, de excluir al comerciante que defraudó la confianza de sus pares y deshonoró el oficio o profesión⁴, ha migrado a orillas distintas y desde esta perspectiva hoy tiene otra identidad, está impregnado de valores como la protección de la empresa⁵, su reconocimiento como motor

³ Sobre este particular, el profesor ANGELO BONSIGNORI expresa: *"Por ser el derecho concursal un imponente complejo normativo que comprende en sí mismo instituciones de derecho civil, procesal civil, penal, procesal penal, administrativo y tributario, se presenta el delicado problema de su interpretación, que elementales exigencias de justicia imponen que sea efectuada de un modo unitario. Para proceder a ello es necesaria la hipótesis de un sistema normativo cuya característica consista en disciplinar las consecuencias de la insolvencia del empresario comercial, y su peculiaridad formal está en la posibilidad de colmar las lagunas exegéticas recurriendo a la autointegración en primer lugar, es decir, trayendo lo establecido para casos similares y materias análogas dentro del derecho concursal, y, solamente frente a la carencia de principios específicos, recurrir a la heterointegración con otros principios del ordenamiento general, a la luz de dos postulados como son la racionalidad y el carácter omnicompreensivo del ordenamiento jurídico. Hay que considerar al derecho concursal, a la par que el derecho marítimo, el derecho bancario o el cambiario, como un sistema que se separa del derecho común por particulares exigencias de la materia disciplinada, exigencias que imponen una diferenciación acentuada respecto del derecho común mismo; no se trata de un derecho excepcional, sino de una ley general que admite la analogía..."*. *Diritto fallimentare*. UTET, Torino, 1992.

⁴ Sobre los orígenes del derecho concursal y en especial de la quiebra, puede consultarse entre otros, a CERVANTES AHUMADA RAÚL. *Derecho de Quiebras*, edit. Herrero S.A., ed., 3.ª, México, 1981, pp. 18 y ss.

⁵ Para una visión de la concepción actual de la Corte Constitucional sobre la empresa y su papel dentro del moderno derecho concursal, recomendamos consultar, entre otras, la sentencia T- 299-97. *"La empresa, vista desde esta nueva perspectiva constitucional, se erige, como el propio Estatuto Superior lo plantea, en base del desarrollo económico y, por ende, en fuerza motora del bienestar de los individuos. Esta nueva concepción de la actividad empresarial implica que ella se encuentre inescindiblemente relacionada con la efectividad de valores, principios y derechos constitucionales tales como la dignidad de la persona (C.P., artículo 1º), el libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16), el derecho al trabajo (C.P., artículo 25) y la libertad de escoger profesión u oficio (C.P., artículo 26). En efecto, la empresa se constituye en uno de esos ámbitos privilegiados dentro de los cuales la persona puede desarrollar su libertad y sus anhelos de realización a través del ejercicio de una profesión u oficio determinados. Es así como el valor del trabajo cobra una especial significación dentro del ámbito de la actividad empresarial.*

[...] La Sala estima que la consecuencia natural que se desprende de esta nueva concepción de la empresa y de la actividad empresarial consiste, como ya se anotó, en la modificación de las funciones y competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia de inspección y vigilancia de las sociedades mercantiles. Lo anterior apareja, lógicamente, que las tareas de la anotada autoridad administrativa en materia de procesos concursales no se dirijan meramente hacia la recuperación económica de la empresa sino también hacia su conservación como ámbito en el cual la libertad y la dignidad se proyectan y desarrollan a través del trabajo humano. El propio

de la actividad económica o en palabras de Cesar Vivante el reconocimiento de la denominada “Comunidad de Riesgos”⁶, lo cual ha dado lugar a consideraciones y construcciones de otra clase. El sacrosanto derecho de propiedad, en ocasiones ha sido dejado de lado frente a otros valores que el legislador y el sistema ha considerado como prioritarios y ha dado lugar a expresiones como la del derecho francés de “Viva la empresa y mueran los empresarios”⁷, que reconocen de un tajo la importancia de aquella y su prelación sobre aquellos que le dieron origen.

El derecho colombiano no ha sido ajeno a esta evolución y hemos visto cómo se ha desprendido del concepto clásico de la quiebra hacia otros valores, como la empresa, el

artículo 94 de la Ley 222 de 1995 subraya esta nueva dimensión del concordato cuando establece que su objeto reside en “la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y **fuentes generadora de empleo**”.

A juicio de la Corte, una autoridad administrativa con una misión constitucional de tanta monta no puede burocratizarse y reducir sus funciones de inspección y vigilancia y, especialmente, sus responsabilidades en el trámite del concordato preventivo obligatorio, a meros procedimientos formalistas que en nada contribuyen a la efectividad de los derechos de los trabajadores y pensionados de la empresa sometida al trámite concursal. Con respecto a este punto, la Sala no duda en afirmar que, en tanto el mínimo vital de muchos trabajadores y pensionados se encuentre en juego, el trámite del proceso concursal debe caracterizarse por su eficiencia, por la prontitud con que las autoridades encargadas den respuesta a las peticiones de los pensionados y trabajadores y, sobre todo, por tratar de prever y conjurar todas aquellas situaciones que puedan llegar a determinar que los derechos de estas personas resulten inanes.” Corte Constitucional, Sentencia T- 299-97, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. También en el mismo sentido recomendamos consultar: Corte Constitucional, Sentencia C-1143 de 2000. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁶ “[...] Un deber de justicia social impone entonces al legislador la obligación de constituir una masa con la totalidad de los bienes del deudor, a fin de que se repartan entre todos sus acreedores en la misma medida y sean éstos compañeros en las pérdidas como lo fueron en la confianza que pusieron en el deudor común. Así hacen las leyes que someten al deudor insolvente a un procedimiento único y colectivo de ejecución. Ante el desastre, reúnen a todos los acreedores en una especie de asociación para el reparto de los daños, semejante a la que se forma entre las víctimas y los supervivientes de un desastre marítimo; y con objeto de que el perjuicio sea menos sensible tratan de aumentar la masa pasiva de la quiebra con todo lo que de modo fraudulento había salido de ella anteriormente. De esta manera el derecho mercantil extiende sobre campos diversos el ala protectora de la asociación contra los riesgos propios del comercio; impone los deberes de solidaridad social al que, impulsado por el egoísmo de su propia salvación trataría de despojar a los demás”. CESAR VIVANTE. *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I, Editorial Reus, 1.ª ed., Madrid, 1932, p. 370.

⁷ “Este nuevo prisma a través del cual se examinaban las dificultades del deudor, llevó a privilegiar otros intereses por encima del de los acreedores, particularmente el interés de la comunidad en la preservación de la empresa como fuente de puestos de empleo y de producción de bienes y servicios útiles; lo que se identificó como el *interés general*. Esto se patentizó en algunas soluciones, que como la ley francesa del 25 de enero de 1985, al poner como principio inicial y fundamental la preeminencia de la empresa, en alguna medida llegan a prescindir de los acreedores”. JULIO CÉSAR RIVERA. *Instituciones de Derecho Concursal*, ed., 2.ª, t. I, edit. Rubinzal – Culzoni editores, pp. 35 a 36.

empleo, el crédito, etc., acrecentados con su validación frente a la Constitución Política⁸, y en especial con la nueva forma de leer, vivir y aplicar el derecho positivo. Un pequeño asomo histórico, demuestra este aserto, veamos:

El Decreto 750 de 1940 consideraba que todo comerciante que incurría en mora en el pago de sus obligaciones se encontraba en estado de quiebra⁹. Asimismo, estaba obligado a poner en conocimiento del juez su estado de insolvencia, so pena de que fuera tenido por culpable de su quiebra. Acto seguido, el juez declaraba el estado de quiebra, separaba al comerciante de la administración de sus bienes, decidía el embargo y secuestro de éstos y convocaba a todos los acreedores. Luego se abría una etapa probatoria y, finalmente, se dictaba la sentencia, mediante la cual el juez procedía a reconocer a los acreedores y a calificar sus créditos.

No obstante, ser un mecanismo liquidatorio, el Decreto permitía que el síndico o los acreedores que representaran más del 51% del pasivo, solicitaran al Juez la convocatoria de una reunión general para buscar convenios amigables. Si más de la mitad de los acreedores presentes votaba favorablemente esos acuerdos y estos acreedores representaban el 80% del pasivo, se podía celebrar un concordato - el denominado concordato resolutivo -, que exigía la aprobación del juez y cuyos términos eran de obligatorio cumplimiento para el deudor y los titulares de los créditos.

No existía la figura del concordato preventivo, cuya introducción en el derecho colombiano se produjo después, luego de que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de mayo de 1969 declarara la inconstitucionalidad del Decreto Ley 750 de 1940. Esta declaración fue seguida de la expedición del Decreto 2264 de diciembre de 1969, el cual introdujo la institución del concordato preventivo - potestativo y obligatorio -, antecedente inmediato del Código de Comercio de 1971.

⁸ La Corte Constitucional ha sido prolífica en la expedición de providencias en donde resalta la función social que cumple la empresa como motor de desarrollo de la sociedad, así como el carácter de interés público que reviste su conservación: *“De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Así mismo según dicho texto superior la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social, al tiempo que corresponde al Estado estimular el desarrollo empresarial. [...] Concretamente ha dicho la Corte que la función social, asociada a la empresa, es fuente de un sinnúmero de intervenciones legítimas del Estado que se materializan a través de la ley. Entre otros criterios relevantes que en este sentido pueden tomarse en cuenta, se mencionan los siguientes: la actividad de la empresa; su estructura organizativa; el mercado en el que se inserta; el tipo de financiamiento al cual apela; el producto o servicio que presta; la importancia de su resultado económico etc. Los anteriores factores pueden determinar variadas formas de regulación, inspección, control, así como la existencia de estímulos e incentivos”*. Corte Constitucional. Sentencia C – 100 de 2005, M.P: ALVARO TAFUR GALVIS. En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias C – 615 de 2002, C – 645 de 2002, C – 870 de 2003, C – 586 de 2001, entre otras.

⁹ Decreto 750 de 1940, artículo 1. *“Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones [...]”*

El Código de Comercio de 1971 incorporó dos mecanismos para resolver las situaciones de crisis del comerciante. De una parte, en el Título I del Libro Sexto contempló las figuras de los concordatos preventivos potestativo y obligatorio y, de otra parte, en el Título II del Libro Sexto, la quiebra, en una regulación armónica, construida con la paciencia propia de un artesano, tímida en algunos casos, con una regulación procesal con problemas, pero que aportó reglas que aún hoy se mantienen¹⁰.

Posteriormente, el Decreto 350 de 1989 modificó integralmente el Título I del Capítulo VI del Código de Comercio, referido a los concordatos preventivos. Dentro de los cambios introducidos al régimen concordatario se destaca la manifestación expresa de la intención de velar por la vida y recuperación de la empresa en dificultades económicas. En tanto, que en el texto original del Código de Comercio simplemente se hacía referencia a las medidas que podían adoptarse a partir del acuerdo entre el deudor y los acreedores y se manifestaba que el objeto del concordato era evitar la declaratoria de quiebra, en el artículo 2° del decreto, se precisaba que *"el concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito"*.

Dentro de esta perspectiva histórica, la Ley 222 de 1995 constituye el paso final del proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por mecanismos menos drásticos, como el de los procedimientos concursales. En efecto, esta ley eliminó definitivamente el instituto jurídico de la quiebra, al disponer en su artículo 242 la derogatoria del Título II del Libro sexto del Código de Comercio. Además, sustituyó toda la normatividad concordataria establecida por el Decreto 350 de 1989 y las reglas del estatuto procesal civil en cuanto a concurso de acreedores. Este estatuto, se encontraba soportado en los criterios de igualdad, eliminación de privilegios a los acreedores fiscales y acceso a los mecanismos de insolvencia por parte de cualquier deudor, evocando normas clásicas del concurso de acreedores sin hacer distinciones en cuanto a la calidad del sujeto.

En la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 222 de 1995, se justificó la necesidad de introducir modificaciones al Código de Comercio con base en las exigencias que surgían de las nuevas normas de la Constitución Política y en la necesidad de adaptar la legislación comercial a las circunstancias del comercio internacional. Con respecto a la Constitución se enfatizó que, en su artículo 333¹¹, se establecía que la

¹⁰ Dentro de las reglas que aún se conservan están las referentes a bienes que forman parte de la no masa, como mercancía recibida en depósito, en consignación, etc. Estas reglas fueron literalmente reproducidas por los artículos 192 de la ley 222 de 1995 y 55 de la ley 1116 de 2006, que son tomados del artículo 1962 del Código de Comercio.

¹¹ Artículo 333. C.P. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o*

empresa era la base del desarrollo y que cumplía una función social. Esta norma serviría de justificación a los mecanismos legales dirigidos a lograr su conservación y recuperación. Dado que el procedimiento de la quiebra había sido objeto frecuente de críticas por la inoperancia de sus normas, se propuso y decidió la eliminación de la figura de la quiebra¹², que fue sustituida por un trámite de liquidación que habría de garantizar el pago adecuado de las deudas.

De este estatuto debemos resaltar, que era la primera experiencia del legislativo en esta materia, pues con anterioridad las normas y en especial los Códigos habían sido expedidos por el Gobierno con base en facultades extraordinarias y preparados por una comisión de expertos; sobre este tipo de ejercicios aún es prematuro anticipar conclusiones.

Llegamos a la ley 550 de 1999 que entre otros aspectos, replanteó la naturaleza de las soluciones concursales; reconoció el desequilibrio patrimonial en el derecho de voto; implantó estatutos temporales como instrumentos necesarios para responder a las crisis generales o endémicas y extendió los mecanismos concursales a sujetos respecto de los cuales el concurso siempre les había sido esquivo como los entes territoriales.

Esta ley, en palabras de la Corte Constitucional se *“inscribe en una larga y compleja evolución legislativa de los procesos concursales en Colombia, la cual en algunos momentos se caracterizó por una predominante protección del crédito, en el entendido de que se trataba ante todo de unos instrumentos judiciales de defensa de los intereses económicos de los comerciantes, para finalmente asumir la salvaguarda de la empresa como objetivo predominante de esta variedad de procesos.*

Al respecto, cabe señalar que la mencionada ley fue adoptada como un instrumento encaminado a hacerle frente a la difícil situación que había enfrentado el país debido a las crisis económicas acaecidas en los años 1997 y 1998 y que se reflejaron en un incremento creciente de los concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades que padecieron las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo y deterioro de la calidad de su cartera.

controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

¹² Muy acorde la Ley 222 de 1995 con los cambios doctrinales que por la época pregonaban por la abolición de la figura de la quiebra, lo que para algunos se denominó la *quiebra de la quiebra* o la *falencia de la falencia*, por considerar que se trataba de un mecanismo obsoleto no concordante con los nuevos postulados de conservación de la empresa. En efecto “lo que se ha calificado como quiebra de la quiebra, no fue sino el reflejo de una tendencia a la adecuación de los procedimientos concursales en orden a la solución de las crisis de las empresas, evitando llegar a su liquidación. Pues se entendía que cuando ellas tuvieran cierta significación su desaparición vulneraría otros intereses privados de los acreedores. Por eso se afirmaba que la quiebra tradicional debía quedar como una solución residual para los comerciantes individuales o pequeñas empresas carentes de toda significación”. JULIO CÉSAR RIVERA. *Instituciones de Derecho Concursal*. Op. Cit., p. 35.

Ante este estado de cosas, los instrumentos ordinarios del derecho concursal, diseñados para afrontar la iliquidez o insolvencia en circunstancias de normalidad, se mostraron insuficientes para afrontar un problema de esa magnitud. De allí que la nueva ley tuvo como norte diseñar un mecanismo ágil de recuperación empresarial de carácter no jurisdiccional sino contractual, que condujera a una solución a los inconvenientes que presentaban los acuerdos concordatarios anteriores y a la concertación de reglas laborales especiales y temporales, que asimismo permitiera una flexibilización en la prelación de los créditos y que dotara a deudores y acreedores de incentivos e instrumentos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de unos acuerdos de reestructuración que les despejase el camino a las empresas para normalizar su actividad productiva, atender oportunamente sus compromisos financieros, facilitar de nuevo el acceso al crédito con base en la recuperación de su capacidad de pago, facilitar la garantía y el pago de los pasivos pensionales y conservar los empleos de los trabajadores”¹³.

3. Los puntos comunes en las evoluciones legislativas

De este recorrido apresurado en la historia próxima del derecho concursal colombiano, podemos preguntarnos qué hay de común en el discurso, en los estatutos, donde están los puntos de contactos, los avances o el retroceso.

Como anotamos atrás y resaltamos ahora, el supuesto, la causa o la razón de ser del derecho concursal es la crisis, y ello es lo que legitima la adopción de medidas extraordinarias, que da fuerza y busca soluciones. Bajo esa consideración encontramos que en cada uno de los estatutos mencionados se plantearon soluciones que en su momento se consideraron idóneas y que hoy desde el espejo retrovisor de la historia pueden ser censuradas o aplaudidas, pero que reflejan el reconocimiento de un interés público y que ponen de presente que la discusión ha girado alrededor de unos puntos determinados, que de paso resaltamos son comunes a cada Estado. Esto nos permite afirmar que el derecho concursal sigue con los mismos problemas, continúa en la búsqueda de soluciones y como dirían algunos “es un derecho en construcción.”

3.1. La Crisis como expresión del derecho concursal

El derecho concursal actúa en situaciones extremas, o si se quiere excepcionales, es decir en condiciones con fuerza y alcance especial. La naturaleza de las soluciones que ofrece, la modificación o suspensión de las reglas que el derecho ordinario presenta, da lugar a que se discuta a partir de qué momento, o si se quiere que requisitos exige para activarse¹⁴.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C – 625 de 2003, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

¹⁴ “El fundamento del derecho concursal en nuestro país es ciertamente exigente: no basta con el incumplimiento [...], ni tampoco con las dificultades económicas financieras; es menester que el patrimonio se encuentre severamente afectado por este mal al que la doctrina denomina “estado de cesación de pagos” o “estado de insolvencia”. En otras legislaciones se ha optado por

La insolvencia es un fenómeno común pero distinto, depende la situación económica en cada estado, de cada economía, por eso su definición no puede dejar de lado la propia realidad para adoptar soluciones externas. Sin perjuicio de ello, existen reglas o parámetros comunes, que son útiles, pero que no deben llevar a soluciones que por arte de magia y por el sentimiento de innovar son importadas sin medir su fuerza, su adaptabilidad a un determinado entorno, etc.

En este aspecto se presentan varias consideraciones. La primera de ellas es la eterna polarización, desde nuestra perspectiva innecesaria, entre el deudor y los acreedores; del deudor que pide condiciones más favorables para acceder a un concurso, de manera que se facilite su recuperación, y del acreedor que las pide para que la intervención del derecho concursal no deje de lado la posibilidad que el deudor intente previamente negociar y permitir la activación del sistema concursal en condiciones especialmente críticas¹⁵. La doctrina concursal tiene muchas páginas escritas sobre los supuestos objetivos y subjetivos¹⁶, la cesación de pagos, la suspensión de pagos, el sobreseimiento de pagos, el temor razonable, la imposibilidad, la incapacidad, etc., denominaciones todas que apuntan a la descripción de la crisis. Todas estas discusiones y otras tan álgidas como si estamos frente a indicadores de liquidez, de solvencia, de relación patrimonial, de

soluciones diversas, donde se distinguen aquellas que anticipan la actuación del derecho concursal a etapas anteriores al estado de insolvencia, de aquellas que no se conforman con la indicación y prueba de ese estado [...]". HORACIO PABLO GARAGUSO. *Fundamentos de Derecho Concursal*, edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 55.

¹⁵ Al respecto, la propia Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la necesidad de establecer mecanismos que propicien la conciliación de los intereses de deudores y acreedores, en la medida que un conflicto entre los mismos puede conllevar a la destrucción de la propia empresa. "[...] *Esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum–.*

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha visto que un mecanismo liquidatorio, destinado únicamente a atender en forma ordenada la ejecución colectiva del patrimonio del deudor incumplido, sin reparar en la destrucción de la empresa, además de no asegurar la satisfacción total del crédito, puede generar un daño económico de gran envergadura, en especial cuando afecta a empresas de grandes dimensiones, o ante una situación generalizada de anormalidad en la satisfacción de las obligaciones legítimamente contraídas.

De ahí que para traer a la normalidad económica al empresario en situación de crisis, evitar la desmembración de la empresa y conciliar los intereses de deudor y acreedores enfrentados en la satisfacción del crédito, se hayan ideado distintos instrumentos jurídicos procedimentales que combinan el interés solutorio individual con el interés colectivo de brindar un marco jurídico capaz de sanear la empresa en crisis." Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

¹⁶ Cfr. JESUS MARÍA SANGUINO SÁNCHEZ. *Cesación de Pagos en los Procedimientos Concursales*, 1.ª ed., edit. Librería del Profesional, Bogotá, 1982, pp. 43 a 52.

si la insolvencia aplica en su condición tradicional de mayores pasivos que activos, etc., terminan reducidos o si se quiere son irrelevantes frente a la voluntad del legislador, quien dependiendo de la tendencia, del momento, de las presiones, se inclina hacia uno de los extremos del péndulo.

No obstante, debemos resaltar la poca asimilación de la normatividad que define la crisis en los empresarios, prueba de lo cual es la pobre presentación de solicitudes antes de la cesación de pagos y la poca efectividad de los mecanismos recuperatorios, donde las estadísticas sobre el número de empresas que salen adelante en un concordato o en un acuerdo de reestructuración sorprende, asusta y sólo pone en evidencia, entre otras, el acceso tardío al instrumento recuperatorio¹⁷.

3.2 Naturaleza de la Solución

El derecho concursal tradicionalmente se ha ocupado de soluciones de carácter judicial¹⁸, porque ha encontrado en la presencia del juez certeza, seguridad, mecanismos de

¹⁷ Sobre este punto en particular, las cifras de la Superintendencia de Sociedades nos muestran por ejemplo en materia de *Concordatos*, a agosto de 2007 se habían aceptado 621 sociedades en concordato (117 de esas aceptaciones se realizaron antes de 1996 pero ninguno concluyó a esa fecha), de las cuales 159 se encuentran vigentes, es decir en etapa de ejecución y trámite y las restantes 462 sociedades, salieron del acuerdo por haberse declarado cumplido, terminado, acogido a un acuerdo de reestructuración o enviado a liquidación obligatoria. Respecto a las anteriores cifras y para brindarle mayor claridad al lector, nos permitimos aclarar que no obstante que la expedición de la Ley 550 de 1999 suspendió la figura del concordato, el artículo 205 de la Ley 222 de 1995 contempló la posibilidad que dentro del proceso de liquidación obligatoria se celebraran acuerdos concordatarios. Por otra parte, encontramos que en materia de *Acuerdos de Reestructuración* a 2007 ingresaron 1303 sociedades, respecto de las cuales 85 aún se hallan en trámite, mientras 696 se encuentran firmados en ejecución y 523 sociedades salieron del acuerdo, lo que constituye una alta cifra, máxime si se tiene en cuenta que 235 de esas sociedades salieron por incumplimiento del mismo, al tiempo que en 172 de los casos las negociaciones fracasaron, en 29 no se logró la firma del acuerdo y en 23 de los casos, la sociedad salió del trámite aduciendo otras causa. Finalmente, en materia de *liquidación obligatoria* encontramos que desde 1996 al 31 de agosto de 2007, 1379 sociedades entraron en liquidación de las cuales 313 (equivalentes al 22.77%) siguen vigentes y 1066 (es decir el 77.22%) finalizaron dicho proceso, lo que nos lleva a concluir que en la mayoría de los casos las situaciones de crisis concluyeron en un mecanismo liquidatorio. Estadísticas tomadas de la página Web: www.supersociedades.gov.co.

¹⁸ “La inexactitud de los resultados obtenidos por la doctrina al intentar resolver este complejo y difícil problema reside en el hecho de haber querido encuadrar dicho proceso, de carácter eminentemente especial, en las cuatro categorías fundamentales de los procedimientos generales o normales por medio de los cuales se manifiesta el ejercicio de la actividad jurisdiccional propiamente dicha (de conocimiento, en sentido amplio, de realización coactiva, cautelar) o, también en el hecho de haberle desconocido el carácter de verdadera jurisdicción al proceso de quiebra, relegándolo al refugio general de los procesos o procedimientos de jurisdicción voluntaria. [...] [n]o cabe dudar que el proceso de quiebra deba considerarse como un *proceso especial de jurisdicción mixta*, en el cual, tanto en el conocimiento como en el desarrollo y en la parte final, continuamente se encuentran y chocan, se entrelazan e interfieren actividades varias de distintos sujetos (órganos jurisdiccionales, órganos auxiliares de la jurisdicción, acreedores, quebrado, terceros interesados, extraños a la quiebra) que dan lugar al desarrollo de diversas actividades de

protección, publicidad y contradicción y una actuación independiente y autónoma. Sin perjuicio de ello, se han expuesto consideraciones distintas que reconocen la negociabilidad, la necesidad de concertar, de llegar al deber de colaboración propio de toda relación obligacional, etc.¹⁹

El derecho concursal ha girado alrededor de dos tipos de soluciones que tradicionalmente se han visto como antagónicas, la judicial y la contractual, dejando de lado que la crisis se presenta necesariamente por la desatención de compromisos contractuales y que la presencia del juez no desnaturaliza el objeto del instrumento. Cada escuela enfila posiciones como en una batalla y deja de lado consideraciones de colaboración, de acercamiento, que elimina cualquier diferencia y que permite llegar a soluciones más eficaces²⁰.

El derecho colombiano no ha sido ajeno a esta tendencia y si bien ha sido partidario de soluciones judiciales, con la ley 550 optó por soluciones no judiciales, a pesar de que en la práctica se ha generado un sentimiento de desprecio mutuo por la otra postura, soportado en prácticas incorrectas. En este sentido, tenemos el deber de reprochar conductas enmarcadas dentro de una litigiosidad malsana, reflejo de malas prácticas negociales, según las cuales el deudor después de haber relacionado la obligación y por tanto haber admitido su existencia procedía sin sonrojarse a objetar la reclamación con

contenido e índole distintos en relación con los fines particulares que se proponen". UGO ROCCO. *La Naturaleza del Proceso de Quiebra*, ed., 2.ª, Monografías Jurídicas, edit. Temis, 1982, pp. 67 a 68.

¹⁹ "La quiebra, ejecución colectiva que se resuelve en la liquidación del patrimonio íntegro del deudor, es una medida extremadamente grave, tanto para el deudor mismo, por las incapacidades personales que derivan de ella como para los acreedores, por el notable dispendio que importa, como para la economía general, al menos en cierto número de casos, por la fatal destrucción de la empresa que se sigue de la misma. Por eso en la ley (como por lo demás en todas las legislaciones), junto al procedimiento de quiebra, se encuentra organizado otro procedimiento concursal que permite al deudor, en presencia de determinados requisitos (y en primer lugar la inculpabilidad de su desequilibrio económico), sanear la situación patrimonial de la empresa fuera de la ejecución verdadera y propia, mediante un acuerdo directo con los acreedores". SALVATORE SATTA. *Instituciones del Derecho de Quiebra*, edit. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1951, pp. 471 a 472.

²⁰ "El concordato preventivo que se reglamenta en el proyecto concuerda en su fondo con legislaciones modernas avanzadas, como la italiana, la mejicana, la brasileña, la argentina, etc., con modificaciones de fondo y sistema que la comisión ha creído necesarias, para adaptar dicha institución a las necesidades comerciales del país. Tal institución no es incompatible con la quiebra, ni la excluye, sino que forma parte del derecho de quiebras, puesto que es hasta cierto punto el mismo concordato extintivo o suspensivo, consagrado ya en legislaciones del país, que, cuando las circunstancias económicas y morales del deudor son favorables, se celebra no sólo para terminar o suspender el juicio, sino para evitarlo o aplazarlo, con las mismas consecuencias para los acreedores. Por esa analogía de fondo es por lo que se han adoptado reglamentaciones paralelas o semejantes en cuanto al concordato celebrado dentro del juicio y al preventivo del juicio. JOSÉ GABINO PINZÓN. *Proyecto de Código de Comercio. Exposición de Motivos del Libro Primero*", elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio, t. II, Bogotá, 1958, pp. 668 a 669.

argumentos de contenido procesal, dejando de lado la buena fe y el carácter conciliador del concordato; por su parte, en los escenarios puramente contractuales no es raro encontrar un desprecio por lo jurídico, que premia la astucia, la sagacidad, el contubernio, con acuerdos secretos, con abuso de mayorías o condiciones ilegales que saltan de bulto. En este ejercicio, conviene preguntarnos si la sociedad colombiana está adecuadamente preparada para el manejo de asuntos puramente contractuales y dejar de lado la presencia del juez.

En este escenario y frente a la insuficiencia de las soluciones tradicionales, se ha planteado en este caso una alternativa distinta y es la preocupación por lo que el profesor español Ángel Rojo Fernández ha denominado la preinsolvencia²¹. Esta preocupación, desde nuestra perspectiva refleja una insatisfacción por las soluciones existentes, por su poca eficacia, por la definición tardía de la crisis, por la necesidad de reconocer que muchas de las soluciones para la crisis no son necesariamente judiciales, pues sus causas o problemas son de contenido económico. En el caso colombiano hoy tenemos soluciones de tipo ejecutivo, que mucha falta venían haciendo, como es el caso de la resurrección del CERT²², como medida para frenar los efectos de la revaluación en las empresas exportadoras.

Sin generar polarizaciones que en lugar de sumar restan, podemos afirmar que siempre el Estado tiene el deber de propiciar, de diseñar y de facilitar soluciones previas a la crisis, que impidan su configuración o que atemperen sus efectos. Los mecanismos concursales son la última y la primera opción para la crisis; la última, cuando los manejos previos del deudor y de los acreedores no hayan permitido superarla como tampoco las políticas económicas de prevención, y la primera, en la medida que se debe acceder a ellos en condiciones que permitan el logro de sus objetivos.

3.3 Informalización del Procedimiento

Un tema al cual debemos referirnos y que tiene estrecha conexidad con el anterior es el diseño de los procesos o de los procedimientos concursales, como los llama un sector de la doctrina. Varias consideraciones merece este punto, entre ellas que en este caso se trata de mecanismos que en su fase recuperatoria no se caracterizan propiamente por ser de contienda o confrontación y bajo esa consideración deben diseñarse reglas que destaquen este rasgo, como la facilidad de la presencia de los acreedores y su prueba, compatible con la finalidad de protección del crédito.

A los sistemas concursales les interesa que los procedimientos cumplan su finalidad y además que su objeto se alcance en condiciones de tiempo sensatas; bajo esta

²¹ Intervención en el Congreso Internacional sobre Insolvencia, realizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. Mayo de 2.007.

²² Certificado de Reembolso Tributario. A través del decreto número 2327 de 2007 se revive esta figura mediante la cual se le permitía a los exportadores recuperar un 4% de los impuestos pagados entre enero y junio del 2007, para las exportaciones realizadas en el primer semestre del año que se vieron afectadas por la revaluación.

consideración han informalizado el procedimiento, sustituyendo reglas tradicionales, como las notificaciones personales, medidas de publicidad como avisos y comunicaciones. Inquieta en esta parte la simbiosis con el estatuto procesal civil²³, que ha sido construido con una filosofía distinta y en especial para la aplicación de reglas para procesos bilaterales y no plurilaterales.

No obstante y frente al objetivo de los mecanismos de insolvencia preocupa la tendencia que se viene planteando con mucha fuerza, según la cual, es necesario dar un margen de discrecionalidad o de poder al juez para construirlo²⁴. En resumen, estamos ante un procedimiento efectivo, expedito, enemigo del rito y amigo de la producción de resultados.

3.4 Juez de Insolvencia

Otro de los temas clásicos de la concursabilidad ha sido la concepción del juez, que escapa al rol tradicional de quien conoce el derecho y por tanto lo declara o hace efectivo, por un juez afecto a otras disciplinas, como la contabilidad, el análisis financiero, etc. y que se imponen dado el contenido del asunto (la insolvencia).

²³ Sobre este particular, es pertinente tener en cuenta que el estatuto procesal civil está concebido para procesos bilaterales, razón por la cual la aplicación de algunas de sus reglas a los procesos concursales no resulta del todo armónica. Como prueba de este aserto, está lo referente a la suspensión del proceso por mutuo acuerdo de las partes, respecto de lo cual cabe preguntar si se requiere la unanimidad entre acreedores y deudor propia de los procesos bilaterales o en éste caso, aplican las mayorías de un convenio recuperatorio. Este tema, al igual que el de las nulidades procesales pone en evidencia las dificultades en la remisión mencionada. Sobre éste último aspecto puede consultarse. JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA. *Las nulidades en los Procesos Concursales. Referencia a la Legislación Colombiana*. “XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Septiembre de 1999, p. 351.

²⁴ Dicha inquietud ha sido planteada desde el derecho internacional, pues las recomendaciones de la CNUDMI apuntan hacia la necesidad de dotar al juez de mayores poderes, especialmente cuando el mismo debe afrontar la resolución de casos de insolvencia transfronteriza, evento en el cual no sólo deberá contar con las facultades que la ley interna le proporciona, sino que requerirá adicionalmente de la cooperación de los distintos Tribunales Extranjeros donde quiera que el deudor posea bienes o acreencias, si es que realmente se pretende dar aplicación al principio de universalidad tanto objetiva como subjetiva. En efecto, *“la falta de un marco legislativo o la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan a menudo la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza. La experiencia demuestra que, cualquiera que sea el grado de discrecionalidad de los tribunales, la introducción de un marco legal adecuado promueve la cooperación internacional en los casos transfronterizos. Por ello, la Ley Modelo cubre la laguna existente en muchos ordenamientos, al facultar expresamente a los tribunales para cooperar con otros tribunales en cuestiones que se rijan por la Ley Modelo (arts. 25 a 27). Por razones similares, la Ley Modelo autoriza también expresamente la cooperación entre los tribunales internos y un representante extranjero, y entre la persona que administre la insolvencia en el propio Estado y un tribunal o un representante extranjero (art. 26)”*. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia – CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.*, www.cnudmi.org, p. 372.

Esta circunstancia en Colombia ha soportado la presencia de una autoridad administrativa que cumple funciones jurisdiccionales y que cuenta dentro de su estructura con profesionales del área económica. Si bien reconocemos su importancia, no deja de preocupar la mezcla entre funciones administrativas y jurisdiccionales, que son ejercidas de manera simultánea y en muchos casos, no dan certeza al particular o al administrado acerca del tipo de actuación frente a la que se encuentra²⁵.

Se sigue y seguirá discutiendo la necesidad de una jurisdicción especializada²⁶, pese a la poca acogida de los jueces especializados en asuntos de comercio²⁷, debemos recordar que en las ciudades donde funcionaron se familiarizaron con los temas concursales y dieron buenos resultados. Vemos con preocupación que en Colombia, en lugar de apuntar a la construcción de una jurisdicción especializada, por razones de carácter económico,

²⁵ *“En primer término, es claro que este ejercicio jurisdiccional por autoridades no judiciales representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder, por lo cual “su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible. [...] La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial. [...] Debe quedar en claro que la posibilidad de asignar a las autoridades administrativas funciones jurisdiccionales de manera excepcional mantiene vigencia como ha sido reconocido por la Corte, a tal punto que las normas acusadas no son las únicas que otorgan facultades de esta naturaleza a las Superintendencias, pues hay otras que así lo prevén, como por ejemplo la mencionada en la ley 222 de 1995. Pero de cualquier manera, ello no significa que en uso de estas atribuciones puedan decidir sobre cualquier clase de asuntos diferentes a la instrucción de sumarios o la investigación de delitos: es necesario además que la independencia e imparcialidad del funcionario estén completamente aseguradas, lo cual no ocurre en casos como los aquí previstos porque habría un juez de sí mismo, naturalmente que institucionalmente hablando [...]”*. Corte Constitucional, Sentencia C – 1641 de 2000, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. En el mismo sentido encontramos las sentencias C – 233 de 1997, C – 384 de 2000, C – 1143 de 2000, C – 649 de 2001, C – 415 de 2002, C – 625 de 2003, T – 954 de 2004, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de diciembre de 2001, M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, entre otras.

²⁶ A nivel de derecho comparado resaltamos la introducción en España de la figura de los Juzgados de lo Mercantil a través de la Ley Orgánica 8 de 2003, que nacieron a raíz de la necesidad de crear una institución especializada en asuntos de insolvencia que fuera más rápida, eficaz y económica. Deben destacarse tres aspectos de la regulación Española: a) Hacen parte del orden jurisdiccional civil, es decir a pesar de tener competencia sobre los temas concursales no se crea para ello una jurisdicción de lo mercantil separada de la civil; b) Su competencia territorial se restringe a la provincia, situando su sede en la capital de la misma; c) La especialización de sus titulares, en la medida en que sus titulares son magistrados pertenecientes a la carrera judicial, con una especial preparación en materias de insolvencia. Cfr. ÁNGEL ROJO, EMILIO BELTRÁN. *Comentario de la Ley Concursal*, edit. Thomson Civitas, t. I, 1.ª ed., 2004, pp. 289 a 291.

²⁷ En Colombia fueron creados mediante el Decreto 2273 de 1989 para funcionar en las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ibagué y Medellín. A los mencionados juzgados se les asignaron competencias para conocer de las controversias que se suscitaran en materia de derecho comercial, sin que se circunscribieran únicamente a temas de derecho concursal, como sucede en el Derecho Español.

cada vez hay una renuncia mayor de la jurisdicción ordinaria por estos asuntos, que terminan en mezclas de competencias a prevención que generan problemas y son semillas de nulidades, o la delegación de tareas que son propias del juez²⁸ a terceros.

3.5 Auxiliares de Insolvencia

Es otro de los aspectos críticos de la concursabilidad, frente al cual no hay respuestas o construcciones que ofrezcan soluciones satisfactorias. Tradicionalmente y en cuanto a los orígenes del concurso en la quiebra se ha considerado necesario que el deudor sea desplazado de la administración de sus negocios por haber defraudado la confianza que depositó la comunidad²⁹ y para lo cual, se ha considerado que los activos que sirven de respaldo a los acreedores sean puestos en manejo de un tercero, imparcial, eficiente y probo, como un Sindico o Liquidador y que en muchos de los casos, en términos coloquiales es la causa inmediata de la quiebra o si se quiere “*el quebrador de la quiebra*”. Esta circunstancia, aunada a la carencia de compromiso de los usuarios del sistema y al poco interés en ofrecer soluciones, no presenta un panorama por lo menos halagador.

Así mismo y en lo que atañe a los mecanismos recuperatorios, se discute lo que algunos han denominado la burocracia concursal, que en muchos casos representa mucha más erogación que beneficios para la compañía y que se traduce en un esfuerzo inútil. En esta parte, preocupa el abandono por parte del juez del papel que le es propio y la delegación o la adscripción de sus competencias como la calificación y graduación de créditos, la recepción de los créditos, etc. en terceros.

3.6 Finalidades del Instrumento

Tradicionalmente se ha dicho que el derecho concursal tiene como finalidad la protección del crédito, lo cual no puede ser puesto en duda, pues precisamente es el incumplimiento del deudor, lo que da lugar a su intervención. Los valores de la empresa, mencionados

²⁸ “En el concurso de acreedores interviene, como primer elemento de orden subjetivo, un órgano jurisdiccional. El concurso es un verdadero proceso; por lo tanto, no puede eliminarse de él la intervención de un Juez actúa en el concurso ejercitando una función procesal auténtica: no como sujeto administrativo, ni siquiera como titular de la administración llamada jurisdicción voluntaria”. JAIME GUASP. *Derecho Procesal Civil*, t. II, parte especial, ed. 3.ª, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 245.

²⁹ “No solo en el derecho franco –como KOHLER afirma-, sino en el derecho estatutario italiano domina el principio publicístico, quizá como consecuencia del gran rigor que caracteriza al procedimiento de quiebra: se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador (“*decoctor ergo fraudator*”, dice CASAREGIS) y de que al Estado incumbe la represión del hecho ilícito de la quiebra, como finalidad a la que va unida la satisfacción de los acreedores. Se afirma con energía el procedimiento de oficio, y el magistrado no solo se incauta del patrimonio, sino que lo distribuye él mismo entre los acreedores. La autoridad pública, al tomar posesión del patrimonio, reclamaba para la masa todos los bienes propiedad del deudor, cualquier que fuese su poseedor (principio de la retroacción absoluta [...]). JOAQUÍN GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*, t. V., edit. Temis, Bogotá, 1987, p. 11.

atrás abren paso a una dinámica encaminada hacia su conservación y protección y la del empleo³⁰.

En esta materia, resaltamos la necesidad de un equilibrio entre cada uno de los fines que el instrumento busca, y no la prelación en demasía de una ventaja que resulta realmente excesiva y a veces contraproducente. Por eso celebramos que en un país con tanto desempleo, se haya modificado la propuesta inicial del proyecto de ley de protección exclusiva del crédito como una especie de expropiación colectiva del deudor a favor de sus acreedores. No obstante, preocupa la ausencia de medidas que realmente las hagan efectivas, dejándolas vacías de contenido y poder de coerción.

Sin embargo, debemos resaltar cómo los postulados de la nueva ley, por ejemplo en materia de prelación de créditos, derechos de los trabajadores, obligaciones pensionales y seguridad social, entre muchas otras, ponen en evidencia el proceso de constitucionalización que vienen sufriendo las reglas del derecho concursal a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a fin de hacerlas más acordes con los principios y valores consagrados en la Constitución Política en materia de derechos fundamentales. No es coincidencia que la propia Corte haya resaltado la finalidad tripartita que hoy fundamenta los procedimientos concursales en Colombia. En sus palabras: *“en general, 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. En el caso presente, por la especificidad de la demanda, la Corte sólo hará referencia al primer tipo señalado, esto es, a los procesos concordatarios.*

...

El régimen concordatario encuentra su justificación constitucional, en el deber del Estado de crear mecanismos para promover el sector empresarial, y así preservar la función que

³⁰ Este ha sido un tema que históricamente ha generado gran controversia, pues las legislaciones concursales se han alineado principalmente en dos corrientes o la de darle prevalencia a la protección del crédito o las que han defendido la conservación de la empresa. Discusión de la que tampoco ha sido ajeno el derecho europeo, específicamente nos referimos a la legislación Española, que con la expedición de la Ley 22 de 2003 nuevamente abrió el debate respecto al modelo a adoptar. En efecto “se plantea si en esta materia la nueva Ley Concursal española sigue el modelo de los Ordenamientos jurídicos del área de influencia anglosajona (EE.UU., Inglaterra y, matizadamente, Alemania) en los que la coexistencia de intereses de conservación/satisfacción de los acreedores se produce sobre la base de la subordinación de los intereses generales en la conservación de los privados en el cobro, o el modelo característico de los Ordenamientos jurídicos latinos (Francia, Italia, Portugal...) en los que, en ocasiones, se subordinan los intereses privados afectados por la crisis respecto de intereses públicos en la conservación, dada la amplia onda de repercusiones y la destrucción de valor empresarial que conlleva toda liquidación”. JUANA PULGAR EZQUERRA. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, En: *Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, edit., Diles, Madrid, 2003, p. 437.

éste cumple en materia de desarrollo económico. El artículo 333 de la Carta, según el cual la actividad económica y la iniciativa privada encuentran sus límites en los primados del bien común, establece que la "libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", y que "la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones"; por lo mismo, este precepto asigna al Estado el deber de estimular el desarrollo empresarial. A su vez, el artículo 334 Superior dispone que corresponde al Estado la dirección general de la economía, y que para ello deberá intervenir en ciertos casos, por mandato de la ley; por ejemplo, sobre la producción, distribución, utilización y consumo de bienes -procesos vinculados la mayor parte de las veces con la actividad comercial de las empresas-, o sobre los servicios públicos, buscando la racionalización de la actividad económica, con especial énfasis en la protección del empleo y en la promoción de la productividad y la competitividad nacionales. Como dijo la Corte en sentencia C-233/97 (M.P. Fabio Morón Díaz), "al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución".

Por su parte, la empresa, en tanto concepto organizacional que conjuga los factores económicos del capital y del trabajo, es un canal a través del cual se materializan, en la vida económica, los mandatos del constituyente: mientras que el capital, manifestación por excelencia de la propiedad privada, tiene una función social (art. 58 C.P.), el trabajo, su complemento indispensable, goza de un especial estatus constitucional, que le adscribe la triple calidad de valor, derecho y obligación (Preámbulo y art. 25, C.P.). Se entiende, así, que se haya encomendado al Estado la función de promover su existencia y desarrollo, por ser la base de la economía nacional."³¹

Pero la finalidad de los concursos, no se limita a lo expuesto, va mucho más allá, y toma en cuenta otros parámetros, que carecen de discusión a la luz de la Constitución, en palabras de la Corte:

"1. El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común –artículos 16, 58, 95, 333 y 334 C.P.-.

Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un

³¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C – 1143 de 2000, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum-.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha visto que un mecanismo liquidatorio, destinado únicamente a atender en forma ordenada la ejecución colectiva del patrimonio del deudor incumplido, sin reparar en la destrucción de la empresa, además de no asegurar la satisfacción total del crédito, puede generar un daño económico de gran envergadura, en especial cuando afecta a empresas de grandes dimensiones, o ante una situación generalizada de anormalidad en la satisfacción de las obligaciones legítimamente contraídas”.³²

3.7 Responsabilidad

En materia de derecho concursal todos los autores y todos los foros ponen en evidencia la necesidad de reglas claras³³ y mucho más severas que las del derecho ordinario en materia de responsabilidad, respecto de lo cual nos preguntamos, porque tanta insistencia. En nuestra opinión, por la insatisfacción de los acreedores, por cuanto ven que en las insolvencias sus expectativas no resultan atendidas, que no obstante reconocer que toda relación crediticia lleva aparejada la posibilidad de que el deudor no cumpla, es necesario tomar en cuenta otros aspectos como el comportamiento del deudor, de aquellos que intervinieron en la crisis o tuvieron ingerencia en ella, de quienes la propiciaron como administradores, socios, controlantes, etc.

4. Nuevos Retos

Además de las discusiones anteriores, como la existencia de reglas que ante la frustración de los derechos de los acreedores que confiaron en el deudor garanticen una responsabilidad efectiva de socios, administradores y controlantes; los supuestos para acceder al concurso, que permitan al deudor en verdaderas dificultades acogerse a un mecanismo excepcional; el juez de insolvencia, con poderes, alcances, atribuciones y discreciones que permitan conseguir los fines de los regímenes de insolvencia; actualmente el derecho concursal se enfrenta a retos de no poca monta, que surgen de una actividad empresarial orientada únicamente por las denominadas “fuerzas del mercado”, que no hacen distinciones entre débiles y fuertes y que siempre premian al más astuto, y que en muchos casos hacen a un lado consideraciones propias de la dignidad humana. Por otra parte, frente a ellos, el derecho concursal sigue siendo deudor de soluciones eficaces, expeditas y armónicas con la realidad del Estado y además tiene al frente nuevos asuntos, como la insolvencia transfronteriza, la insolvencia de los grupos empresariales, de grupos transnacionales y del consumidor.

³² Corte Constitucional, Sentencia C – 586 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

³³ Dentro de la denominada responsabilidad falimentaria, encontramos reglas sobre extensión de la quiebra, responsabilidad del controlante, responsabilidad de administradores en especial en aquellos casos en que la administración es confiada a una compañía por el contrato de “*mangement*”, responsabilidad de órganos de fiscalización o de auditoría, incluso se ha pensado en responsabilidad del estado por vigilancia negligente de empresas declaradas en quiebra.

4.1 Insolvencia de Grupos

La realidad supera la forma y es ello lo que lleva a discutir la insolvencia de empresas de un grupo y en especial la protección de los derechos de los acreedores³⁴ y como respetando la personería jurídica que a cada una les es propia, se reconoce su interacción, la fuerza que las une y los elementos que le restan ventajas o que fortalecen a una en desmedro de otras; comportamientos como el marchitamiento provocado de compañías para obtener ventajas fiscales imponen consideraciones distintas³⁵.

El tema de la responsabilidad de los grupos ha sido objeto de álgidas discusiones en los últimos años en derecho colombiano, con posiciones encontradas y en algunos casos

³⁴ Al respecto la guía legislativa de la CNUDMI nos ofrece algunas soluciones que podrían implementarse cuando se presente una solución de conflicto entre empresas pertenecientes a un mismo grupo y la forma de proteger en mejor medida los intereses de los acreedores. *“A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, estos regímenes deben conciliar los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Estos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no basta para saldar los créditos. En tal caso, es posible que los bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada. Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio colectivo de los acreedores compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes, en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, aumentarían los gastos y la duración del procedimiento y se reducirían los fondos que, de lo contrario, estarían a disposición de los acreedores, y si ello redundaría en beneficio de los accionistas de algunas de las empresas del grupo, que recibirían beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo”.* Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia – CNUDMI – Ob. Cit.

³⁵ Solo a manera de ejemplo, la guía de la CNUDMI realiza un análisis de las distintas hipótesis que pueden darse cuando quiera que se presenta la insolvencia de una las empresas integrantes del grupo. *“Es frecuente que varias sociedades constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el tratamiento que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas generalmente complejos y difíciles de resolver. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexas ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que exista entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo”.* Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia – CNUDMI –, ibid.

irreconciliables, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, especialmente a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 en donde adquirieron rango constitucional los derechos de trabajadores y pensionados, lo que a su vez implicó un replanteamiento en los parámetros de responsabilidad societaria que hasta el momento se venían aplicando. Aunque no es el objetivo de este escrito hacer un análisis exhaustivo del tema de la responsabilidad de los grupos, si consideramos oportuno realizar una mención de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, en ocasiones contradictorios, a que ha dado lugar la práctica judicial en esta materia. Antes de iniciar con el recuento jurisprudencial, es necesario destacar como muchos de ellos provienen de la Corte Constitucional al resolver acciones de tutela instauradas por trabajadores y pensionados de una empresa fallida, y no de los jueces ordinarios, lo cual es muestra del proceso de constitucionalización del derecho concursal que mencionamos en otro aparte de este trabajo.

En primer lugar, debe señalarse la sentencia T-014 de 1999 en la que se declararon solidariamente responsables a la sociedad y a sus socios; aunque la decisión fue declarada nula por la Corte Constitucional por violación del debido proceso, no puede dejar de tomarse como un antecedente de las decisiones que en el mismo sentido se profirieron años después. En segundo lugar, encontramos, la sentencia C-510 de 1997 que establece la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de su subordinada, cuando quiera que la disminución o afectación de su patrimonio se produzca con ocasión de las decisiones tomadas por la controlante. En tercer lugar, las sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003 en donde partiendo de la presunción prevista en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, se imparten órdenes a los controlantes que deben ser atendidas hasta que en un proceso ordinario se defina su responsabilidad o mientras la liquidación no cuente con recursos para atender el pasivo.

Por parte de la jurisdicción ordinaria, encontramos la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 3 de agosto de 2006, en la que precisa que la acción de responsabilidad contra la matriz no puede ser promovida por el liquidador de la subordinada sino que al ser un instrumento a favor de los acreedores, son ellos los llamados a ejercitarla.

Como podrá observar el lector, apenas se inicia la discusión y es mucho lo que debe precisar la jurisprudencia y la doctrina, partiendo de varias premisas: el reconocimiento del poder propio de toda situación de control societario, la efectividad de las reglas en materia de responsabilidad y descartar abusos por parte de los acreedores con la iniciación de acciones de responsabilidad ligeras, gaseosas o gratuitas.

4.2 Insolvencia Transfronteriza

La insolvencia ha dejado de ser un problema local, la existencia de un mercado globalizado, la frecuencia de relaciones comerciales entre personas de distintos Estados, ponen en evidencia la necesidad de una regulación en esta materia. La introducción de las reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia transfronteriza a través del Título III de la Ley 1116 de 2006 era una necesidad que reclamaba desde hace

mucho tiempo nuestra legislación concursal, especialmente a raíz de las crecientes alianzas económicas que día a día van estableciendo nuestras empresas con mercados extranjeros. La construcción de ejercicios de cooperación que están apenas en prueba, constituyen un tema a considerar, habrá que esperar sus resultados.

4.3 Insolvencia del Consumidor

La insolvencia ha superado la esfera tradicional de los comerciantes, las continuas fluctuaciones del mercado, nos llevan a pensar si hay insolvencia para los no comerciantes, o en general para quien no desarrolla actividades empresariales. Sin embargo, y sin perjuicio de la conclusión a la cual se llegue, lo que si no parece adecuado es el traslado de reglas previstas para quien desarrolle actividades empresariales a quien no las ejerce³⁶. La experiencia en cuanto a los concordatos de las personas naturales no comerciantes puso de presente situaciones más caóticas en las que el deudor estaba más interesado en frustrar los derechos del acreedor en un proceso ejecutivo que llegar a un acuerdo con sus acreedores.

4.4 Excepciones al Principio de Igualdad

El principio de igualdad se ha constituido en la piedra angular del derecho concursal, en virtud del cual debe dispensarse un trato igualitario a todos los acreedores intervinientes, por lo tanto sea que el concurso tienda a la recomposición del patrimonio del deudor o a su liquidación, lo cierto es que en cumplimiento de éste principio todos los acreedores deben soportar una pérdida de manera equitativa y en proporción a sus respectivos créditos.

Frente a este principio, en tiempos recientes se ha observado como en su contenido no puede ser absoluto y que en muchas ocasiones impide la celebración de acuerdos

³⁶ “[...] Es necesario destacar que las reglas del concordato previstas para proteger la empresa no tienen la misma justificación para quien no desarrolla actividades mercantiles, empresariales o en general industriales. En efecto, una de las dificultades que encuentra el operador jurídico es que muchas de las instituciones previstas para el concordato y con las cuales pretende recuperarse la empresa sean aplicables a quien no desarrolla actividades comerciales, lo cual obliga a repensar dicha aplicación y en especial su conveniencia.

[...] La ley parte del supuesto de que el deudor en concurso tiene acreedores que pertenecen a distintas categorías, y bajo esa consideración dispone que el acuerdo deba ser celebrado por acreedores que pertenezcan a un número plural de ellas. Esta regulación responde a la situación que se observa en la empresa, donde es común encontrar una pluralidad de acreedores de distinta clase, producto del desarrollo de actividades mercantiles. Contrario a lo que sucede con la persona natural no comerciante, es normal que la empresa tenga trabajadores a su cargo, y por tanto, además de pagar la nómina, tenga que efectuar descuentos y aportes al sistema de seguridad social; pagar parafiscalidades como ICBF, SENA, cajas de compensación familiar; tenga que pagar impuestos de renta, IVA, retenciones, ICA, avisos y tableros; contraiga obligaciones con el sector financiero para apalancar sus proyectos; tenga proveedores; celebre contratos de tracto sucesivo, contratos de suministro, etc..” JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA. *Intervención Ciudadana dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 (numeral 8°) y 126 de la ley 1116 de 2006*”, Sentencia C – 699 de 2007, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

recuperatorios. De otra parte, la constitucionalización del derecho concursal ha puesto en evidencia la necesidad de inaplicarlo cuando están de por medio derechos fundamentales. Aún cuando para algunos la introducción de excepciones a este principio, descontextualizarían el concurso, en nuestro concepto estas excepciones reivindican la igualdad como pilar fundamental del derecho concursal, pues no podría existir una excepción si la regla principal no fuera la de su aplicación; por ende, más que desvirtuar la aplicabilidad del principio, lo que hace la excepción es confirmar su plena vigencia.

5. La Especialidad del Derecho Concursal y los Principios Generales del Derecho

Para algunos el carácter especial del derecho concursal es un hito que no admite excepciones y que no puede ser puesto en entredicho. No obstante, quisiéramos aprovechar este espacio para reivindicar la fuerza constante y viviente de los principios generales del derecho que trascienden cualquier especialidad, irradian todo estatuto y de forma particular alimentan y oxigenan cada una de sus reglas³⁷.

Los regímenes de insolvencia protegen al deudor frente a la crisis no sólo para garantizar su supervivencia, sino también para realizar los caros intereses públicos involucrados en su actividad. Sin perjuicio de ello, debemos resaltar que ha sido una preocupación permanente que el ejercicio del derecho por parte del deudor no lesione de manera injustificada los derechos de sus acreedores y por ello los mecanismos concursales sólo operan cuando el deudor esté en condiciones especialmente críticas, de manera que no se conviertan en un instrumento desfavorable para los acreedores y en una fuente de abusos por parte del deudor. En todo sistema legal concursal, están presentes los principios generales, y por ello se dice que los institutos preventivos deben premiar al deudor fracasado pero de buena fe y en esta medida también sanciona en forma ejemplar toda conducta que le sea contraria³⁸, en procura de un equilibrio entre los derechos del deudor y los acreedores, que tradicionalmente se presentan como opuestos,

³⁷ FERNANDO HINESTROSA. "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato" En: *Revista de Derecho Privado*, N.º 5, enero a junio de 2000, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 3 a 22.

³⁸ "De la acción directa contra la persona del deudor y de sus familiares se pasa, en su progresiva y atenuante evolución, al concurso como acción limitada a los bienes. Sin embargo, hasta el siglo pasado perduraron, en algunas legislaciones, la prisión por deudas y hasta la propia pena de muerte para ciertos casos muy especiales. Paralelamente, aun cuando la acción se dirigía contra los bienes del deudor, la persona de este tampoco se tornó indiferente de un todo, pues cuando el deudor, con abuso del crédito, obraba de mala fe, la ley le castigaba con sanciones de diverso orden como eran las incapacidades políticas y profesionales o se le imponían medidas de verdadero escarnio como la exposición al sol, la imposición de los bonetes verdes, etc. y, por sobre todo, se les hacía acreedores a una pésima fama pública; fama que todavía, en nuestros días mira con desconfianza el comercio". HORACIO MONTOYA GIL. *De los concordatos y la Quiebra de los Comerciantes*, ed., 4.ª, edit. Librería el Foro de la Justicia, Bogotá, 1984, pp. 4 a 5.

contradictorios y a veces antagónicos, dejando de lado que toda relación obligacional es un acto de colaboración entre dos sujetos que se necesitan entre sí.³⁹

La *fides* del derecho romano, la fuerza de la palabra empeñada, el deber de no transgredir lo estipulado, la necesidad de respetar y creer en el otro, son conceptos sobre los cuales se construye todo sistema legal y al cual no puede ser ajeno el derecho concursal⁴⁰. Con frecuencia enseñamos en las aulas que el derecho concursal no persigue la protección de un crédito particular, sino la confianza colectiva que los acreedores depositaron en el deudor, la cual es base de todo el sistema de relaciones negociales.

Bajo esta consideración descalificamos conductas que ponen en entredicho estos valores: deudores que buscan afanosamente razones para desvirtuar o desconocer sus compromisos, con lecturas amañadas o acomodadas de normas legales, que exponen sin sonrojo razones de simpatía, animadversión y hasta afinidad o discrepancias políticas con el acreedor; conciliaciones laborales lesivas para la empresa pero favorables para los socios, contratos de maquila y arrendamiento en plazos largos y con penalidades cuantiosas. Y por parte de los acreedores, salidas ilegales a la crisis, compra de acreencias con la finalidad de impetrar acciones revocatorias, etc.

6. Fuentes de la Ley 1116 de 2006.

A partir del estudio de la ley puede afirmarse que sus fuentes son de diversa índole: antecedentes de derecho interno, trabajos de organismos internacionales y decisiones jurisprudenciales en materia de procesos concursales.

En cuanto al derecho interno, podemos afirmar que con buen criterio el legislador recogió muchas de las experiencias vividas en los estatutos anteriores y las incorporó en el nuevo régimen. Si bien ello es valioso, y demuestra un gran pundonor, desde ya destacamos que dicho ejercicio no fue del todo consecuente, como quiera que se mezclaron reglas de diverso contenido, naturaleza, justificación y construcción, que generarán más de una dificultad y que son puestas de presente en este trabajo, de las cuales resaltamos el otorgar efectos judiciales a un acto no producido dentro de un proceso y valorado por un juez, como la determinación de derechos de voto hecha por el promotor.

³⁹ “El fundamento último de las relaciones obligacionales está en la idea de cooperación, en la cual se halla la calve indispensable para comprender su funcionamiento: esencialmente un *deber de cooperación*, que vincula al deudor a poner su energía al servicio del interés ajeno con mira a un cumplimiento por el cual responde con todos sus bienes”. EMILIO BETTI. *Teoría Generale delle Obligazioni*. citado por FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones. Concepto. Estructura*. Vicisitudes, t. I, edit. Publicaciones Universidad Externado de Colombia Bogotá, Bogotá, 2002, p. 57 nota 12.

⁴⁰ Cfr. MILAGROS KOTEICH, MARTHA LUCÍA NEME, EDGAR CORTÉS. “Formalismo Negocial Romano y Neoformalismo. ¿Fundamento del Sistema o Protección de la Parte Débil?”, *En: Revista de Derecho Privado N.º 9*, edit. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Una segunda fuente de la ley, es el derecho internacional o si se quiere extranjero, para lo cual se inspira en los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI–, que se concretan en la *Guía legislativa en materia de insolvencia* y en la Ley Modelo en Materia de Insolvencia Transfronteriza, que el nuevo estatuto incorporó. La insolvencia es una misma para cada Estado, sólo que con matices distintos, los problemas de la regulación son similares y partiendo de ello es válido tomar en cuenta las experiencias ajenas⁴¹. Ahora bien, la realidad económica, la ausencia de fronteras y la necesidad de normas que estimulen la inversión, ha dado lugar a ejercicios de unificación que no son exclusivos de esta rama del derecho, y que se concretan en los trabajos mencionados.

Así como atrás resaltábamos el amor por lo propio, en este caso ponemos en evidencia la tendencia a olvidar experiencias locales e importar figuras sin hacer mayores consideraciones sobre su construcción, fuente, inspiración, etc., muy probablemente con la excusa de estar actualizados o vigentes en el mundo global. En esta materia, el lector encontrará nuevas instituciones, traídas del derecho norteamericano y que puestas en el entorno empresarial colombiano merecen más de una precisión y presentan inquietudes en cuanto a su conveniencia, como es el caso de la renegociación de contratos y la anticipación de los efectos del concurso⁴², entre otros.

La creciente influencia del derecho público, o si se quiere, la “publicitación” del derecho privado, es una realidad del derecho contemporáneo. El derecho colombiano no ha sido ajeno a ella y en esta materia, hemos visto una nueva forma de leer y aplicar las normas a la luz de los principios, valores y reglas constitucionales. Al respecto, debemos reconocer la importancia que las decisiones de la Corte Constitucional han tenido en las normas concursales y que permiten afirmar que el derecho concursal es otro a partir de ellas. En este sentido, debemos indicar que el nuevo régimen acoge un número significativo de los derroteros fijados por la Corte, en especial en aquellos casos en los cuales estaban de por

⁴¹ Al respecto, el profesor ADOLFO ROUILLON afirma: “En los pasados diez años hemos asistido a un fenómeno novedoso en el campo del derecho concursal o derecho de la insolvencia. Este fenómeno es la prolífica actividad de la comunidad internacional, a través de diversas entidades o agencias de la Organización de las Naciones Unidas, asociadas a otros organismos multilaterales de crédito y a organizaciones privadas, todos ellos centrando la atención intensamente en el área del derecho que regula la insolvencia empresarial y las relaciones del acreedor /deudor en el sector privado de la economía.

La aceleración de la globalización económica, comercial y financiera de la pasada década explica, en parte, esa preocupación internacional. A ello puede agregarse la transición de los países de Europa Central y Oriental y las Repúblicas de la ex Unión Soviética a sistemas de economía de mercado, hallándose desprovistos de marcos legales, institucionales y regulatorios adecuados para la insolvencia empresarial. Pero el principal detonante de esa novedosa actividad internacional en esta materia puede encontrarse más bien, en las grandes crisis económico-financieras, de características sistémicas, que han afectado a varios países en la década pasada. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.” *Iniciativas Internacionales sobre Insolvencia en Seminario Internacional de Insolvencia, Insolvencia Transfronteriza y contratación Pública*, marzo de 2006, Bogotá, pp. 89-90.

⁴² Sobre estos efectos, puede consultarse la obra del Profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. “*Derecho Societario en Estados Unidos. Tercera Edición*”. 3.ª ed., edit. Legis. Bogotá, 2006, p. 308 y ss.

medio derechos fundamentales, como frente a los derechos de pensionados, a obligaciones a favor de entidades de seguridad social, a obligaciones por retenciones y atención de gastos de administración, entre otras⁴³.

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

7. Comentarios Finales

7.1. No cabe duda que todo empresario cuando decide crear una compañía lo hace con la esperanza de alcanzar el éxito económico, pues nadie arriesga su patrimonio si de antemano conoce que va a fracasar. Sin embargo, esos loables propósitos no siempre se traducen en buenos resultados y es allí en donde la presencia del derecho concursal adquiere plena justificación; pues ante un escenario de crisis no pueden seguir aplicándose las normas del derecho ordinario sino que ante una situación de anormalidad se requiere la aplicación de unas reglas igualmente especiales, que busquen salidas a la crisis o que por lo menos garanticen un reparto equitativo del patrimonio del deudor cuando no sea posible su recuperación.

7.2. La reincorporación de un sistema concursal de carácter judicial le devuelve al mecanismo la seguridad, publicidad y transparencia echadas de menos en la Ley 550 de 1999. Si bien la naturaleza contractual le otorga mayor celeridad a la negociación, lo que en todo caso puede discutirse, no es menos cierto que el mismo genera recelo acerca de la imparcialidad del funcionario que tiene a su cargo el manejo del acuerdo; situación que se remedia con la intervención del juez.

7.3. La recuperación de una empresa no solamente se encuentra en manos del derecho, sino que la misma exige una readecuación administrativa, un examen al interior de cada compañía para evaluar las causas de su crisis. Es común que los empresarios tiendan a atribuir su estado de insolvencia a factores externos y no analicen sus propias falencias, las decisiones que tomaron, las estrategias que aplicaron y que pudieron ser

⁴³ Sobre la incorporación de las decisiones de la Corte Constitucional a la nueva normatividad de la ley 1116 de 2006 podemos citar a manera de ejemplo las contenidas en los artículos 10 en materia de pasivo pensional, 41 num. 4 en cuanto a la no afectación de la prelación de los créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, entre otros y 77 en el tema de los procesos ejecutivos alimentarios en curso.

determinantes para llegar a su estado actual. Si dicho examen no se lleva a cabo, no será posible que la empresa logre salir de su situación y mucho menos conservarse sana.

7.4. Sin duda, la incorporación de las reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI a nuestra legislación, traerá enormes beneficios cuando quiera que se presente un conflicto respecto de un deudor que posee bienes o acreencias por fuera del territorio colombiano. No obstante, debemos anotar que sólo el tiempo demostrará su eficacia.

7.5. Sin dejar de reconocer que la Ley 1116 de 2006 constituye un gran esfuerzo en la consolidación de una legislación concordante con los avances doctrinales y legislativos en materia concursal, no puede dejarse de anotar que no proporciona soluciones de fondo a los problemas que el derecho moderno se plantea. Preocupa igualmente las constantes modificaciones que en Colombia ha sufrido la legislación concursal, ya que en los últimos 11, años se han expedido tres estatutos en la materia que distan enormemente en sus filosofías, pasando de un sistema judicial a uno contractual y nuevamente al judicial; si bien es cierto que es importante adecuar los sistemas legales a las necesidades de la sociedad, no es menos acertado afirmar que en procura de la seguridad jurídica que debe garantizar todo ordenamiento, dichas modificaciones no deberían realizarse cada cuatro o cinco años cuando los destinatarios de la normas apenas las están asimilando. Finalmente, criticamos la redacción confusa de algunas normas, lo que en la práctica se traducirá en problemas de no poca envergadura.

7.6. El proceso de constitucionalización del derecho concursal es una realidad y bajo esa consideración, quien se ocupe de estos temas, necesariamente habrá de examinar las decisiones de la Corte Constitucional en esta materia, y en especial leer, aplicar y operar las normas concursales a la luz de la Constitución con las implicaciones que ello demanda, entre ellas, la ponderación de derechos y la aplicación preferente de los métodos de interpretación derivados de la Constitución (interpretación conforme e interpretación de menor daño constitucional).

8. Bibliografía

- BETTI, EMILIO. *Teoría General del Negocio Jurídico*, ed., 2.ª, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- BONSIGNORI, ANGELO *Diritto fallimentare*. UTED, Torino, 1992.
- CERVANTES AHUMADA, RAÚL. Derecho de Quiebras. *Derecho de Quiebras*, Edit. Herrero S.A., ed., 3ª, México, 1981.
- CNUDMI. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 1143 de 2000, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 1641 de 2000, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 586 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 625 de 2003, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 299-97, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 100 de 2005, M.P: ALVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 870 de 2003, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.
- Decreto 750 de 1940
- Exposición de Motivos de la Ley 1116 de 2006.
- GABINO PINZÓN, JOSÉ. “Proyecto de Código de Comercio. Exposición de Motivos del Libro Primero”, Elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio, t. II, Bogotá, 1958.
- GARAGUSO, HORACIO PABLO. *Fundamentos de Derecho Concursal*. Edit. Ad Hoc. Buenos Aires, 2001.
- GARRIGUES, JOAQUÍN. *Curso de Derecho Mercantil*, t. v., Edit. Temis, Bogotá, 1987, p. 11.
- GUASP, JAIME. *Derecho Procesal Civil*, t. segundo, parte especial, ed. 3.ª, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- HINESTROSA, FERNANDO. “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato” En: *Revista de Derecho Privado*, N.º 5, enero a junio de 2000, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH, MILAGROS, MARTHA LUCÍA NEME y EDGAR CORTÉS. “*Formalismo Negocial Romano y Neoformalismo. ¿Fundamento del Sistema o Protección de la Parte Débil?*” en *Revista de Derecho Privado* N.º 9, Edit. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2005.

- MONTOYA GIL, HORACIO. *De los concordatos y la Quiebra de los Comerciantes*, ed., 4.ª, Edit. Librería el Foro de la Justicia, Bogotá, 1984.
- PULGAR EZQUERRA, JUANA. “*Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación*”, Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal, edit., Diles, Madrid, 2003.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada*, ed. 3.ª, Bogotá, edit., Legis, 2006.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. *Instituciones de Derecho Concursal*, ed., 2.ª, t. I, Edit. Rubinzal – Culzoni editores.
- ROCCO, UGO. *La Naturaleza del Proceso de Quiebra*, ed., 2.ª, Monografías Jurídicas, Edit. Temis, 1982.
- RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. “XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Septiembre de 1999.
- RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. *Intervención Ciudadana dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 (numeral 8º) y 126 de la ley 1116 de 2006*”, Sentencia C – 699 de 2007, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- ROJO, ÁNGEL y EMILIO BELTRÁN. *Comentario de la Ley Concursal*, Edit. Thomson Civitas, t. I, ed., 1, 2004.
- ROUILLON, ADOLFO. *Iniciativas Internacionales sobre Insolvencia*. Seminario Internacional de Insolvencia, Insolvencia Transfronteriza y contratación Pública. Cámara de Comercio de Bogotá, marzo de 2006, Bogotá. pp. 89-90.
- ROVIRA, ALFREDO L. *Empresa en Crisis*, Buenos Aires, edit. Astrea, 2005.
- SANGUINO SÁNCHEZ, JESUS MARÍA. *Cesación de Pagos en los Procedimientos Concursales*, 1.ª ed., Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1982.
- SOTOMONTE MÚJICA, DAVID RICARDO. “*La desfiguración de los principios concursales por la ausencia normativa transfronteriza unificada*”, En: Revista de Derecho Privado, N.º 34, Volumen XVII, junio de 2005, Bogotá, Edit. Uniandes.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. www.supersociedades.gov.co.
- VIVANTE, CESAR. *Tratado de Derecho Mercantil*, Vol. 1. Editorial REUS, ed., 1.ª, Madrid, 1932.