

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO
DEL ORDEN NACIONAL
Y EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EN COLOMBIA

Bogotá, 19 de Octubre de 2009

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO
DEL ORDEN NACIONAL
Y EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EN COLOMBIA

Tesis de grado para optar por el título de Abogado

Presenta:

Daniel Andrés Barahona Diaz

Andrea Londoño Agudelo

Iván Guillermo Vegas Molina

Dirigida por el Doctor:

Jorge Pinzón Sánchez

Bogotá, 19 de Octubre de 2009

A nuestros padres,
artífices de nuestros títulos.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA COLOMBIANO Y DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.....	3
1. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EN COLOMBIA.....	3
1.1. Decreto 750 de 1940.....	3
1.2. Decreto 2264 de 1969.....	5
1.2.1. <i>Concordato Preventivo Potestativo</i>	6
1.2.2. <i>Concordato Preventivo Obligatorio</i>	11
1.2.3. <i>Quiebra</i>	12
1.3. Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).....	14
1.3.1. <i>Concordato Preventivo Potestativo</i>	15
1.3.2. <i>Concordato Preventivo Obligatorio</i>	21

1.3.3. Quiebra.....	24
1.4. Decreto 350 de 1989.....	26
1.4.1. Concordato Preventivo Potestativo.....	26
1.4.2. Concordato Preventivo Obligatorio.....	30
1.5. Ley 222 de 1995.....	31
1.5.1. Concordato o Acuerdo de Recuperación.....	34
1.5.2. Concurso Liquidatorio o Trámite de Liquidación Obligatoria.....	36
1.6. Ley 550 de 1999.....	39
2. EVOLUCIÓN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.....	51
CAPÍTULO II	
RÉGIMEN DE INSOLVENCIA VIGENTE: LA LEY 1116 Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.....	56
1. LA LEY 1116 DE 2006.....	56
1.1. Proceso de Reorganización.....	60
1.2. Liquidación Judicial.....	72

2. CRÍTICAS AL RÉGIMEN ADOPTADO POR LA LEY 1116.....	78
--	----

CAPÍTULO III

LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SU REGULACIÓN EN LA GUÍA LEGISLATIVA SOBRE RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA DE LA CNUDMI.....	86
--	-----------

A MODO DE CONCLUSIÓN.....	94
---------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	96
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos a continuación encuentra su sustento en la necesidad de desentrañar jurídicamente la situación actual del régimen de insolvencia aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado – EICES – del orden nacional, para posteriormente determinar, de ser posible, los fundamentos para la exclusión de las EICES del orden nacional del régimen de insolvencia general y vigente en Colombia, y si tal exclusión es justificable a la luz de los panoramas jurídico y económico del país.

Con la expedición de la Ley 1116 de 2006, que tuvo como propósito el establecimiento de un régimen de insolvencia de carácter general y permanente, a diferencia de lo que había ocurrido con la Ley 550 de 1999 – que fue producto de una situación económica y social de especial trascendencia, pero de suyo coyuntural – se hacía necesario un análisis del procedimiento de insolvencia que resultara aplicable a las referidas empresas de naturaleza pública, puesto que en la normatividad contenida en la Ley 1116 de 2006 habían quedado expresamente excluidas del campo de aplicación de la misma.

Por lo anterior no queda claro cuál es entonces el ordenamiento jurídico rector de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en materia concursal, circunstancia que genera cierto grado de inseguridad jurídica que podría desencadenar problemas de índole económica y jurídica, además que una desventaja comparativa de dichas entidades, respecto de aquellas otras, cuyo régimen de insolvencia no presenta ningún resquicio de duda ni de ambigüedad.

Lo expresado encuentra sustento en la naturaleza misma de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en su esencia, que se basa fundamentalmente en su naturaleza pública, pero regida en los actos de desarrollo de su objeto social por las disposiciones

propias del Derecho Privado, lo que tiene como consecuencia que las mencionadas organizaciones compitan, dentro del marco de una economía de mercado, con empresas del sector privado.

Una vez aclarado lo precedente, es menester explicar la metodología usada para lograr el objetivo primordial del escrito que ocupa nuestra atención.

En primer lugar, se llevará a cabo un recuento normativo de las disposiciones jurídicas que se han encargado de reglar, a través de la historia legislativa vernácula, lo relativo a los diferentes regímenes de insolvencia y al marco legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; lo que tiene como motivación principalísima el esclarecimiento de la posición jurídica que han ocupado las citadas entidades en lo que a los procedimientos concursales se refiere, además de un somero acercamiento a los antecedentes legislativos de las mismas, con el ánimo de dar una aproximación a las razones que tuvo el legislador en su creación y consagración legal.

Una vez efectuado lo previo, se pasará a un procedimiento de naturaleza descriptiva sobre la Ley 1116 de 2006, normatividad que contiene en materia local el régimen de insolvencia general aplicable a una pluralidad de sujetos, y asimismo se realizará un análisis sobre el marco normativo que les resulta aplicable a las Empresas Industriales Y Comerciales en materia de insolvencia, momento en el cual se intentará encontrar justificación normativa a la exclusión que de ellas se hizo en la tantas veces mencionada Ley 1116 de 2006.

Posteriormente, se determinará el lugar jurídico que ocuparon las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, dentro de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia elaborada por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), documento que no ostenta la naturaleza de vinculante, pero que sirvió de base para la configuración de la Ley 1116 de 2006

Finalmente se expondrán la o las conclusiones que se deriven del recorrido efectuado.

CAPÍTULO I
EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA COLOMBIANO
Y DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

1. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EN COLOMBIA

1.1. Decreto 750 de 1940

La primera manifestación normativa seria en materia de insolvencia en nuestro país se dio el 16 de Abril de 1940, por medio del Decreto 750 de ese año, expedido por el entonces Presidente de la República con base en facultades extraordinarias otorgadas, y que se dedicó exclusivamente a regular el régimen de quiebra que en adelante aplicaría en el país.

Según este decreto, se entendía por quiebra el momento en el cual el comerciante incumplía en el pago corriente de sus obligaciones: así, se establece como requisito de procedencia para el trámite de la quiebra el estado de cesación de pagos del comerciante.

La norma en comento no estableció una categorización taxativa de las clases de quiebra, sino que se limitó a contemplar, de manera escueta, aquellos casos en que ella era producto de una actuación culpable del comerciante y aquellos en los que no lo era, radicando la carga de la prueba en el fallido.

Respecto a quién se encontraba legitimado para solicitar el inicio del procedimiento de quiebra, el Decreto 750 de 1940 señaló que el estado de insolvencia del comerciante

podía ser denunciado tanto por este mismo, como por sus acreedores o por la Cámara de Comercio del domicilio principal del primero. En todo caso, la norma citada permitió la posibilidad de la rehabilitación del quebrado bajo ciertos condicionamientos.

Adicional a lo anterior, este decreto contempló de manera novedosa una preferencia en el pago de los gastos laborales y en las prestaciones sociales de los trabajadores, observando muy de cerca el principio de prelación de créditos que gobernaría las figuras posteriores del régimen de insolvencia colombiano.

Por otra parte, la norma bajo estudio otorgó la posibilidad del arreglo autocompositivo de la controversia entre el deudor y sus acreedores, de tal forma que se pudiera incluso prescindir de la sentencia de reconocimiento y graduación de los créditos, en el caso que las partes llegasen a ponerse de acuerdo en la repartición del producto de los bienes del quebrado.

Empero, dicha posibilidad de lograr acuerdos amigables entre el fallido y sus acreedores operaba bajo ciertos lineamientos, ya que era procedente siempre y cuando se cumpliera con el “principio de universalidad subjetiva”¹ y con un requerimiento cuantitativo de representación de la deuda de los últimos² – figuras jurídicas que tuvieron su primera consagración legal en esta norma – .

¹ *“Este principio es conocido también como colectividad o plenitud. De conformidad con él todos los acreedores del deudor están llamados a formar parte del concurso, intervenir en él como el único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias, y enfrentar consecuencias legales adversas, por el incumplimiento de su carga. El llamamiento se predica de todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de su obligación, el monto, la clasificación legal que le corresponde y si cuentan o no con garantías”.* RODRIGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. (2007) “Nuevo Régimen de Insolvencia”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 68.

² Lo que se traduce en el hecho de que los acuerdos en mención únicamente podían ser adoptados si así lo manifestaba un número de acreedores que representara no menos del ochenta por ciento de los créditos reconocidos en el proceso de quiebra.

Por último, debe mencionarse que el Decreto 750 de 1940 tuvo como propósito fundamental establecer un trámite concursal simplificado, consagrando con ello, por vez primera, los principios de eficiencia y celeridad, consistentes en eliminar las etapas innecesarias de cualquier proceso y disminuir los costos de oportunidad del mismo, con miras a evitar una pérdida de valor en el patrimonio del fallido. Estos principios marcarían el desarrollo posterior de las legislaciones que vendrían a regular los diversos trámites de insolvencia en un futuro.

1.2. Decreto 2264 de 1969

Posteriormente, vino la expedición del Decreto 2264 de 1969, por medio del cual se expidió y puso en vigencia el Título I del Libro VII del proyecto de Código de Comercio que se discutía en tal momento, título que regulaba los atinente el concordato preventivo y la quiebra.

El Decreto 2264 de 1969 representó un avance importante en materia de insolvencia en nuestro país, principalmente debido a la inclusión de una nueva figura en nuestro ordenamiento: el concordato preventivo, que perduraría por varios años y en varias de las normas subsecuentes.

Se crea así un régimen compuesto por i) un concordato preventivo, que podía ser potestativo³ u obligatorio o “forzoso”; y b) un régimen de quiebra. Ambas figuras podían aplicarse tanto a comerciantes personas naturales como a aquellos que ejercían el comercio por medio de una persona jurídica.

³ La referencia a un concordato “potestativo” no es creación del Decreto 2264 de 1969, ya que tal norma en ningún momento da tal calificativo a este tipo de concordato, sino que indistintamente se refiere al mismo como concordato preventivo. La alusión a un “concordato potestativo”, que vendría a aparecer de forma expresa sólo con la expedición del Decreto 350 de 1989, se hace entonces por motivos académicos, para así diferenciarlo del “trámite obligatorio de concordato preventivo y de la liquidación en los casos exceptuados de la quiebra” de que trata el capítulo II del Decreto 2264 de 1969.

A continuación abordaremos el estudio general de cada una de las figuras arriba mencionadas.

1.2.1. Concordato Preventivo Potestativo

El concordato preventivo potestativo del Decreto 2264 de 1969, era la regla general aplicable en materia concordataria, ya que tenía como fin, *grosso modo*, el reglamentar las relaciones surgidas entre aquellos comerciantes que “temiera[n] cesar en el pago corriente de sus obligaciones”, con su(s) acreedor(es), y procedía en aquellos casos en que así lo solicitara el deudor interesado.

De esta forma, la norma citada exigía al deudor, que quisiera beneficiarse de este tipo específico de concordato, el cumplimiento de dos condiciones, o supuestos de insolvencia⁴: por un lado, el comerciante debía encontrarse ante una posibilidad cierta de incumplimiento de sus obligaciones - “Incapacidad Inminente de Pago” - , de gravedad tal que únicamente la sujeción al trámite de insolvencia pudiera ofrecer solución a dicha situación; de otro lado, el deudor interesado en el trámite concordatario, y sólo este, debía dirigirse ante el juez competente - que a falta de mención expresa en la norma debe entenderse como el juez civil del circuito del domicilio del deudor – y solicitar la iniciación y trámite del concordato.

Pese a la claridad aparente de los requisitos citados, deben hacerse dos observaciones:

⁴ “Los supuestos de insolvencia son un tema de disenso; depende de la situación de cada estado y la discusión gira alrededor de dos ejes: el primero, la necesidad de reflejar una situación lo suficientemente crítica que justifique la excepción propia del derecho concursal; y el segundo, una empresa con posibilidades de recuperación; en este núcleo se construye toda la discusión legislativa y con esa premisas los acreedores pretenden condiciones más rigurosas de acceso a la concursalidad, mientras que los deudores, sin renunciar a la existencia de una situación crítica pretenden condiciones más flexibles, incluso planteando supuestos de admisibilidad subjetivos”. RODRIGUEZ. Óp. Cit. Pág. 118.

En primer lugar, quisiéramos señalar que la norma en ningún momento estableció mecanismos mediante los cuales, de forma objetiva, pudiera calificarse la gravedad de la situación económica del deudor, por lo que la posibilidad de solicitar la realización de un concordato quedó a la discrecionalidad absoluta del deudor interesado. Esto sin duda pudo atentar contra los intereses legítimos de los acreedores, en tanto un deudor podía solicitar la apertura de un concordato estando en una situación económica que no lo ameritara, únicamente con el deseo de librarse o atenuar algunas de las obligaciones contraídas.

En segundo lugar, el concordato preventivo potestativo se estableció como un mecanismo con origen exclusivo en el deudor, quien, según la norma citada, era el único legitimado para solicitar la iniciación de este procedimiento, cuestión sin duda discutible, pues con ello se excluyó de la posibilidad de solicitar el concordato preventivo a aquellos acreedores que, queriendo someterse a dicho procedimiento, y quienes son en últimas los realmente interesados en el mismo, veían truncadas sus expectativas por la negativa del deudor a iniciar el respectivo trámite.

De todas formas, pese a lo anterior, debe señalarse que, una vez iniciado el concordato, los acreedores contaban con ciertas garantías que buscaban proteger sus intereses, siendo estas las medidas cautelares que el juez de conocimiento del concordato podía imponer a su arbitrio, en cualquier momento del proceso y sin limitación distinta al hecho de elegir aquellas medidas que “estimara convenientes”.

En cuanto al proceso como tal, el concordato preventivo potestativo estaba sujeto a un trámite sencillo, que sin duda favorecía a los intereses de las partes, que deseaban una solución ágil y efectiva a la controversia, siguiendo en este aspecto la pauta establecida por el Decreto 750 de 1940, en el que, como ya se dijo, se privilegiaron los principios de eficiencia y celeridad.

En general, el procedimiento constaba de las siguientes etapas:

El momento inicial del proceso concordatario consistía en la solicitud que realizaba el deudor interesado ante el juez competente. Para que un comerciante pudiera presentar dicha solicitud, debía cumplir una serie de requisitos, listados por el artículo 2 y que consistían en lo siguiente:

El deudor podrá implorar el concordato no obstante cualquier estipulación en contrario, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- 1o. Estar inscrito en el Registro Público de Comercio;*
- 2o. Llevar la contabilidad al día y con arreglo a la ley;*
- 3o. No haber sido declarado en quiebra o de haberlo sido, encontrarse rehabilitado, y*
- 4o. En caso de haber sido admitido con anterioridad a la celebración de un concordato preventivo, haberlo cumplido.*

Se observa entonces que, adicional a las condiciones generales señaladas anteriormente, el trámite de un concordato preventivo potestativo exigía del deudor lo que puede denominarse como “un comportamiento ejemplar en sus relaciones comerciales”, obligándole a observar los deberes que como comerciante le atañen - v.gr. el registro mercantil, la adecuada contabilización de sus operaciones - así como exigiéndole respeto a la figura del concordato para evitar el uso inadecuado del mismo.

Con la solicitud, el deudor debía adicionalmente adjuntar ciertos documentos con el fin de poner en conocimiento al juez de la situación económica en la que se encontraba, de los cuales, por su importancia en lo que atañe al concordato como tal, cabe resaltar un inventario de activos y obligaciones vigentes y una relación de todos los procesos promovidos en su contra.

Respecto de este último documento, en el cual se informaba al juez del concordato de los procesos judiciales que se encontraban en curso en contra del deudor, vale la pena realizar una mención especial, en tanto fue el Decreto 2264 de 1969 el que consagró dos de las características principales de la figura del concordato que marcarían la evolución posterior del mismo: a) la incompatibilidad y b) la prevalencia del concordato respecto de otros concordatos, procesos judiciales y procesos de quiebra. Al respecto, el artículo 5 del Decreto 2264 señalaba:

ARTÍCULO 5o. Mientras se tramita el concordato preventivo no podrá aceptarse solicitud en el mismo sentido, ni de declaratoria de quiebra, y se suspenderá la prescripción de los créditos, y la actuación en las acciones ejecutivas personales iniciadas, contra el deudor, excepto las derivadas de relación de trabajo o de alimentos.

Así, en cuanto a la incompatibilidad del concordato, el Decreto 2264 de 1969 excluía la posibilidad de coexistencia de dos o más concordatos, o de un concordato y un procedimiento de quiebra, de tal forma que al momento de presentarse la solicitud por el deudor interesado, quedaba prohibida la realización de nuevas solicitudes hasta tanto no se diera por finalizado el actual trámite concordatario.

En lo que atañe a la prevalencia del concordato, se observa que el mismo se imponía sobre los procesos ejecutivos, distintos a los laborales y alimentarios, que se encontraran en curso en contra del deudor, los cuales se suspendían hasta la finalización del concordato, quedando supeditados a lo resuelto en el mismo.

Admitida la solicitud del concordato, el juez debía comunicar dicha decisión al deudor y a los acreedores de este que estuvieran interesados en el mismo, por medio de convocatoria de concurrencia que debía hacerse mediante emplazamiento, el cual era

publicado en la secretaria del juzgado de conocimiento del concordato, en un diario de la capital de la República y en un diario local.

Este procedimiento de convocatoria buscaba proteger los intereses de los acreedores del deudor, garantizando a los mismos el conocimiento del inicio del proceso de concordato y su posibilidad de intervenir en las discusiones, especialmente facultándolos para aportar aquellos documentos que demostraban la existencia o características de su crédito, y de hacerlos valer en el trámite concordatario.

Luego de la convocatoria, el juez procedía a realizar una de las tareas de mayor relevancia del concordato: la calificación y graduación de los créditos. Con ella se le otorgaba prelación a ciertas obligaciones respecto de otras, estableciéndose un orden de pago, de tal forma que se saldaran primero aquellas obligaciones que, por su alto contenido social, como en el caso de los deberes alimentarios, o por la calidad de las mismas, como el caso de las obligaciones con garantías reales, debían satisfacerse antes que otras.

Surtido todo el trámite anterior las partes se encontraban, con la mediación del juez que actuaba como mero conciliador, y discutían las formas de solución y pago.

Toda decisión se entendía adoptada si así lo establecía no menos del ochenta por ciento del pasivo representado, y si lo consentía el deudor, lo cual representaba un derecho de veto en cabeza de este, por lo que, en últimas, la celebración de un acuerdo concordatario, más que del cumplimiento de requisitos, dependía de la voluntad y el ánimo conciliatorio de los participantes.

En este momento podía darse una de dos hipótesis: 1) las partes llegaban a un acuerdo, el cual debía constar en acta firmada por el juez y por las partes, y que se

convertía en la fórmula obligatoria de solución para las mismas; o, 2) si transcurridos dos meses de deliberaciones las partes no llegaran a acuerdo, el juez, de oficio, daba fin al concordato y procedía directamente a la declaración de la quiebra.

1.2.2. Concordato Preventivo Obligatorio

Como se anticipó anteriormente, además del concordato preventivo potestativo, el Decreto 2264 de 1969 estableció, para situaciones específicas, la realización de un concordato preventivo forzoso. Tales eventos fueron establecidos por los artículos 16 y 17 de la norma citada en estos términos:

ARTÍCULO 16. En ningún caso podrá procederse a la declaratoria de quiebra de una persona que estando sometida a la inspección y vigilancia del Estado, tenga un pasivo externo superior a la suma de cinco millones de pesos, o más de cien trabajadores permanentes, o preste un servicio público, sin que antes se haya agotado la tramitación de concordato preventivo ante el organismo de la Rama Ejecutiva del Poder Público al cual esté adscrita la inspección y vigilancia de la correspondiente persona.

*ARTÍCULO 17. **No podrán ser declaradas en quiebra, las empresas industriales o comerciales del estado**, así como las sociedades de economía mixta en las que aquel, directa o indirectamente tenga parte principal.*

Si dichas empresas o sociedades temen sobreseer o sobreseen en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles salvo disposición en contrario, se tramitará el concordato preventivo regulado en el Capítulo I de este Título, ante la superintendencia Bancaria o de Sociedades a que estuviere adscrita la inspección o vigilancia y si no estuviere a ninguna por la Superintendencia de Sociedades. (Se enfatiza).

Así, el Decreto 2264 de 1969 estableció dos casos especiales en los cuales con el sólo cumplimiento de los elementos fácticos de la norma las entidades allí mencionadas se

veían obligadas a la realización de un concordato; ellas eran: a) las personas que estando sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, tengan un pasivo externo superior a la suma de cinco millones de pesos, o más de cien trabajadores permanentes, o presten un servicio público; y b) las empresas industriales y comerciales del estado (EICES) y las sociedades de economía mixta.

En ambos casos, el lugar del juez del concordato lo ocupaba la autoridad administrativa respectiva; el procedimiento, en todo caso, era el mismo que el establecido para el concordato preventivo potestativo.

Ahora bien, en el caso específico de las EICES, entidades que representan el objeto de análisis de este escrito, las autoridades responsables de conocer del concordato eran la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Sociedades, dependiendo de cuál de ellas desarrollara las funciones de inspección y vigilancia sobre las citadas entidades.

Por último, resta decir que el régimen especial señalado por el Decreto 2264 de 1969 para las EICES establecía que en caso de que el concordato no se llevara a cabo o se incumpliera, la Superintendencia que adelantó el respectivo trámite declarararía terminada la empresa o disuelta la sociedad respectiva y procedería a su liquidación, con lo cual se excluyó a estas entidades de la declaratoria de quiebra.

1.2.3. Quiebra

El Decreto 2264 de 1969 definió la quiebra en su artículo 21 así:

ARTÍCULO 21. Se considerará en estado de quiebra el comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales.

Conforme a lo anterior, al constatarse la situación de cesación de pagos, el comerciante incurso en la misma, o los acreedores del mismo enunciados en el artículo 24 de la norma, podían solicitar ante el juez civil del circuito del domicilio del deudor la declaratoria de quiebra, la cual generaba los siguientes efectos:

1o. La separación del quebrado de la administración de sus bienes embargables y su inhabilitación para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena;

2o. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas.

3o. Respecto de una sociedad, su disolución y la suspensión de sus administradores en el ejercicio de sus cargos o funciones y la inhabilitación de ellos para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena;

4o. La formación de la masa de bienes de la quiebra;

5o. La acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado. Con tal fin se librarán las comunicaciones del caso. Los jueces que estén conociendo de ellos los remitirán de oficio y sin dilación al juez de la quiebra, en el estado en que se hallen, pero las apelaciones que se hayan concedido contra providencias de aquellos jueces seguirán su trámite legal hasta ser resultas por los respectivos superiores.

Así, en términos generales el trámite de quiebra podía llevarse a cabo por la solicitud que del mismo hicieran o el deudor incurso en cesación de pagos o los acreedores de este; o de oficio en el caso en el que se hubiera realizado un concordato preventivo potestativo sin llegar a un acuerdo.

Adicional a lo anterior, debe señalarse que la mayor diferencia entre la quiebra y el concordato es la posibilidad que existe en este último de discutir las fórmulas de solución de la controversia, mientras que en la quiebra la decisión definitiva sobre la situación del comerciante y de sus créditos habrá de tomarla el juez civil del circuito del domicilio del mismo ante el cual se adelanta el proceso de quiebra, decisión en la que deberá

observarse la prelación de créditos establecida en la ley, y que se surtirá mediante sentencia.

Así, en el trámite de quiebra el juez obra en la plenitud de sus poderes judiciales, mientras que en el concordato únicamente se limita a ejercer como conciliador entre las partes.

Por último, sólo resta señalar que el Decreto 2264 de 1969 establece existencia de un síndico y de una junta asesora de la quiebra, organismos que debían encargarse de administrar los bienes del comerciante mientras durara el procedimiento de quiebra y en tanto se encontrara separado de dicha administración.

1.3. Código de Comercio (Decreto 410 de 1971)

Por medio del Decreto-Ley 410 de 1971, el Gobierno Nacional, una vez más en uso de facultades extraordinarias, puso en vigencia el Código de Comercio, el cual se encargaría en adelante de regular las relaciones de “los comerciantes y los asuntos mercantiles”. Así, Colombia se introducía en la etapa objetiva del Derecho Mercantil, al establecer que la ley comercial se aplicaba a aquellas personas cuya profesión correspondía a la realización de actos de comercio.

Esto delimitó el ámbito de aplicación que cualquier régimen de insolvencia tendría en adelante, ya que si bien se venía entendiendo que el mismo aplicaba a “los comerciantes”, la novedad del Código de Comercio fue establecer el contenido de tal expresión, señalando que “son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”⁵ (se subraya), por lo que de forma expresa se incluyó como sujetos del régimen de insolvencia, y de la ley mercantil en

⁵ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1.

general, tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, siempre y cuando se dedicaran de forma procesional a la actividad comercial.

Hecha la anterior precisión, debe decirse que el Código de Comercio, respecto del régimen de insolvencia, acogió la estructura que sobre la materia estableció el Decreto 2264 de 1969, regulando i) un concordato preventivo, el cual, al igual que lo establecido por la norma predecesora, para efectos de estudio puede ser clasificado en dos figuras a saber: el concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio; y ii) un régimen de quiebra.

En general, el Decreto 410 de 1971 reiteró la mayoría de postulados establecidos por el Decreto 2264 de 1969 - a fin de cuentas, se trataba del mismo proyecto del Código de Comercio actual -, por lo que los regímenes de insolvencia previstos en ambas normas guardan, salvo algunas diferencias concretas, notables similitudes.

Así, el Decreto 410 de 1971 estableció el siguiente régimen concordatario:

1.3.1. Concordato Preventivo Potestativo

Como se vio, el Decreto 2264 de 1969 establecía como requisito para la solicitud del concordato preventivo potestativo, la “incapacidad inminente de pago” del deudor interesado en el mismo, mientras que si se daba una “cesación de pagos” se debía dirigir directamente a la quiebra, pues esta hipótesis no se contemplaba dentro de la figura del concordato.

El Código de Comercio introdujo una modificación trascendental al respecto, pues con el mismo se le permitió al comerciante solicitar la iniciación del concordato preventivo

potestativo tanto en aquellos casos en que temiere suspender el pago de sus obligaciones mercantiles, como en aquellos en que de hecho los hubiere suspendido.

Esto sin duda favorecía la eficiencia y celeridad consagradas desde el Decreto 750 de 1940 como principios rectores de todo régimen de insolvencia, en la medida en que se entiende que la solución lograda por las partes a través de la discusión mutua será mucho más adecuada a sus intereses y necesidades que aquella que se determine por vía judicial.

Así, en términos generales, el fin esencial del concordato preventivo potestativo en el Código de Comercio era la adopción de medidas tendientes a la recuperación del comerciante, de tal forma que, al favorecer su permanencia en el desarrollo de sus actividades comerciales, por medio de fórmulas de solución o acuerdos con los acreedores, pudiera cumplir efectivamente con sus obligaciones.

En lo que atañe a los requisitos adicionales que debía cumplir el comerciante para acceder al trámite concordatario, a más de demostrar su situación de incapacidad inminente de pago o de cesación de pagos, el Código de Comercio emuló lo establecido por el Decreto 2264 de 1969, ya que, con miras a garantizar el respeto a la figura del concordato, para evitar su indebido uso, y con el ánimo de exigir del comerciante el cumplimiento de los deberes que como tal le corresponde cumplir, el Decreto 410 de 1971 prescribió:

ARTÍCULO 1910. El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores, si concurren en su favor las siguientes condiciones:

- 1. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro mercantil y la contabilidad de sus negocios;*
- 2. No haber sido sancionado por delito contra la propiedad, la fe pública, la economía*

nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial;

- 3. No haber sido declarado anteriormente en quiebra o, habiéndolo sido, hallarse legalmente rehabilitado;*
- 4. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente;*
- 5. No estar legalmente sujeto a concordato preventivo obligatorio o a liquidación administrativa forzosa, y*
- 6. Estar autorizada la sociedad conforme a los estatutos cuando el deudor sea una sociedad.*

Conforme a lo anterior, se entendió que no bastaba sólo con ostentar la calidad de comerciante incurso en incapacidad inminente o cesación de pagos, sino que además se debía cumplir con una serie de requisitos legales si se deseaba tener acceso al concordato, lo cual sin duda otorgó protección al trámite concordatario, ya que al realizar un “filtro” se eliminaron del mismo aquellos eventos en los cuales un deudor queriendo beneficiarse del concordato, lo haga en forma fraudulenta, o con incumplimiento de sus deberes como comerciante, o mediando la comisión de delitos contra la sociedad.

En cuanto al procedimiento señalado en la ley para el concordato preventivo potestativo, debe señalarse que el mismo no dista en mucho del trámite establecido en el Decreto 2264 de 1969:

La génesis del concordato estaba en el comerciante, el cual, tras cumplir con los requisitos arriba citados, debía elevar una solicitud ante el juez competente para conocer del concordato, que a falta de mención expresa por la ley debía ser aquel al que le correspondiera conocer de esta clase de procesos según las normas de competencia del Código de Procedimiento Civil.

En la solicitud el deudor debía suministrar al juez los documentos necesarios para comprobar que concurrían en sí mismo las condiciones para acceder al concordato. Entre estos el comerciante debía presentar: 1) un balance general de su patrimonio, certificado por un contador público legalmente habilitado para tal fin, con un inventario detallado de sus bienes y obligaciones, donde se indicara el nombre y domicilio de cada uno de sus acreedores y la clase de sus créditos; y 2) una relación de todos los procesos en su contra o promovidos por él que se encontraran en curso.

Como ocurrió en el Decreto 2264 de 1969, los anteriores documentos ostentaban un protagonismo trascendental en el concordato, ya que con los mismos se observaban los principios de incompatibilidad y prevalencia del concordato, vistos anteriormente, y se garantizaba el debido proceso.

En efecto, el balance general que incluía el inventario de bienes y obligaciones era la herramienta principal por medio de la cual el juez se enteraba de las obligaciones que tenía el deudor, y de los acreedores que correspondían a cada una, lo cual surtía efecto al momento de la notificación del inicio del trámite concursal a los mismos, de tal forma que pudieran asistir y discutir con el deudor las fórmulas de solución a la controversia en pro de sus intereses.

Respecto a la relación de todos los procesos judiciales en curso, sólo debe reiterarse que la misma cobra importancia por ser guarda de los principios de incompatibilidad y prevalencia del concordato respecto de otros concordatos y procesos judiciales, pues, como se dijo antes, la solicitud de concordato hecha ante juez inhibe al solicitante de promover un nuevo trámite concordatario hasta tanto no se haya dado por finalizado el procedimiento actual.

Estudiados los documentos mencionados, el juez podía adoptar una de dos decisiones: o admitía la solicitud de concordato y continuaba el trámite del mismo; o la rechazaba por deficiencia en el cumplimiento de los requisitos, caso en el cual podía declarar el estado de quiebra siempre y cuando la solicitud de concordato se hubiere realizado con base en una situación de cesación de pagos.

De aceptarse la solicitud, el juez procedía a ordenar el emplazamiento o convocatoria a los acreedores del comerciante que estuvieren interesados en el concordato, notificación realizada por edicto que debía ser publicado en la secretaría del juzgado de conocimiento del concordato, en un periódico de amplia circulación nacional, en uno que circulara en el domicilio del comerciante con regularidad, y por medio de una radiodifusora.

Los acreedores concurrentes podían aportar los documentos que dieran cuenta de sus obligaciones, los cuales entrarían a ser parte del expediente del proceso y podían ser sujetos a objeciones por parte del deudor. Esta facultad de objeción de los créditos también fue dada a los acreedores respecto de los mencionados por el deudor.

Finalizadas las discusiones respecto de las objeciones presentadas, el juez procedía, mediante auto, a admitir o rechazar los créditos, y a calificar, graduar y establecer el régimen de prelación de los mismos que iba a gobernar el pago de las obligaciones debatidas en el concordato.

Como regla general, durante la tramitación del concordato, el deudor podía seguir administrando sus negocios y sus bienes, pero sujeto a unas restricciones mínimas tendientes a garantizar la transparencia de sus actuaciones para evitar la defraudación a los intereses legítimos de los acreedores. Entre tales limitaciones encontramos, por

ejemplo, el caso en el que un comerciante estuviera constituido como sociedad, ya que no se le permitía realizar reformas sociales o fusiones en vigencia del proceso concordatario.⁶

En todo caso, los acreedores que se hicieron parte en el proceso estaban facultados para nombrar libremente a un vigilante de la administración del deudor, denominado contralor, que se encargaba de supervisar el desarrollo de las actividades del mismo; o para solicitar al juez la adopción de determinadas medidas cautelares, siempre y cuando, en ambos casos, representaran más de la mitad del valor de los créditos incluidos en el proceso de concordato.

Al respecto pueden hacerse dos observaciones:

La primera, señalar que el Código de Comercio fue mucho más garantista a los intereses de los acreedores respecto de las regulaciones precedentes, pues le otorgó mayor proactividad a los mismos, a través de la concesión de herramientas jurídicas por medio de las cuales ellos pudieran velar por sus intereses, como lo fue la aparición de la figura del contralor, desconocida hasta entonces.

En segundo término, debe observarse que el Decreto 410 de 1971 limitó la absoluta discrecionalidad del juez en la aplicación de medidas cautelares que imperaba hasta ese momento, pues, a diferencia de lo ocurrido en 1969, el C.Co. en el inciso 3 del artículo 1921 estableció que el operador judicial sólo estaba facultado para decretar “la adopción de **determinadas** medidas cautelares” (Se subraya).

Tras la calificación de los créditos hecha por el juez, las partes se encontraban para discutir las posibles fórmulas de solución a la situación del deudor. Las deliberaciones se

⁶ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1921.

debían realizar en presencia del juez, en donde, nuevamente, este se limitaba a desempeñar el papel de conciliador.

Toda decisión se entendía adoptaba si así lo manifestaban el deudor y un número de acreedores que representara no menos del setenta y cinco por ciento de los créditos. Así, la mayoría decisoria establecida en la normatividad anterior, de un ochenta por ciento de los créditos, es reducida por el C.Co. a un setenta y cinco por ciento de los mismos. En todo caso, se reitera que sin el voto aprobatorio del deudor no había lugar a la existencia del acuerdo.

Por último, el acuerdo, o concordato, surgido entre deudor y acreedores debía constar en acta firmada por el juez y su secretario, y registrarse en la Cámara de Comercio del domicilio del deudor. La firma del deudor y de los acreedores no era requerida, apartándose en esto del esquema establecido en el Decreto 2264 de 1969.

Dicho acuerdo era vinculante, y por tanto de obligatorio cumplimiento para las partes, incluso para aquellos acreedores que no estuvieron presentes durante el trámite del concordato. No obstante, si las circunstancias así lo ameritaban, el concordato podría modificarse con posterioridad a la aprobación del juez, pero sólo por solicitud conjunta del deudor y de los acreedores que representaran no menos del setenta y cinco por ciento de los créditos discutidos durante el trámite concursal.

En caso de incumplimiento, el mismo juez que aprobó el concordato debía declararlo resuelto por esta causa, procediendo a declarar la quiebra del comerciante e iniciando el respectivo proceso.

1.3.2. Concordato Preventivo Obligatorio

En oposición al concordato preventivo potestativo, que constituía la regla general en materia concursal, el concordato preventivo obligatorio únicamente procedía en aquellos casos señalados en la ley para ciertas entidades que no podían ser declaradas en quiebra sino agotando los procedimientos del concordato preventivo.

El artículo 1928 del C.Co. establecía:

ARTÍCULO 1928. Las sociedades comerciales sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades que tengan un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes y que no estén comprendidas en las excepciones indicadas en el Artículo 1935, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando se hayan agotado los trámites del concordato preventivo sin haberlo celebrado, o cuando éste no haya sido cumplido, conforme a lo previsto en el Capítulo anterior.

En general, el Código de Comercio reiteró lo señalado por el Decreto 2264 de 1969, únicamente especificando que el concordato preventivo aplicaba a aquellas sociedades comerciales sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades, y ya no “a aquellas sometidas a la inspección y vigilancia del Estado”, como lo señalaba la normativa anterior.

Ahora bien, aquí debe comentarse que si bien la norma general es la aplicación del concordato a todos los comerciantes, sean personas naturales o jurídicas, el caso del concordato preventivo obligatorio puede considerarse como una excepción a dicha regla, en tanto el mismo únicamente se aplicaba a las sociedades comerciales señaladas en la ley, lo cual tiene fundamento en la importancia que las mismas representaban para el desarrollo socio económico del país⁷.

⁷ Al respecto, vale la pena mencionar lo señalado por el Dr. Fernando Castillo Cadena, quien en su momento manifestó: *“El Concordato Preventivo Obligatorio se daba como requisito previo para la declaratoria de quiebra **de una empresa que interesara al orden público económico, es decir, la empresa cuya quiebra, de***

En razón de esa importancia, el Código de Comercio, siguiendo al Decreto 2264 de 1969, nuevamente incluyó a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en la regulación atinente al concordato preventivo obligatorio. Señala la norma:

*ARTÍCULO 1933. **Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán también a las empresas industriales o comerciales del Estado, lo mismo que a las sociedades de economía mixta en que aquel tenga parte principal, directa o indirectamente.***

Pero en estos casos, si el concordato no es celebrado, o no es homologado, o no es cumplido, tales entidades o sociedades no podrán ser declaradas en quiebra, sino que serán disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades. (Se enfatiza).

La liquidación se sujetará a las reglas previstas en este Código para la liquidación de las sociedades por acciones.

Conforme a lo anterior, el Código de Comercio, atendiendo a la relevancia de las EICES en el desarrollo económico del país, impidió la declaratoria de quiebra de las mismas, de tal forma que si no se llegare a celebrar concordato preventivo obligatorio, procedería automáticamente la disolución y liquidación de ellas.

En general, el procedimiento del concordato preventivo obligatorio guardaba estrecha similitud con el señalado en el Decreto 2264 de 1969, salvo por una situación específica:

una manera u otra, pudiera afectar el desarrollo económico de una región"; *"Podemos decir que el legislador creó dos clases de concordato: uno para las empresas medianas y pequeñas y otro para **las empresas que por su magnitud, en caso de problemas económicos, pudieran crear serios trastornos a la economía en general o mejor, al orden público económico**".* (Se enfatiza). CASTILLO CADENA, FERNANDO. (2003). "Análisis Económico de las acciones concursales en el derecho comercial colombiano". Madrid: Trabajo de Grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

En la normatividad precedente, la totalidad del trámite del concordato preventivo obligatorio se surtía, como regla general, ante la Superintendencia de Sociedades, tal como se señalaba en las normas anteriores, de tal forma que las actuaciones de los jueces o de cualquier otro funcionario que fueren en detrimento de la funciones de la Superintendencia de Sociedades, o en su defecto de la Superintendencia Bancaria - para instituciones financieras - serian en todo caso ineficaces⁸.

Sin embargo, el Código de Comercio se aparta de la normativa anterior al establecer, para algunos momentos del proceso, la coexistencia entre la autoridad administrativa y el juez. Estos eventos eran:

1) Una vez celebrado el concordato ante la Superintendencia, se debía enviar el expediente la juez competente para que lo aprobara, mediante un trámite de homologación. En caso de que el juez no lo homologara, en el mismo acto debía declarar la quiebra de la empresa. Lo mismo ocurría si no se celebraba el concordato. Si el concordato fue celebrado y homologado, pero incumplido por la sociedad, la Superintendencia debía declarar el incumplimiento y enviar todo lo actuado al juez competente para conocer de la quiebra, para que este último la declarara.

2) Las discusiones referentes a la existencia, cuantía, naturaleza, garantías, intereses y orden de pago de los créditos serian decididas por el juez competente para conocer de la quiebra, por lo cual la Superintendencia estaba en la obligación de enviar los documentos y las alegaciones de los interesados al juez respectivo para estos fines.

1.3.3. Quiebra

⁸ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1936.

Por su parte, el proceso de quiebra estaba regulado en el artículo 1937 y s.s. del Código de Comercio. Se consideraba en estado de quiebra al comerciante que sobreseyera en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales.

Así mismo, se consideraban quiebras y por tanto debían tramitarse como tales:

1. Toda oferta de cesión de bienes por parte de comerciantes,
2. Los procesos ejecutivos que se adelanten contra este, por obligaciones mercantiles, cuando se haya admitido tercería o decretado acumulación, siempre que los bienes embargados parezcan insuficientes para el pago y lo solicite al deudor o cualquier acreedor.

Estaba legitimado para solicitar la declaración de quiebra el acreedor de una o más obligaciones mercantiles, exigibles o no, que comprobara la cesación de pagos respecto de dos o más obligaciones mercantiles, al igual que el acreedor de una o más obligaciones civiles exigibles, que acreditara la cesación en el pago de dos o más obligaciones comerciales.

Este proceso se tramitaba de modo privativo ante el juez civil del circuito correspondiente al domicilio del deudor

En cualquier caso, para declarar la quiebra debía acreditarse plenamente la calidad de comerciante del deudor y la cesación en los pagos.

Otro aspecto diferenciador entre el Régimen del C.Co. y la normatividad anterior en materia de quiebra era el hecho de que dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término probatorio, los acreedores debían designar una junta asesora de cinco miembros ad honorem o remunerada por ellos, que los representaran en el proceso.

Por último, debe señalarse que el estatuto comercial estableció que en el proceso de quiebra cabían las acciones de revocación y de simulación.

1.4. Decreto 350 de 1989

El régimen de insolvencia del Código de Comercio permaneció vigente durante casi 18 años, hasta que las circunstancias propias del tráfico jurídico hicieron necesaria la expedición de una nueva normativa, esta vez únicamente referida a la figura del concordato.

Así, el 21 de Noviembre de 1988 el legislador otorga facultades extraordinarias al Gobierno Nacional, a través de la Ley 51 de ese año, para modificar el Libro VII del Código de Comercio vigente, en el que se regulaban los concordatos.

Con base en tales facultades surge a la vida jurídica el Decreto 350 de 1989, “por el cual se expide el nuevo régimen de los concordatos preventivos”, el cual, esta vez de forma expresa, clasificó en dos clases al concordato preventivo: así habría, de una parte, un concordato preventivo potestativo, así llamado por la norma y regulado en el título I de la misma; y de otra, un concordato preventivo obligatorio, de cuyo estudio se ocupó el título II del Decreto 350.

1.4.1. Concordato Preventivo Potestativo

La primera de las figuras del régimen de insolvencia del Decreto 350 de 1989 es el concordato preventivo potestativo, el cual, como sus predecesores, fue constituido como la regla general en materia concordataria.

Este concordato consistía en un trámite desarrollado ante el juez civil del circuito del domicilio de aquel empresario sujeto a la ley comercial que lo solicitara, siempre y cuando el mismo se encontrara incurso en una de dos situaciones: 1) que estuviere imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o 2) que temiera razonablemente llegar a dicho estado.

Varias cuestiones saltan a la vista de lo señalado hasta aquí:

En primer lugar, el Decreto 350 de 1989 incluyó tanto la incapacidad inminente de pago como la cesación de pagos como supuestos de procedencia del concordato preventivo, novedad que había sido introducida por el Código de Comercio de 1971, y que permite al empresario que ha incumplido sus obligaciones, beneficiarse del concordato preventivo sin tener que “acabar” con su empresa - como ocurría en el régimen del Decreto 2264 de 1969, debido a que, como se vio, la cesación de pagos del comerciante conllevaba la declaratoria directa de quiebra -.

En segundo lugar, esta nueva normatividad prefiere el concepto de “empresario sujeto a la ley comercial” al de “comerciante” de las regulaciones anteriores, principalmente porque el régimen concursal establecido por el Decreto 350 de 1989 se encuentra enfocado principalmente en la protección empresarial, en tanto se tiene a la empresa como fuente generadora de empleo. Al respecto, el artículo 2 de la norma estableció:

ARTÍCULO 2o. 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.

En este aspecto, el Decreto 350 de 1989 superó las normas que lo precedieron: nace una nueva fundamentación para el trámite concursal, cual es la de, adicionalmente a la

protección del deudor, garantizar en tanto sea posible la conservación de la empresa, en la medida que la misma contribuye al bienestar de la sociedad.

Lo anterior no significaba el desconocimiento absoluto de los intereses de los acreedores del empresario, ni que debían sacrificar sus créditos en pro de la recuperación de la empresa de quien les había incumplido en sus pagos. La importancia del Decreto 350 de 1989 radica en el hecho de que, simultáneamente a la necesidad de proteger los intereses de los acreedores, existe otra necesidad de carácter social, según la cual deben buscarse soluciones a la situación del empresario que favorezcan a la comunidad y no sólo a las partes concurrentes en el concordato, ya que las decisiones que se tomen en el trámite del mismo acarrearán consecuencias que afectaran a terceros de buena fe ajenos a la controversia, como los trabajadores de la empresa. Así, el Decreto 350 de 1989 fue consciente de que debía buscarse un equilibrio entre los intereses privados y los intereses públicos. Este, sin duda, fue su gran avance.

En tercer lugar, debe señalarse que a pesar de la descripción hecha de “empresario” al sujeto pasivo del concordato, en la misma caben tanto personas jurídicas como personas naturales, pues el “empresario sujeto a la ley mercantil” no es otra cosa que el mismo comerciante del Código de Comercio, el cual puede en el ejercicio de sus actividades, organizarse en la forma que mejor estime conveniente, sea como persona jurídica, a través de una sociedad, o como persona natural.

En cuanto al procedimiento, el Decreto 350 de 1989 reproduce la mayoría de instituciones y etapas señaladas en las normas anteriores reguladoras del concordato preventivo potestativo, incluyendo, entre otros: una solicitud realizada por el empresario o su apoderado; el cumplimiento del deudor de ciertos requisitos de procedibilidad para beneficiarse del concordato – v.gr. cumplimiento de sus obligaciones de registro y contabilidad mercantil, haber cumplido los concordatos celebrados anteriormente- ; la

incompatibilidad y prevalencia del trámite del concordato respecto de procesos judiciales y solicitudes de concordato o de quiebra sobrevinientes; la convocatoria a los acreedores interesados; la aportación de documentos relevantes – inventario de activos y obligaciones y relación de procesos judiciales vigentes -; la posibilidad de presentar objeciones; la calificación y graduación de los créditos por parte del juez; la deliberación entre empresario y acreedores de las fórmulas de solución de la situación; la mayoría representada en no menos del setenta y cinco por ciento de los créditos; el poder de veto del empresario; y la existencia de un acta donde consta el acuerdo o concordato.

Sin embargo, pese a las notables similitudes, hubo algunos cambios relevantes introducidos por el Decreto 350 de 1989 para el concordato preventivo que vale la pena mencionar:

El primero de ellos fue la aparición de la junta de acreedores, la cual, junto al contralor, figura importada del Decreto 410 de 1971, debía supervisar las actuaciones del empresario, de tal forma que se garantizaran los derechos de los acreedores. Tanto el contralor como la junta provisional de acreedores estaban facultados para pedir la remoción del empresario de la administración de la empresa en cualquier tiempo.

El segundo de los cambios trascendentales aportados por el Decreto 350 de 1989 fue la aparición de la posibilidad de revocatoria de los actos del empresario cuando con los mismos se hubiere entorpecido el cumplimiento de las obligaciones, revocatoria que era solicitada ante el juez del concordato por el contralor, y que sin duda representaba un instrumento valioso de garantía a los acreedores.

Otro de los cambios aportados por la nueva normativa fue la exigencia de la inscripción del acta donde constaba el concordato en el registro de instrumentos públicos cuando los bienes de los que trata el acuerdo eran de aquellos sujetos a registro. Esto con

el fin de aminorar los costos que debían soportar tanto el deudor como los acreedores, pues la inscripción en dicho registro reemplazaba a la escritura pública de aquellos bienes que la requerían para su tradición.

Por último, el Decreto 350 de 1989 estableció la posibilidad de que en cualquier momento a partir de la audiencia preliminar, pudiera haber acuerdo privado de concordato entre el empresario y los acreedores que representaran no menos del setenta y cinco por ciento de los créditos, favoreciendo así la autocomposición, la eficiencia de las decisiones y celeridad del proceso, principios que deben regir todos los trámites concursales.

1.4.2. Concordato Preventivo Obligatorio

El trámite de concordato preventivo obligatorio en el régimen del Decreto 350 de 1989, estaba dado para ser aplicado a tres tipos de entidades, señaladas por la normas de esta manera:

ARTÍCULO 48. Estarán sometidas al trámite del concordato preventivo obligatorio:

1o. Las sociedades comerciales sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y que tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de los activos, incluidas las valorizaciones, o más de cien trabajadores permanentes a su servicio;

[...]

2o. Las sociedades de economía mixta con aportes estatales superiores al cincuenta por ciento del capital social;

*3o. **Las empresas industriales y comerciales del Estado.***

Las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado a que se refiere este artículo, no podrán ser declaradas en quiebra. Cuando no pueda celebrarse

concordato, o éste no sea aprobado o no se cumpla, serán disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades conforme a las reglas previstas en el Código de Comercio para la liquidación de sociedades por acciones. (Subrayas no originales).

A estos tres tipos de entidades, entonces, debía seguirse un trámite de concordato de carácter obligatorio cuando incurrieran en cesación de pagos o en incapacidad inminente de pago, procedimiento que debería llevarse a cabo ante la Superintendencia de Sociedades, que podía iniciarse de oficio o a petición del representante legal de la respectiva entidad y que debía seguir las reglas señaladas para el trámite del concordato potestativo.

El concordato obligatorio debía ser aprobado directamente por el superintendente de sociedades, quien manifestaba su conformidad con el mismo en acta firmada por él, o por su delegado, y por el secretario, acta que debía inscribirse en la respectiva Cámara de Comercio.

Respecto de las EICES, solo debe señalarse que el Decreto 350 de 1989 reprodujo lo señalado en la normativa anterior, señalando la imposibilidad de que estas fueran declaradas en quiebra, por lo que, de no celebrarse el concordato obligatorio, o de incumplirse, tales entidades procederían directamente a ser disueltas y liquidadas.

1.5. Ley 222 de 1995

El 20 de Diciembre de 1995 el país recibe un nuevo régimen de insolvencia, esta vez introducido en nuestro ordenamiento por el legislador a través de la Ley 222 de tal año.

Esta normatividad se aparta en mucho de sus predecesoras, pudiendo incluso llegarse a afirmar que representa un quiebre en la tradición jurídica que en materia de insolvencia se había consolidado en nuestro país.

Dicha transformación inició con la nueva calificación que hizo la ley de los trámites concursales: desde el Decreto 2264 de 1969 existió de un lado, el concordato preventivo, que podía ser potestativo u obligatorio; y de otro lado, la figura de la quiebra. La Ley 222 de 1995 cambia las anteriores concepciones al introducir de un lado un “concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor”; y de otro, un “concurso liquidatorio”.

Se elimina entonces la concepción del “concordato preventivo” y su subclasificación en potestativo y obligatorio, que se había manejado desde 1964, y se da paso a un concordato general aplicable a los sujetos descritos en la ley. Por otra parte, el régimen de quiebra es reemplazado por el nuevo concurso liquidatorio.

Cambió también la forma en que se determina la autoridad competente para tramitar los procedimientos de insolvencia, pues antes, como se vio, el juez civil se encargaba de orientar el concordato potestativo y de decidir sobre la quiebra, mientras que la Superintendencia de Sociedades se ocupaba de tramitar lo atinente al concordato obligatorio. La Ley 222 de 1995, en cambio, adopta un sistema de asignación de competencia en virtud de la calidad de las personas que participen en el proceso. Así, se radicó en cabeza de la Superintendencia de Sociedades el conocimiento privativo de los trámites de insolvencia de las sociedades comerciales del sector real, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales. La competencia para conocer de los procesos de insolvencia de las demás personas jurídicas, y de las personas naturales, fue otorgada al juez civil del circuito especializado, y a falta de este, al juez civil del circuito del domicilio del deudor.

Y es que esta mención a las “personas jurídicas o naturales” fue otra de las modificaciones contenidas en la Ley 222 de 1995, en tanto la misma extendió la

posibilidad de beneficiarse del régimen de insolvencia a todas las personas, sea que fueren comerciantes o no, cuestión que a luz de la normatividad precedente podía resultar poco lógica y hasta descabellada, pues, como se vio, antes de 1995 se entendía que los trámites concursales eran de acceso exclusivo a los comerciantes.

Al respecto el inciso 2 del artículo 90 de la Ley 222 de 1995 estableció:

*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**. (Se enfatiza).*

En todo caso, el régimen de insolvencia propuesto por la Ley 222 de 1995 seguía muy de cerca el carácter colectivista del Decreto 350 de 1989, en tanto buscaba crear un equilibrio entre la satisfacción de los interés individuales de las partes y los intereses de los terceros que podían verse afectados con el trámite concursal.

Por ello, respecto del concordato o acuerdo de recuperación, la Ley 222 de 1995 reprodujo el objetivo señalado por el Decreto 350 de 1989, cual era el de buscar la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.

Respecto del trámite liquidatorio, la Ley 222 de 1995 le fijo a la Superintendencia de Sociedades la tarea de “realizar los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo”.

Hechas estas aclaraciones generales, vale decir que en términos de procedimiento, el mismo se adecuaba a la mayoría de disposiciones de trámite de los procesos anteriores,

por lo que a continuación nos limitaremos a explicar de forma somera lo señalado en particular por la Ley 222 de 1995.

1.5.1. Concordato o Acuerdo de Recuperación

Esta figura aplicaba en dos casos a saber: a) cuando el deudor se encontrara en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones; o b) si el mismo temía razonablemente que llegaría a cualquiera de las dos situaciones anteriores. Palabras más, palabras menos, la ley hace referencia a las dos causales tradicionales de concordato, que son la incapacidad inminente de pago y la cesación de pagos, supuestos que en la Ley 222 de 1995 se aplican tanto al acuerdo de recuperación, o concordato, como al proceso de liquidación obligatoria.

También se siguió lo referente a los requisitos del deudor para beneficiarse del trámite concordatario, señalando una lista de obligaciones que debían ser observadas por este como requisitos que se debían acompañar a la solicitud.

Ésta, como ocurría anteriormente, debía contener una propuesta de fórmula de arreglo con los acreedores, y debía acompañarse de ciertos documentos, entre los que no podían faltar la relación de los procesos judiciales vigentes y el inventario de activos y obligaciones del deudor.

Empero, la solicitud de concordato se muestra distinta a sus predecesoras en tanto podía realizarse tanto a petición de parte, por el deudor o sus acreedores, como de oficio, todo esto por la unificación que se hizo del concordato potestativo y obligatorio en un único concordato.

Existía igualmente un contralor, quien principalmente se encargaba de la vigilancia de las actividades del deudor; y una junta provisional de acreedores, principalmente instituida como órgano consultivo del primero.

En específico, respecto del contralor la Ley 222 de 1995 otorgó mayor importancia a dicha figura, señalando que este era un “auxiliar de la justicia”, para lo cual contaba con las siguientes facultades:

1. *Examinar los bienes, libros y papeles del deudor.*
2. *Comprobar la realidad de los recaudos y erogaciones del deudor ocurridos durante el lapso antes indicado.*
3. *Rendir dentro de los veinte días siguientes a su aceptación un informe preliminar a la Superintendencia de Sociedades y a la junta provisional de acreedores, sobre la situación contable, económica y financiera del deudor, así como sobre la viabilidad de la fórmula de arreglo presentada por él. También podrá recomendar el levantamiento de medidas cautelares o gravámenes.*
4. *Rendir informes mensuales a la Superintendencia de Sociedades y a la junta provisional de acreedores sobre la situación de la compañía y las fórmulas de arreglo en discusión.*
5. *Comunicar a la Superintendencia de Sociedades para los efectos a que haya lugar, la ocurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para que proceda la remoción de los administradores, cuando en desarrollo de su labor compruebe dicha circunstancia.*
6. *Convocar cuando lo estime conveniente a la junta provisional de acreedores.*

En todo caso, el concordato se podía adelantar sin contralor, siempre y cuando los acreedores que representaran por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de las acreencias presentadas al concordato, o de las reconocidas en el auto de calificación y graduación de créditos, así lo solicitaran a la Superintendencia de Sociedades.

La Ley 222 de 1995 mantuvo los principios de prevalencia e incompatibilidad del concordato con otros concordatos o procesos judiciales; de otro lado también se adoptaron normas de convocatoria y concurrencia de los acreedores al concordato como garantía del debido proceso, y se continuó radicando la competencia de la calificación y graduación de los créditos en la respectiva autoridad que conocía del trámite de insolvencia.

Respecto de las estipulaciones del acuerdo concordatario, la norma señaló que éstas deberían ser de carácter general, de forma tal que, ningún crédito reconocido o admitido quedare excluido, y por supuesto debían respetar la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley. La estipulación del acuerdo cobijaba a todos los créditos, incluidos los estatales, por lo cual no se aplicarían respecto de los mismos las disposiciones especiales existentes.

El acuerdo de concordato debía ser aprobado por la Superintendencia de Sociedades; en caso de que la misma lo improbara, se concedería un término prudencial para que se tomaran las medidas con el fin de que el acuerdo fuere aprobado. Si pasado este término, y adoptadas las nuevas medidas, la Superintendencia de Sociedades no lo aprobare, se iniciaría automáticamente el trámite liquidatorio.

En todo caso, se permitió a las partes llegar a un acuerdo por fuera de la respectiva audiencia, el cual sería vinculante siempre y cuando el mismo contara con la aprobación del deudor, de los acreedores que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento de los créditos reconocidos y aprobados, y de la Superintendencia de Sociedades.

1.5.2. Concurso Liquidatorio o Proceso de Liquidación Obligatoria

La Superintendencia de Sociedades se refirió a este tipo de trámite en Oficio 100-26120 del 20 de Junio de 2001, en estos términos:

“La liquidación obligatoria es precisamente un proceso de organización de los medios legales encaminados a hacer efectiva coactivamente la responsabilidad personal del deudor insolvente para que sus acreedores participen de un modo igualitario, salvo los legítimos derechos de prelación, en la distribución del importe de la enajenación de sus bienes, viniendo necesariamente a constituirse entre ellos una comunidad de perdidas”.

Como se dijo arriba, los supuestos del concurso liquidatorio son los mismos que los señalados para el concordato o acuerdo de recuperación, esto son, la incapacidad inminente de pago o la cesación de pagos del deudor.

Al igual que sucedía en el acuerdo de recuperación, la Ley 222 de 1995 previó que la liquidación obligatoria podía tener su origen tanto en el deudor, esto es a petición de parte, como de oficio en la Superintendencia de Sociedades, y procedía cuando se diera alguna de las siguientes causales:

1. Por decisión de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal.
2. Por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o por incumplimiento de éste.
3. Cuando el deudor se ausente y haya abandonado sus negocios.

La apertura del trámite de liquidación obligatoria tenía unos efectos precisos señalados en la ley, los cuales a continuación se enumeran:

- a. La separación de los administradores de la entidad deudora, en los casos previstos en la presente Ley.*

- b. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo.*
- c. La disolución de la persona jurídica, en tal caso para todos los efectos legales, ésta deberá anunciarse siempre con la expresión "en liquidación obligatoria", salvo que dentro del trámite se pacte su continuación, caso en el cual tal medida queda sin efecto.*
- d. La formación de los activos que componen el patrimonio a liquidar.*
- e. La remisión e incorporación al trámite de la liquidación de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor. Con tal fin se oficiará a los jueces que puedan conocer de procesos ejecutivos contra el deudor.*
- f. La preferencia del trámite liquidatario, para lo cual se aplicarán las reglas previstas en el concordato para tal efecto.*

La diferencia notable entre el acuerdo de recuperación y el proceso de liquidación obligatoria, a más del carácter autocompositivo del primero y heterocompositivo del segundo, es la presencia del liquidador en este último, el cual, como auxiliar de la justicia, actúa como representante legal de la sociedad en liquidación.

Respecto de la estructura del proceso de liquidación obligatoria, este no representó mayores diferencias respecto de lo establecido para procedimientos anteriores. En general, dicho trámite consistía en 1) una apertura del proceso por medio de una providencia en la cual se ordenaba, entre otros, el embargo, secuestro y avalúo de bienes del deudor y el emplazamiento a los potenciales acreedores interesados; 2) una etapa de presentación de créditos, donde se realizaba la respectiva prelación y calificación de los mismos; 3) una etapa de avalúo de bienes; y 4) por último, el pago de las respectivas obligaciones, con lo cual se daba por terminado al proceso liquidatario.

En todo caso, la Ley 222 de 1995 permitió la posibilidad de realizar un acuerdo concordatario dentro del proceso de liquidación obligatoria, siempre y cuando se encontrara ejecutoriada la providencia de calificación y graduación de créditos. En ese momento, el liquidador, el deudor o acreedores representantes de no menos del

cincuenta por ciento (50%) de los créditos reconocidos, podrían proponerlo, para lo cual la Superintendencia de Sociedades, debía convocar inmediatamente a una audiencia. En el evento en que dicho acuerdo se incumpliera, se reiniciaría nuevamente el trámite liquidatorio.

En lo que se refiere a las empresas industriales y comerciales del estado, éstas junto a las sociedades de economía mixta, fueron expresamente incluidas dentro del régimen de concordato en los términos de la ley, mas continuaron excluidas del régimen de liquidación obligatoria.

1.6. Ley 550 de 1999

La Ley 550 de 1999, por la cual se estableció un régimen que promovía y facilitaba la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, contempló dentro de su articulado los Acuerdos de Reestructuración, entendiendo por tales, según el artículo 5 de la misma normatividad, lo siguiente:

ARTICULO 5. ACUERDO DE REESTRUCTURACION. Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.

La ley en comento, establecía que para la solicitud, promoción, negociación y celebración de un acuerdo de reestructuración, el empresario y sus acreedores podían actuar directamente o por medio de cualquier clase de apoderados, sin que se necesitara la intervención a través de abogados.

La solicitud de promoción podía formularse bien por parte del empresario, del acreedor o acreedores, o de la Superintendencia competente de acuerdo con las características del empresario. Las solicitudes debían acreditar, según el artículo 6 de la Ley 550 de 1999, el incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. En cualquier caso el valor acumulado de las obligaciones en cuestión debía representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa.

Los empresarios o los acreedores que decidieran solicitar la promoción del acuerdo, debían hacerlo ante la Superintendencia que vigilara o controlara al respectivo empresario o a su actividad; tratándose de los empresarios no sujetos a esa clase de supervisión estatal, ante la Superintendencia de Sociedades; en los demás casos, ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del respectivo empresario, societario o no.

De acuerdo con el artículo 7 de la ley en estudio, la respectiva Superintendencia o la Cámara de Comercio, según fuera el caso, al decidir la promoción oficiosa o aceptar una solicitud de un acuerdo, designaba a una persona natural para que actuara como promotor en el acuerdo de reestructuración.

Los promotores participaban en la negociación, el análisis y la elaboración de los acuerdos de reestructuración en sus aspectos financieros, administrativos, contables, legales y demás que se requirieran, para lo cual podían contar con la asesoría de peritos expertos en las correspondientes materias, previa autorización y designación de los mismos por parte de la entidad nominadora del promotor.

Según el artículo 8 de la Ley 550 de 1999, eran funciones de los promotores las siguientes:

- 1. Analizar el estado patrimonial de la empresa y su desempeño durante por lo menos los últimos tres (3) años.*
- 2. Examinar y elaborar las proyecciones de la empresa, con el objeto de suministrar a los acreedores elementos de juicio acerca de su situación operacional, financiera, de mercado, administrativa, legal y contable.*
- 3. Mantener a disposición de todos los acreedores la información que poseía y fuera relevante para efectos de la negociación, en especial la correspondiente a los numerales 1 y 2 del presente artículo.*
- 4. Determinar los derechos de voto de los acreedores.*
- 5. Coordinar reuniones de negociación en la forma que estimara conveniente.*
- 6. Durante la negociación y en la redacción del acuerdo, actuar como amigable componedor por ministerio de la ley en los supuestos que en ella se preveían, o a solicitud de los interesados en los demás casos.*
- 7. Proponer fórmulas de arreglo acompañadas de la correspondiente sustentación y evaluar la viabilidad de las que se examinaran durante la negociación.*
- 8. Obtener la formalización del documento en el que constara el acuerdo que llegue a celebrarse.*
- 9. Participar en el comité de vigilancia del acuerdo, directamente o mediante terceras personas designadas por él.*
- 10. Las demás funciones que le señalara la ley.*

Los efectos que generaba la iniciación de la negociación, según el artículo 14 de la Ley 550 de 1999, consistían en:

- 1. No podía iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspendían los que se encontraran en curso, quedando legalmente facultados el promotor y el empresario*

para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir su suspensión al juez competente

2. *Durante la negociación del acuerdo se suspendía el término de prescripción y no operaba la caducidad de las acciones respecto de los créditos contra el empresario.*
3. *Dentro de los diez (10) días siguientes a la iniciación de la negociación, el acreedor del empresario que fuera beneficiario de fiducias mercantiles en garantía o de cualquier clase de garantía real constituida por terceros, o que contara con un codeudor, fiador, avalista, asegurador, emisor de carta de crédito y, en general, con cualquier clase de garante del empresario, debía informar por escrito al promotor si optaba solamente por hacer efectiva su garantía o si no prescindía de obtener del empresario el pago de la obligación caucionada.*

El artículo 15 de la pluricitada Ley, determinaba que por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podía decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario; y se entendía por no escrita la cláusula en que se pactara que dicha promoción o iniciación fuera causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo.

El mismo artículo establecía que eran ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones que formaran parte de cualquier acto o contrato y que tuvieran por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente la promoción, la negociación o la celebración de un acuerdo de reestructuración, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el empresario que negociara o celebrara un acuerdo de reestructuración.

Durante la negociación del acuerdo de reestructuración el empresario debía atender los gastos administrativos que se causaran, los cuales gozaban de preferencia para su

pago; y podía efectuar operaciones que correspondieran al giro ordinario de la empresa con sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables.

El empresario requería autorización expresa para realizar ciertos actos, autorización que debía solicitar por escrito ante la Superintendencia que lo supervisara a él o a su actividad; y ante la Superintendencia de Sociedades, en los demás casos. La solicitud correspondiente era resuelta teniendo en cuenta la recomendación del promotor y la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación. Los actos para los cuales necesitaba dicha autorización eran:

1. *Reformas estatutarias;*
2. *Constitución y ejecución de garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa que recayeran sobre bienes propios del empresario, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios.*
3. *Efectuar compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de cualquier clase de obligaciones a su cargo, o efectuar enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondieran al giro ordinario de la empresa o que se llevaran a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tuvieran esa finalidad o encomendaran o facultaran al fiduciario en tal sentido.*
4. *Compensaciones de depósitos en cuenta corriente bancaria y, en general, de depósitos y exigibilidades en establecimientos de crédito.*

Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto era ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial.

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 550 de 1999, los acuerdos de reestructuración se negociaban y celebraban entre los acreedores externos e internos de la empresa.

Eran acreedores externos los titulares de créditos ciertos que pertenecieran a una cualquiera de las cinco clases de créditos previstas en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modificaran y adicionaran.

Eran acreedores internos los accionistas, socios, asociados o cooperados del empresario que tuviera forma jurídica asociativa; el titular de las cuotas de la empresa unipersonal; el controlante de la fundación; y, en general, los socios, controlantes o beneficiarios reales que hubieran aportado bienes al desarrollo de la empresa en forma demostrable y cuantificable.

Cualquier crédito que se originara en fecha posterior a la de la iniciación de la negociación y con anterioridad a la celebración del acuerdo, no daba derecho a voto; pero su pago se atendía en forma preferente, de conformidad con el tratamiento propio de los gastos administrativos.

Según el artículo 22 de la Ley 550 de 1999, con base en la relación certificada de acreencias y acreedores suministrada al promotor, por el representante legal del empresario y en los demás documentos y elementos de prueba que aportaban los interesados, y, en especial, con base en los estados financieros, el promotor, con la participación de peritos, si era el caso, establecía el número de votos que correspondía a cada acreedor por cada peso.

La determinación de los derechos de voto de cada acreedor no implicaba ninguna apreciación o reconocimiento acerca de la existencia, validez, exigibilidad, graduación y cuantía de las acreencias correspondientes.

El artículo 27 de la ley en estudio, determinaba que los acuerdos debían celebrarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que quedaban definidos los derechos de voto, mediante decisión del promotor o mediante la ejecutoria de la providencia de la Superintendencia de Sociedades que resolvía las objeciones que llegaran a presentarse.

Si el acuerdo no se celebraba dentro del plazo antes indicado, o si fracasaba la negociación, el promotor daba inmediato traslado a la autoridad competente para que iniciara de oficio un proceso concursal de liquidación obligatoria o el procedimiento especial de intervención o liquidación que correspondiera.

El promotor convocaba a una reunión al empresario y a los acreedores externos e internos de la empresa cuando del análisis debidamente sustentado de la situación de la empresa se concluía que la misma no era económicamente viable, o cuando no recibía oportunamente la información a que se refiere el artículo 20 de esta ley.

En dicha reunión los acreedores externos e internos, con el voto de la mayoría absoluta presente en la reunión, tomaban la decisión de dar por terminada o no la negociación.

Según el artículo 29 de la Ley 550 de 1999, los acuerdos de reestructuración se celebraban con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representaran por lo menos la mayoría absoluta de los votos admisibles.

El artículo 31 de la Ley 550 de 1999, establecía que el acuerdo de reestructuración debía constar íntegramente en un documento escrito, firmado por quienes lo hubieran votado favorablemente o por el representante o representantes legales o voluntarios de éstos, cuyo contenido debía ser reconocido ante notario público por cada suscriptor, o

ante el respectivo nominador del promotor, o ante éste, quien para estos efectos por ministerio de la ley quedaba legalmente investido de la función correspondiente; y debía elevarse a escritura pública cuando incluyera estipulaciones que requirieran legalmente dicha formalidad.

La noticia de la celebración del acuerdo era inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente al domicilio del empresario y de las sucursales que éste poseía.

El acuerdo se entendía celebrado el día en que era firmado por el último de los acreedores requerido para su celebración; y siempre y cuando la noticia de su celebración se inscribiera en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio del empresario dentro de los diez (10) días siguientes a dicha firma.

Los acuerdos de reestructuración eran de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hubieran participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hubieran consentido en él, y tenían los siguientes efectos legales:

1. La obligación a cargo del empresario de someter, en los términos pactados en el acuerdo de reestructuración, a la autorización previa, escrita y expresa del comité de vigilancia la enajenación a cualquier título de bienes de la empresa, determinados o determinables con base en lo dispuesto en el acuerdo para tal fin.

2. El levantamiento de las medidas cautelares vigentes, con excepción de las practicadas por la DIAN, salvo que ésta consintiera en su levantamiento, y la terminación de los procesos ejecutivos en curso iniciados por los acreedores contra el empresario.

3. La suspensión, durante la vigencia del acuerdo, de la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias.

4. La reducción pedida por el empresario o por cualquier acreedor, de la cobertura de cualquier garantía real o fiduciaria ya constituida.

5. Los beneficiarios de garantías fiduciarias derivadas de patrimonios autónomos integrados por inmuebles, o de hipotecas de mayor extensión, quedaban obligados a aceptar su sustitución por derechos hipotecarios del mismo grado o por derechos fiduciarios o certificados de garantía de fiducias mercantiles que recayeran sobre porciones desenglobadas de ese mismo inmueble.

6. En las garantías cuya constitución se preveía en el acuerdo, salvo pacto en contra, compartían proporcionalmente el mismo grado todos aquellos acreedores que concedían las mismas ventajas a la empresa. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestaban mérito ejecutivo.

7. Si los créditos objeto de prórrogas, novaciones y, en general, las reestructuraciones de obligaciones que se pactaban en el acuerdo de reestructuración se garantizaban a través de contratos de fiducia mercantil, celebrados con ese fin por el empresario en beneficio de todos los acreedores externos, la prelación para el pago con cargo a dicha garantía se sujetaba al orden señalado en el acuerdo, con las excepciones previstas en esta ley.

8. Todas las obligaciones se atendían con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedaban sujetas a lo que se estableciera en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor

9. Los créditos causados con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, al igual que la remuneración de los promotores y peritos causada durante la negociación, eran pagados de preferencia, en el orden que correspondía de conformidad con la prelación de créditos del Código Civil y demás normas concordantes, y no estaban sujetos al orden de pago que se establecía en el acuerdo.

10. A menos que el acuerdo de reestructuración dispusiera lo contrario, la ejecución del mismo no implicaba cambios ni en los estatutos ni en la administración y funcionamiento del empresario distintos de los que se derivaban del código de conducta empresarial incluido en él.

11. Las instituciones financieras oficiales o mixtas, al igual que las que hayan sido objeto de medidas de salvamento o de liquidación, estaban sujetas a lo que se dispusiera en el acuerdo para el pago de sus acreencias, y sus administradores estaban legalmente facultados para negociar en los mismos términos en que lo hacían los demás acreedores de su clase.

12. La aplicación de la prelación de créditos pactada en el acuerdo para el pago de todas las acreencias a cargo del empresario que se hubieran causado con anterioridad a la fecha de aviso de iniciación de la negociación, y de todas las acreencias que surgían del acuerdo.

13. La prelación de primer grado de los créditos fiscales se compartía a prorrata a favor de todos aquellos acreedores que en cumplimiento del acuerdo entregaban nuevos recursos al empresario, en la proporción que correspondía según las cuantías de dichos recursos.

14. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, tenía derecho a veto debidamente motivado y manifestado dentro del Comité de vigilancia, sobre la enajenación a cualquier título de bienes del empresario cuya enajenación no hubiera sido pactada dentro del acuerdo,

Según el artículo 35 de la Ley 550 de 1999, el acuerdo de reestructuración se daba por terminado en cualquiera de los siguientes eventos, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial:

- 1. Al cumplirse el plazo estipulado para su duración.*
- 2. Cuando en los términos pactados en el acuerdo, las partes lo declaraban terminado por haberse cumplido en forma anticipada.*
- 3. Por la ocurrencia de un evento de incumplimiento en forma que no pudiera remediarse de conformidad con lo previsto en el acuerdo.*
- 4. Cuando el comité de vigilancia verificara la ocurrencia sobreviniente e imprevista de circunstancias que no se hubieran previsto en el acuerdo y que no permitieran su ejecución, y los acreedores externos e internos decidían su terminación anticipada, en una reunión de acreedores.*
- 5. Cuando se incumplía el pago de una acreencia causada con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, y el acreedor no recibía el pago dentro de los tres meses siguientes al incumplimiento, o no aceptaba la fórmula de pago que le era ofrecida, de conformidad con lo dispuesto en una reunión de acreedores.*
- 6. Cuando el incumplimiento del acuerdo tuviera su causa en el incumplimiento grave del código de conducta empresarial, o en el incumplimiento grave del empresario en la celebración o ejecución de actos previstos en el acuerdo y que dependían del funcionamiento y decisión o autorización favorable de sus órganos internos. Se entendían como graves los incumplimientos previstos como tales en forma expresa en el acuerdo de reestructuración.*

De conformidad con el artículo 36 de la referida ley, los efectos de la terminación del acuerdo de reestructuración eran:

- 1. Cuando el acuerdo de reestructuración se terminaba por cualquier causa, el promotor o quien hiciera sus veces, de conformidad con el numeral primero del artículo 33 de esta ley, inscribía en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente, cuando fuera del caso, una constancia de su terminación, la cual era oponible a terceros a partir de la fecha de dicha inscripción.*
- 2. Cuando se producía la terminación del acuerdo en los supuestos previstos en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 35 de la presente ley, el promotor o quien hiciera sus veces en los términos indicados en el numeral anterior, inmediatamente daba traslado a la autoridad competente para que se iniciara de oficio el proceso concursal de liquidación obligatoria o el procedimiento especial de intervención o liquidación que correspondiera, sin perjuicio de las demás medidas que fueran procedentes de conformidad con la ley.*
- 3. Cuando el empresario fuera una entidad pública de orden nacional, se daba aplicación a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998; si se trataba de una entidad descentralizada, el promotor, o quien hiciera sus veces, inmediatamente daba traslado a la autoridad competente para que se iniciara de oficio el procedimiento y las demás medidas que fueran procedentes de conformidad con la ley aplicable según el tipo de entidad.*
- 4. En caso de terminación del acuerdo en los supuestos previstos en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 35 de la presente ley, para el restablecimiento automático de la exigibilidad de los gravámenes constituidos con anterioridad a su celebración, se daba aplicación a la remisión prevista en el numeral 3 del artículo 34 de esta ley. Y en tales supuestos, se podían reanudar de inmediato todos los procesos que hubieren sido suspendidos con ocasión de la iniciación de la negociación, en especial los previstos en el artículo 14 de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que regulaban el respectivo proceso liquidatorio o el que correspondía legalmente en cada caso.*

En lo que tiene que ver con los acuerdos de reestructuración de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la Ley 550 de 1999 incluyó a estas dentro de un

régimen general aplicable a las personas jurídicas de naturaleza pública. Al respecto pueden hacerse las siguientes observaciones:

La solicitud o promoción oficiosa de un acuerdo de reestructuración de un empresario que tuviera el carácter de persona jurídica pública o de economía mixta, y no estuviere sujeto a supervisión estatal por parte de ninguna Superintendencia, sólo podía presentarse o iniciarse en la Superintendencia de Sociedades; tratándose de una entidad del nivel territorial, y cualquiera que fuera el porcentaje de participación pública, la promoción correspondía exclusivamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En el caso de las empresas públicas del orden nacional, se daba aplicación a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998; y en el caso de las empresas públicas que no fueran del orden nacional, se daba aplicación a lo dispuesto en las respectivas ordenanzas y acuerdos.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado aparecen en el año 1968 con la reforma administrativa auspiciada por la Ley 65 de 1967, la cual se expidió con base en el artículo 76 de la Constitución Política de 1886.

En el artículo primero del Decreto 1050 de 1968, que desarrolló la comentada Ley, se dispuso que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado estarían vinculadas a la Administración y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que las regían. En este decreto también se especificaron las características de este tipo de organización empresarial y se determinó que eran entidades creadas por la ley, o autorizadas por ésta, que desarrollaban actividades de

naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagrara la ley, y que reunían las siguientes cualidades:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa, y
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

No obstante la autonomía administrativa y financiera con que se dotó a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado desde un inicio, en el artículo 7 de la regulación citada se estableció una talanquera a esas libertades, pues se determinó que dicha autonomía se ejercería conforme a los actos que la regían, y a la vez se sometió a las comentadas empresas a la tutela gubernamental, que tenía por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del Gobierno.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, dictaminó que la dirección de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado estaría a cargo de una junta o Consejo Directivo, que siempre presidiría un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo o su delegado, y de un Gerente, Director o Presidente, que sería su representante legal.

Por otra parte se prohibió a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, constituir sociedades o compañías, entre sí o con otras personas, salvo los casos expresamente previstos en las leyes o autorizados por decreto del Gobierno. (El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 3 de febrero de 1983). Asimismo, no se les permitió a los susodichos organismos desarrollar

actividades o ejecutar actos distintos a los previstos en sus normas de creación y estatutos, ni destinar sus recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos.

En el Decreto 3130 de 1968, que también dio desarrollo a la Ley 65 de 1967, se dijo que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado eran entidades descentralizadas y en el artículo 8 de la misma normatividad, se especificó que la tutela gubernamental sobre estos organismos la ejercían los Ministerios o Departamentos Administrativos a los que se encontraran vinculados.

El artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 por su parte estipuló que los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado realizaran para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales estaban sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realizaran para el cumplimiento de las funciones administrativas que les hubiera confiado la ley, eran actos administrativos.

En el mismo sentido, el artículo 34 de la regulación en estudio, estableció que los contratos que celebraran las EICES para el desarrollo de sus actividades no estarían sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exigía para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyeran serían las usuales para los contratos entre particulares, sin embargo podrían, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y por tanto de los contratos en que se hubiere pactado dicha cláusula, conocería la justicia administrativa, y la ordinaria de las controversias originadas en los demás contratos.

Con la expedición de la Ley 489 de 1998 fueron derogados los decretos anteriormente mencionados, por lo cual se estableció un nuevo marco normativo para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado

Así las cosas, el artículo 68 de la Ley 489 introdujo a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como entidades descentralizadas, que gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Sin embargo estas entidades estarán sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas tal y como estaba consagrado en la regulación anterior.

Por su parte, el artículo 69 de la ley en mención señaló que dichas entidades pueden ser creadas por ley, ordenanza o acuerdo, o con su autorización, dependiendo de su carácter nacional, departamental o municipal respectivamente.

En el artículo 85 de la ley, se mencionaron las características esenciales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En concreto, no se dijo nada diferente a lo que se reseñaba en el Decreto 1050 de 1968, por lo cual, se reiteró que desarrollarían actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, que se regirían por el derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. De igual forma se reiteraron las siguientes cualidades:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa, y
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Respecto a la autonomía administrativa y financiera de estos organismos, la misma fue regulada en el artículo 86 de la Ley 489 de 1998. Se estableció que dicha autonomía se deberá ejercer conforme a los actos que las rigen, es decir, la ley, ordenanza o acuerdo que las creó o autorizó y sus estatutos sociales internos.

Igualmente, por hacer parte de la rama ejecutiva del poder público, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, salvo que exista disposición legal en contrario conforme al artículo 87 de la ley. Sin embargo, si compiten con empresas privadas no podrán ejercer dichas prerrogativas si atentan contra el derecho a la igualdad y la libre competencia con las empresas del sector privado.

En lo referente al régimen de los actos o contratos de las EICE, no hubo modificación alguna, por cuanto los actos que se expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, se sujetarán al derecho privado. En cambio, los contratos que celebren para el cumplimiento de su carácter público se sujetarán al Estatuto General de Contratación Estatal.

Por último, con la Ley 489 de 1998 se le permitió a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado participar en otras empresas y sociedades, situación que estaba prohibida en la regulación anterior. El artículo 94 de la ley señaló que las EICES podrían participar con otras entidades descentralizadas y entidades territoriales en la creación de otras sociedades y que estas últimas se regirían por lo dispuesto en sus respectivos actos de creación y las disposiciones del Código de Comercio, salvo unas contadas excepciones.

CAPITULO II

RÉGIMEN DE INSOLVENCIA VIGENTE: LA LEY 1116 DE 2006 Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

1. LA LEY 1116 DE 2006

La Ley 1116 de 2006, al regular el régimen de insolvencia en Colombia, determina que el mismo deberá estar orientado por los siguientes principios:

- a. Universalidad: principio que tiene dos dimensiones a saber, una objetiva y una subjetiva; la primera implica que la totalidad de los bienes del deudor harán parte del proceso de insolvencia; la segunda establece que todos los acreedores quedarán vinculados a dicho proceso a partir de su iniciación.
- b. Igualdad: principio también conocido como "*par conditio creditorum*"⁹; supone el tratamiento equitativo de todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin que ello implique un desconocimiento del régimen legal de prelación de créditos. Al respecto, RODRIGUEZ resalta:

⁹ "Con este se persigue que los créditos existentes sean pagados en igual proporción, plazo y forma exceptuando los órdenes o categorías de pago fijados por la ley. En consecuencia, tratándose de créditos de la misma categoría se debe respetar la igualdad de tratamiento derivada de tal principio y dar igual trato a acreedores en iguales condiciones." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-441 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“La igualdad es material y no formal; es decir, todos los acreedores de rango o condición similar serán tratados en forma idéntica; por ello sus acreencias deberán ser satisfechas en proporción al importe de su crédito, con cargo a los bienes de la masa que estén disponibles para su distribución, de manera tal que todos soportarán en un mismo grado y en una misma intensidad la pérdida que produce la falencia del deudor.”¹⁰

- c. Eficiencia: postulado que impone el aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, teniendo como base la información disponible dentro del proceso.
- d. Información: principio en virtud del cual, el deudor y los acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a la misma en cualquier etapa del proceso.
- e. Negociabilidad: este postulado propugna porque en el proceso se propicien entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.
- f. Reciprocidad: supone el reconocimiento, la colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza.
- g. Gobernabilidad económica: propugna por la obtención, mediante el proceso de insolvencia, de una dirección gerencial definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

¹⁰ RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 48.

La comentada ley además establece, en su artículo segundo, los sujetos destinatarios de la misma, es decir, determina quiénes estarán sometidos al régimen de insolvencia, así:

- a. *Las personas naturales comerciantes.*
- b. *Las personas jurídicas no excluidas de la aplicación del régimen y que realicen negocios permanentes, ya sean de carácter privado o mixto.*
- c. *Las sucursales de sociedades extranjeras.*
- d. *Los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.*

Por su parte, el artículo tercero del mismo conjunto legislativo, contiene una enumeración de algunos sujetos excluidos del régimen de insolvencia. Entre ellos, y para los efectos del trabajo que nos ocupa, están contempladas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, bien sean de carácter nacional o del nivel territorial. A este respecto, RODRIGUEZ (2007) señala:

*“Si el criterio del legislador para determinar la aplicación de la ley es el desarrollo de actividades empresariales, no parece sensata la exclusión de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, máxime si se tiene en cuenta que el régimen aplicable a ellas en sus relaciones con los particulares es el del derecho privado”.*¹¹

Este tema será objeto de análisis posterior.

La Ley 1116 de 2006, en su artículo sexto define las autoridades competentes para conocer del trámite de insolvencia, de la siguiente forma:

¹¹ RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 48.

1. La Superintendencia de Sociedades en uso de sus facultades jurisdiccionales será competente¹² para conocer de los procesos de:

- a) Sociedades comerciales del sector real.
- b) Empresas unipersonales.
- c) Sucursales de sociedades extranjeras
- d) Personas naturales comerciantes que lo soliciten, a prevención.¹³

2. El Juez Civil del circuito del domicilio del deudor conocerá de los procesos de:

- a) Personas naturales comerciantes que lo soliciten.
- b) Los demás casos no excluidos del régimen de insolvencia de la ley 1116.

De lo anterior, se establece que la competencia de la Superintendencia de Sociedades está taxativamente determinada en la ley, mientras que la competencia del Juez Civil es residual.

¹² *“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 puede administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de la cuales ello es posible”. Sin embargo en segundo término, esta Corte ha precisado que su carácter excepcional no significa que a las autoridades administrativas no se les puedan atribuir funciones jurisdiccionales permanentes, pues lo excepcional no es “aquello que no reviste el carácter de permanente” sino aquello que constituye una excepción de la regla común. Por ende, si la regla común es el ejercicio de funciones administrativas, por parte de las Superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. Si hubiera querido autorizar solo el ejercicio transitorio, así lo habría dicho”.* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1641 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ *“La norma introduce una modificación que puede registrar vicios de constitucionalidad importantes, al asignarle a la Superintendencia competencia a prevención de los procesos concursales de las personas naturales comerciantes, como quiera que dicha atribución no tiene conexidad o relación con la atribución administrativa que desarrolla. La Superintendencia es un ente de inspección, vigilancia y control de sociedades mercantiles y no tiene atribuciones frente a personas naturales, de allí que esta facultad resulte exótica con relación a las atribuciones administrativas”.* RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 104.

El proceso de insolvencia que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades se caracteriza por ser de única instancia¹⁴, mientras que el trámite que se adelanta ante los jueces civiles del circuito establece una segunda instancia restringida, puesto que el recurso de apelación sólo podrá ser interpuesto contra las siguientes providencias:

- a. La de apertura del trámite.
- b. La que apruebe la calificación y graduación de créditos.
- c. La que rechace pruebas.
- d. La que rechace la solicitud de nulidad.
- e. La que decrete o niegue medidas cautelares.
- f. La que ordene la entrega de bienes.
- g. La que imponga sanciones.
- h. La que declare cumplido el acuerdo de reorganización.

La Ley 1116 de 2006, que regula el régimen judicial de insolvencia, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. La normatividad en estudio comprende dos tipos de procesos, el de reorganización y el de liquidación judicial, ambos orientados a la agregación de valor.

1.1. Proceso de reorganización

¹⁴ *“En esta materia hubiera sido mucho más fácil consagrar una segunda instancia restringida, como se solicito varias veces en el trámite de discusión legislativa. Preocupa el que ciertos asuntos como el de las acciones reivindicatorias no tengan una segunda instancia, lo cual será fuente de acciones de tutela que tiene como propósito convertir al juez de tutela en segunda instancia de la Superintendencia”*. RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 105.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, la preservación de empresas viables y la normalización de las relaciones comerciales y crediticias de la misma, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. Al respecto la Cartilla del Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial de la Superintendencia de Sociedades señala:

*“En este orden de ideas, se utiliza el término “reorganización” en sentido amplio, para referirse a los procedimientos cuya finalidad básica sea la de permitir al deudor superar sus dificultades financieras y reanudar o continuar el funcionamiento de sus operaciones comerciales normales, aun cuando en algunos casos pueda incluir la reducción de la capacidad de la empresa, su venta como negocio en marcha a otra empresa y de no lograrlo extinguirse a través de un procedimiento de adjudicación o en caso de incumplimiento del acuerdo celebrado dar lugar a la apertura de un proceso de liquidación judicial”.*¹⁵

En este punto es importante señalar, siguiendo a RODRIGUEZ (2007), que la acepción “viable” no fue la consagración legislativa más adecuada, pues su grado de amplitud y variedad puede generar conflicto al momento de la determinación del proceso a seguir.

Las personas legitimadas para pedir el inicio del proceso de reorganización son:

1. En la cesación de pagos: está autorizado el respectivo deudor, uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad, de oficio¹⁶.

Se considerará que el deudor incurre en cesación de pagos¹⁷ cuando:

¹⁵ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2007). “Cartilla: Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006”. Bogotá: Pág. 3.

¹⁶ LEY 1116 DE 2006. Artículo 15.

- 1.1. Incumpla el pago por más de 90 días de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o
- 1.2. Cuando tenga por lo menos dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de obligaciones.

Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas.

En cualquiera de los dos casos anteriores, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud.

2. En la situación de incapacidad de pago inminente: el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios.

Para los efectos anteriores se entenderá que el deudor está en situación de incapacidad de pago inminente cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o su estructura, que afecten, o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones con un vencimiento igual o inferior a un año.

¹⁷ *“Al ocurrir una cesación de pagos, puede suceder que se trate de un insolvente; es decir, de un deudor cuyo pasivo supere el activo; o bien que la cesación de pagos tenga por causa un mero déficit de caja, siendo el activo superior al pasivo, pero sin que éste sea fácil o rápidamente realizable para pagar oportunamente las deudas.”* PUELMA ACCORSI, ÁLVARO. (1985). “Curso de Derecho de Quiebras”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición.

Es de resaltar, que para el caso de las personas naturales comerciantes no procederá la causal de incapacidad de pago inminente.

3. Como consecuencia de la solicitud presentada por el representante extranjero de un proceso de insolvencia extranjero.

En cualquier caso, la solicitud de inicio del proceso de reorganización y la intervención de los acreedores en el mismo podrá hacerse directamente o a través de abogado.

Con base en lo expuesto, es procedente aclarar que la cesación de pagos o la incapacidad de pago inminente son supuestos que el deudor debe cumplir para poder iniciar un proceso de reorganización.

Además del deber de acreditar la cesación de pagos o la incapacidad inminente, la solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse acompañada de los documentos que acrediten 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 subsanarla.
- b. Estar cumpliendo con las obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio, cuando sea del caso. Las personas jurídicas no comerciantes deberán estar registradas frente a la autoridad competente.
- 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.
- d. No tener a cargo obligaciones vencidas o retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al sistema de seguridad social integral.

A partir de la fecha de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización, se prohíbe a los administradores:

- 1) La adopción de reformas estatutarias.
- 2) La constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad.
- 3) Efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo.
- 4) Efectuar enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa, y precisa del juez del concurso.

La ley bajo estudio dispone que cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo inmediatamente expuesto dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y a los acreedores. Además de lo anterior, a partir de la admisión al proceso de insolvencia, si llegara a realizarse cualquiera de los actos acabados de referenciar sin la respectiva autorización, se considerará ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a que puedan hacerse acreedores los administradores.

El proceso de reorganización según el tenor del artículo 18 de la Ley 1116 de 2006 comienza el día de expedición del auto de iniciación del proceso por parte del juez del concurso. De conformidad con el artículo 19 de la ley, dicha providencia deberá comprender aspectos tales como:

- a) Establecer la fecha de la audiencia pública para realizar el sorteo de designación del promotor.
- b) Ordenar la inscripción del auto de inicio del proceso en el registro mercantil de la cámara de comercio del domicilio del deudor y de sus sucursales.
- c) Ordenar al promotor designado, que con base en la información aportada por el deudor, y demás documentos y elementos de prueba que aporten los interesados, presente el proyecto de calificación y graduación de créditos y derecho de voto¹⁸.
- d) Disponer un traslado del estado de inventario de los bienes del deudor.
- e) Ordenar al deudor, a sus administradores, o voceros, según corresponda, mantener a disposición de los acreedores en su página electrónica, si la tiene, y en la Superintendencia de Sociedades, o por cualquier otro medio idóneo que cumpla igual propósito, los estados financieros básicos actualizados y la información relevante para evaluar la situación del deudor y llevar a cabo la negociación, así como el estado actual del proceso de reorganización.
- f) Prevenir al deudor para que no realice sin autorización operaciones que la requieran.
- g) Decretar cuando lo considere necesario medidas cautelares¹⁹ sobre los bienes del deudor y ordenar, en todo caso, la inscripción en el registro competente de la

¹⁸ *“La ley 1116 mantiene la regla de la ley 550 de 1999 en cuanto a distinguir entre acreencias y votos, siendo la primera tarea el objeto de la negociación y la segunda el poder político que registran los acreedores para efectos de construir las mayorías necesarias con miras a la celebración del acuerdo. Si bien la norma indica que es el deudor quien presenta el proyecto de determinación de derecho de voto, será el promotor quien con base en él y los demás elementos de juicio con que cuente ejecute esta tarea. Por tanto será su trabajo y no la relación del deudor, la cual será puesta a consideración de los acreedores para efectos de contradicción”*. RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 155.

providencia de inicio del proceso de reorganización, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.

- h) Ordenar al deudor y al promotor, la fijación de un aviso que informe sobre el inicio del proceso.
- i) Ordenar a los administradores del deudor y al promotor que, a través de los medios que estimen idóneos efectivamente informen a todos los acreedores la fecha de inicio del proceso de reorganización.
- j) Disponer la remisión de una copia de la providencia de apertura al Ministerio de la Protección Social, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y a la Superintendencia que ejerza la vigilancia o control del deudor.
- k) Ordenar la fijación de un aviso que informe acerca del inicio del proceso, del nombre del promotor, que contenga la prevención al deudor de que sin la autorización del juez del concurso no podrá realizar ciertas operaciones.

El inicio del proceso de reorganización tiene los siguientes efectos:

- 1) No podrán admitirse nuevas demandas ejecutivas²⁰.
- 2) No podrán continuarse los procesos ejecutivos en curso contra el deudor²¹.

¹⁹ Las medidas cautelares en la providencia de apertura, siguiendo a RODRIGUEZ (2007), poseen las siguientes características: son discrecionales del juez; el decreto de medidas cautelares es nominado; y el decreto de cautelas no requiere caución.

²⁰ *“Debe indicarse que la norma no hace gala de ortodoxia procesal, pues expresa que no podrá admitirse o continuarse demanda de ejecución, cuando lo que se continua es el proceso y no la demanda, pues esta es una actuación procesal.”* RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 218.

²¹ *“La doctrina constitucional de esta Corporación ha sostenido que, “los procesos concursales ya sean acuerdos de pago o liquidación patrimoniales participan de una misma estructura conceptual, así se destinen a la conservación y recuperación de la empresa o a la satisfacción ordenada del crédito por cuanto i) son asuntos de interés general, ii) convocan a todos los acreedores, iii) vinculan la totalidad de los bienes del deudor, y iv) ha de dejar zanjadas las diferencias surgidas entre el deudor y sus acreedores, a causa del incumplimiento del primero”. Por su naturaleza y fines el concordato prevalece sobre los procesos ejecutivos singulares que se estén surgiendo en contra de quien se encuentra inmerso en él; por ello los bienes de propiedad del deudores que se estén persiguiendo en estos últimos deben ingresar a la masa de bienes del concordato, con la finalidad de que formen parte del acuerdo que se celebre entre el deudor y sus acreedores”.* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 381 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación, y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.

Por lo anteriormente expuesto, el juez o el funcionario competente declara de plano la nulidad de las actuaciones que hayan sido surtidas en contravención a lo anotado.

- 3) Continuidad de contratos²²: Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía.
- 4) No podrá decretarse la caducidad administrativa: Salvo que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya iniciado con anterioridad a esa fecha.
- 5) Posibilidad de renegociación de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte el deudor.
- 6) Imposibilidad de iniciar o continuar procesos de restitución de tenencia sobre bienes muebles o inmuebles con los que el deudor desarrolle su objeto.
- 7) Suspensión de la causal de disolución por pérdidas.

²² En la Ley 222 de 1995 la imposibilidad de terminar contratos estaba únicamente referida a los contratos de tracto sucesivo, mientras que en la Ley 1116 de 2006 dicha restricción comprende cualquier contrato, exigiendo tan solo que las prestaciones derivadas del mismo estén vigentes para el momento en el cual se inicia el proceso de insolvencia.

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

Los derechos de voto, y sólo para esos efectos, serán calculados, a razón de un voto por cada peso del valor de su acreencia cierta, sea o no exigible, sin incluir intereses, multas, sanciones u otros conceptos distintos del capital, salvo aquellas provenientes de un acto administrativo en firme, adicionándoles para su actualización la variación en el índice mensual de precios al consumidor certificado por el DANE, durante el período comprendido entre la fecha de vencimiento de la obligación y la fecha de corte de la calificación y graduación de créditos. En el caso de obligaciones pagadas en varios contados o instalamentos, serán actualizadas en forma separada.

En esta relación de acreedores deberá indicarse claramente cuáles de ellos son los vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes, por cualquiera de las siguientes razones:

1. Parentesco, hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
2. Tener o haber tenido en los cinco últimos años accionistas, socios o asociados comunes.
3. Tener o haber tenido, en el mismo período indicado en el numeral anterior, representantes o administradores comunes.
4. Existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial.

Las reglas anteriores deberán aplicarse en todos los eventos donde haya lugar a la actualización de la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto de los acreedores.

Del proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto presentados por el promotor y del inventario de bienes del deudor, se correrá traslado, en las oficinas del Juez del concurso o donde este determine, según sea el caso, por el término de diez (10) días.

Dentro del término de traslado previsto en el inciso anterior, los acreedores podrán presentar las objeciones, con relación a tales actuaciones, solicitando o allegando las pruebas que pretendan hacer valer.

Al día siguiente de vencido el término anterior, el Juez del concurso correrá traslado de las objeciones y observaciones por un término de cinco (5) días para que los interesados hagan los pronunciamientos que consideren pertinentes, solicitando o allegando las pruebas a que haya lugar.

Una vez vencido dicho término, el promotor tendrá diez (10) días para provocar la conciliación de dichas objeciones. Dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento del término mencionado, el promotor informará al Juez del Concurso, el resultado de su gestión.

No presentadas objeciones, el juez del concurso declarará aprobado el inventario, reconocerá los créditos, establecerá los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo.

Si se presentaren objeciones, el juez del concurso procederá así:

1. Decretará y ordenará de oficio o a solicitud de los interesados la práctica de las pruebas que sean conducentes.
2. Practicadas las pruebas en un tiempo no superior a treinta (30) días, convocará a audiencia en la cual resolverá las objeciones. En la misma providencia aprobará el inventario, reconocerá los créditos, asignará los derechos de voto y fijará plazo para la presentación del acuerdo.
3. La suspensión de la audiencia sólo podrá ser decretada por el Juez del concurso cuando existan comprobados motivos que ameriten dicha suspensión, siempre en beneficio del proceso y en todo caso por un término no mayor a diez (10) días.

Resueltas las objeciones, el Juez del concurso, mediante providencia, declarará aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos, así como los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo.

Igualmente, el deudor, con la mayoría absoluta de acreedores, podrá acordar la designación de un nuevo promotor.

El término para celebrar el acuerdo de reorganización no podrá ser, en principio, superior a cuatro (4) meses de acuerdo a lo dispuesto en la providencia de reconocimiento de créditos. No obstante, dicho término podrá ser prorrogado hasta por dos (2) meses más.

La aprobación del acuerdo deberá contar con el voto favorable de un número plural de acreedores que represente por lo menos la mayoría absoluta de los votos admitidos. El acuerdo debe ser confirmado por el juez, cuando este verifique la legalidad del contenido del mismo, de conformidad con el artículo 35 de la ley bajo estudio.

En el evento en el cual el acuerdo de reorganización, debidamente aprobado no es presentado en el término indicado, no es confirmado por el juez, comenzará a correr el término para celebrar el acuerdo de adjudicación al que han llegado los acreedores del deudor, incluyendo los gastos de administración. En el 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 aprobadas.

Los efectos más importantes de la no confirmación del acuerdo son:

- a) La disolución de la persona jurídica.
- b) El promotor asume la representación legal de la empresa a partir de su inscripción en el registro mercantil, para que los bienes del deudor sean adjudicados a los acreedores en el orden de prelación legal.

Los acuerdos de reorganización y los acuerdos de adjudicación en términos del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006, son de obligatorio cumplimiento para el deudor o deudores respetivos y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él.

Las estipulaciones del acuerdo de reestructuración de conformidad con el artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, deberán tener carácter general, de tal forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y además deberán respetar para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley. Dicho acuerdo deberá incluir, entre otras, cláusulas que regulen la conformación y las funciones de un comité de acreedores con participación de acreedores internos y externos, los que no tendrán funciones de administración ni coadministración de la empresa.

Según el artículo 45 de la normatividad sub examine, las causales de terminación del acuerdo de reorganización son:

1. El incumplimiento de las obligaciones pactadas en el acuerdo de reorganización.
2. El acaecimiento de un evento de incumplimiento no subsanado en audiencia.
3. La falta de atención oportuna en el pago de las mesadas pensionales o aportes al sistema de seguridad social y demás gastos de administración.

Si el acreedor o deudor denuncia incumplimiento del acuerdo de reorganización o del pago de los gastos de administración, el juez que conozca del concurso deberá citar a una audiencia que tenga como propósito deliberar acerca de tal situación; si ella no es resuelta, el juez declarará terminado el acuerdo y ordenara la apertura del trámite del proceso de liquidación judicial.

1.2. Liquidación Judicial

Por su parte, el proceso de liquidación judicial persigue la realización pronta y ordenada del patrimonio del deudor. Es de señalarse que el régimen de insolvencia tanto en el proceso de reestructuración como en el de liquidación, está enmarcado en la protección de la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y por tal motivo, sanciona todas aquellas conductas que sean contrarias a dicho postulado.

De acuerdo con el artículo 47 de la ley 1116 de 2006 el proceso de liquidación judicial iniciará por las siguientes causales:

1. Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso, o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de lo regulados en la Ley 550 de 1999.

2. Por la causales de liquidación inmediata previstas en la Ley 1116 de 2006²³.

La providencia con la cual se de apertura al proceso de liquidación judicial, dispondrá:

²³ El artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 dispone: “Apertura del proceso de liquidación judicial inmediata. Procederá de manera inmediata en los siguientes casos:

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

2. Cuando el deudor abandone sus negocios.

3. Por solicitud de la autoridad que vigile o controle a la respectiva empresa.

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

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

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

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

8. La providencia judicial que decreta la apertura inmediata del trámite del proceso de liquidación judicial no admite ningún recurso, con excepción de la causal prevista en los numerales 2 y 7 de este artículo, evento en el que sólo cabrá el recurso de reposición.

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

Parágrafo 1º. El inicio del proceso de liquidación judicial de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos, conforme a lo dispuesto en esta ley para el efecto en el proceso de reorganización.”

1. El nombramiento de un liquidador, quien tendrá la representación legal, advirtiéndole que su gestión deberá ser austera y eficaz.
2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos. Los actos celebrados en contravención a lo anteriormente dispuesto, serán ineficaces de pleno derecho.
3. Las medidas cautelares sobre los bienes del deudor y ordenar al liquidador la inscripción en el registro competente de la providencia de inicio del proceso de liquidación judicial, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.
4. La fijación por parte del Juez del concurso, en un lugar visible al público y por un término de diez (10) días, de un aviso que informe acerca del inicio del mismo, el nombre del liquidador y el lugar donde los acreedores deberán presentar sus créditos. Copia del aviso será fijada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en la del deudor, en la sede, sucursales, agencias, por este y el liquidador durante todo el trámite.
5. Un plazo de veinte (20) días, a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que los acreedores presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo. Cuando el proceso de liquidación judicial sea iniciado como consecuencia del incumplimiento del acuerdo de reorganización, de liquidación judicial, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración, los acreedores reconocidos y admitidos en ellos, se entenderán presentados en tiempo al liquidador, en el proceso de liquidación judicial. Los créditos no calificados y graduados en el acuerdo de reorganización y los derivados de gastos de administración, deberán ser presentados al liquidador.

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

6. La remisión de una copia de la providencia de apertura al Ministerio de la Protección Social, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y a la Superintendencia que ejerza vigilancia o control, para lo de su competencia.
7. Inscribir en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del deudor y sus sucursales, el aviso que informa sobre la expedición de la providencia de inicio del proceso de liquidación judicial.
8. Oficiar a los jueces que conozcan de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia.
9. Ordenar al liquidador la elaboración del inventario de los activos del deudor, el cual deberá elaborar el liquidador en un plazo máximo de treinta (30) días a partir de su posesión. Los bienes serán evaluados por expertos designados de listas elaboradas por la Superintendencia de Sociedades. Una vez vencido el término, el liquidador entregará al juez concursal el inventario para que este le corra traslado por el término de diez (10) días.

El liquidador procederá a actualizar los créditos reconocidos y graduados, el inventario de bienes en el acuerdo de reorganización y a incorporar los créditos calificados y graduados en el concordato, si fuere el caso, los derechos de voto y los créditos en el acuerdo de reorganización fallido y a realizar el inventario de bienes en estos dos últimos, desde la fecha del vencimiento de la obligación hasta la de inicio del proceso de

liquidación judicial. En síntesis, puede decirse que el proyecto lo realiza el liquidador y surte el mismo trámite previsto para el proceso de reorganización, una vez presentado el inventario el juez del concurso ordenará el avalúo, el cual una vez aprobado determina el precio de venta de los bienes o su valor de adjudicación en caso de no haber sido vendidos. El acuerdo de adjudicación requiere además de la aprobación de los acreedores, la confirmación del juez del concurso, impartida en audiencia que será celebrada de acuerdo con los términos y fines que le aplican a la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización.

De no aprobarse el citado acuerdo de adjudicación, el juez dictará la providencia de adjudicación dentro de un término no mayor de 15 días.

Los efectos relevantes que se producen como consecuencia del inicio de la liquidación judicial son:

1. La cesación de funciones de los órganos de fiscalización de la persona jurídica.
2. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartida por el juez del concurso.
3. La terminación de los contratos de trabajo.
4. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducias mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes.

Finalmente, debe señalarse que el proceso de liquidación judicial termina por las siguientes causales:

- 1) Ejecutoriada la providencia de adjudicación de bienes
- 2) Por la celebración de un acuerdo de reorganización. A este respecto cabe indicar que el liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará una audiencia. A este acuerdo, le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas para el acuerdo de reorganización. En caso de Incumplimiento de dicho acuerdo será reiniciado el proceso de liquidación judicial.

Por último, resulta de especial importancia señalar la posibilidad de obtener la validación de un acuerdo extrajudicial por el juez del concurso, lo que ocurre cuando por fuera del proceso de reorganización, con el consentimiento del deudor, un numero plural de acreedores que equivalga a la mayoría que se requiere para celebrar un acuerdo de reorganización, celebren por escrito un acuerdo de esta naturaleza. Cualquiera de las partes de dicho acuerdo podrá pedir al juez del concurso que hubiere sido competente para tramitar el proceso de reorganización, la apertura del un proceso de validación del acuerdo extrajudicial de reorganización celebrado con el fin de verificar que este:

1. Cuenta con los porcentajes requeridos en la ley.
2. Deja constancia de que las negociaciones han tenidos suficiente publicidad y apertura frente a todos los acreedores.
3. Otorga los mismos derechos a todos los acreedores de una misma clase.
4. No incluye cláusulas ilegales o abusivas.
5. En términos generales, cumple con los preceptos legales.

Si como resultado del proceso de validación el juez del concurso autoriza el acuerdo, este tendrá los mismos efectos que la ley confiere a un acuerdo de reorganización.

2. CRÍTICAS AL RÉGIMEN ADOPTADO POR LA LEY 1116 DE 2006

Como se vio, la Ley 1116 del año 2006 excluyó de forma expresa a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de la posibilidad de celebrar acuerdos de reorganización y de someterse al proceso de liquidación judicial regulado en dicha norma.

De esta forma se eliminó la presencia de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del régimen de insolvencia adoptado en nuestro país.

Debe recordarse que la última norma donde fueron incluidas las EICES para efectos de insolvencia fue la Ley 550 de 1999, surgida en tiempos de crisis económica, y en la cual se estableció que para dichas entidades procedía el acuerdo de reestructuración en caso de que incurrieran en una situación económica que así lo ameritara.

Esta Ley 550 de 1999 fue expedida como respuesta a la crisis económica imperante, buscaba promover la reactivación de la economía, por ello, únicamente trató el tema de reestructuración empresarial, sin hacer mención alguna a la situación de liquidación de las empresas, por lo que, para dicha materia seguía aplicando el concurso liquidatorio de la Ley 222 de 1995.

Es por ello que el 21 de Febrero del año 2000 surge a la vida jurídica el Decreto 254 de 2000, “por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”, regulándose de esta forma el trámite de liquidación para este tipo de entidades, grupo al cual pertenecen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado,

pues su naturaleza pública de orden nacional se encuentra consagrada de forma expresa en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, todo lo expresado hasta aquí cobra relevancia por lo siguiente:

Con la exclusión que hace la Ley 1116 de 2006 a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del régimen de insolvencia, tácitamente se estableció que las mismas, ante una situación de cesación de pagos o de inminente incapacidad de pago, únicamente pueden ser liquidadas, en virtud del Decreto 254 de 2000.

Así, hoy en día las EICES que se encuentren en una situación económica de la gravedad arriba señalada, no pueden beneficiarse de un trámite concursal que busque garantizar la permanencia de empresas viables a futuro, sino que, directamente deben liquidarse.

El régimen de liquidación vigente en nuestro país para las EICES está dado por el Decreto 254 de 2000, y someramente consta de lo siguiente:

En la liquidación se dará por terminada la existencia de la respectiva entidad, y se entrará a realizar el pago correspondiente de los créditos.

Este proceso de liquidación tiene su génesis en la supresión o disolución ordenada para aquellas entidades reguladas por la norma.

El trámite de liquidación es dirigido por dos órganos a saber:

1. El liquidador
2. La junta liquidadora

El liquidador es nombrado por el Presidente de la República de Colombia, y cumple con las funciones señaladas expresamente en el Decreto 254 de 2000, de las cuales cabe resaltar lo referente a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y el establecimiento de los regímenes laboral y pensional a los cuales se sujetará la liquidación.

El liquidador está obligado adicionalmente a realizar un inventario de los activos y de los pasivos de la entidad sujeta al proceso de liquidación, instrumento que sin duda favorece la transparencia que debe regir el trámite liquidatario.

Iniciado el proceso de liquidación debe emplazarse a quienes tengan reclamación de cualquier índole contra la entidad en liquidación de tal forma que los mismos puedan verse informados respecto al proceso de que se adelanta y puedan concurrir al mismo para hacer valer dicha reclamación.

Culminado el proceso de liquidación, el liquidador debe elaborar un informe final de liquidación el cual debe ser presentado a la junta liquidadora y, cuando sea el caso, al ministerio o departamento administrativo correspondiente.

Ahora bien, la exclusión de las EICES que hace la Ley 1116 de 2006 del régimen de insolvencia trae múltiples efectos negativos, tanto de orden jurídico, como de orden político-económico:

En primer lugar, con dicha exclusión se desaprovecha el potencial empresarial de entidades estatales que tras una reorganización podrían continuar desarrollando su actividad en iguales o mejores condiciones que antes: resulta absurdo que una empresa que compite en el mercado, por el sólo hecho de ser de carácter estatal, pierda la

potestad y la capacidad de reorganizarse para seguir realizando sus actividades comerciales.

Las EICES ejercen sus actividades productivas en el sector privado, y por tanto, deberían tener un procedimiento que le permita en una situación económica compleja determinar las medidas necesarias para mantenerse en funcionamiento.

Corolario de lo anterior, al no permitirle a las EICES acudir a un proceso de reorganización, se desperdician los recursos humanos, materiales y de capital que han sido invertidos durante la vigencia de las empresas. Todo este capital invertido entonces quedaría inexplorado, generándose además situaciones sociales indeseadas entre ellas, desempleo y pobreza.

Otra de las consecuencias negativas producto de la exclusión de las EICES del régimen de insolvencia común es la pérdida subsecuente de ingresos al erario público. Aun cuando ésta no es la función primordial de este tipo de entidades, no puede negarse que los ingresos que generan las mismas tienen impacto en las arcas del estado, lo cual finalmente contribuirá al mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos. Al respecto HERRERA (2001) señala lo siguiente:

*“Pero además, como una dinámica del estado moderno, las empresas industriales y comerciales se pueden establecer con fines rentísticos, es decir, con la finalidad de buscar recursos que permitan financiar las necesidades esenciales. En tal sentido, su justificación se encuentra en el hecho de que existe una demanda creciente de necesidades públicas no financiadas frente a una limitada capacidad de extraer recursos del sector privado al público mediante las cargas tributarias. Así, parte del déficit del estado se puede financiar con empresas rentables que garantizan sus fines esenciales”.*²⁴

²⁴ HERRERA ROBLES, ALEKSEY. (2001). “El Régimen Jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado en Colombia”. Barranquilla: Revista de Derecho de la Universidad del Norte. No. 15. Pág. 103.

En materia de competencia, la liquidación inmediata y directa de las EICES, retira a un competidor del mercado, pudiéndose ocasionar la inestabilidad del mismo en la medida en que el perfeccionamiento del mercado depende del mayor número de oferentes y demandantes que concurran al mismo.

Ahora bien, también debe tenerse en cuenta el caso en el que la empresa industrial y comercial del Estado represente un monopolio. Al respecto TAFUR (1997) señala:

*“Las empresas industriales y comerciales del estado han sido previstas, como se dejó dicho, para adelantar actividades en el campo empresarial, ya sea en situación de monopolio, o en el régimen concurrente con particulares”.*²⁵

Conforme a lo anterior, la consecuencia inmediata de la supresión de una EICE del mercado sería la no prestación de un servicio o la no producción de un bien, que repercutiría en la afectación directa de la sociedad en la medida en que los ciudadanos quedarían privados de ese bien o servicio.

Estrechamente relacionado a lo anterior, debe señalarse que la exclusión mencionada limita la facultad de intervención en la economía que detenta el Estado, la cual procede directamente de la norma constitucional, y que éste ejerce por intermedio de este tipo de empresas.

En efecto, la función principal de las EICES es constituirse en mecanismo de intervención del Estado en la economía. Al respecto HERRERA (2001) señala:

²⁵ TAFUR, ALVARO. (1997). “Estudios de derecho público”. Bogotá: Editorial Ibañez. Pág. 144

“Las empresas industriales y comerciales del Estado se constituyen como instrumentos para la atención de necesidades propias del mercado frente a la ausencia de iniciativa, interés o posibilidad de que (sic) los particulares asumen. En consecuencia, su finalidad no es simplemente competir con los particulares sino realizar actos de intervención económica justificados en asuntos de seguridad nacional, equilibrio económico, fallas del mercado o la obtención de recursos que permitan la financiación de las necesidades esenciales”²⁶.

Es bien sabido que la ley es la encargada de desarrollar las disposiciones constitucionales. Sin embargo, esta facultad dada por el constituyente al legislador únicamente se restringe a la reglamentación de la Norma Superior, pues por su abstracción y generalidad la misma debe ser concretada en normas de carácter específico, pero nunca puede derogar o modificar el texto constitucional, pues ello es competencia exclusiva del constituyente.

Esta restricción fue olvidada por la Ley 1116 de 2006, ya que la misma, de forma indirecta, limita el poder de intervención del Estado en la economía, lo cual deviene en inconstitucional: en efecto, la única posibilidad existente para una EICE que se encuentre en una situación económica de gravedad es su liquidación, retirándola del mercado y por tanto eliminando el mecanismo de intervención estatal.

Adicional a todo lo anterior, la exclusión de las EICES del régimen de insolvencia hecha por la Ley 1116 de 2006, rompe con la tradición jurídica que desde antaño imperaba en nuestro país, pues, como se vio en el capítulo I, este tipo de entidades fueron incluidas expresamente dentro del régimen común de insolvencia desde 1969, con la expedición del Decreto 2264 de 1969, inclusión que fue reiterada por todas las normas posteriores que regularon la materia, pero que inexplicablemente no fue adoptada por la Ley 1116 de 2006.

²⁶ HERRERA. Op. Cit. Pág. 115

Al respecto, SOTOMONTE (2008) señala:

*“Con el nuevo estatuto [ley 1116] queda la sensación de que en su preparación no se tuvo en cuenta la tradición jurídico-institucional del país y que tan sólo se trabajó de manera coyuntural y casuística para los operadores del sistema a costa de la verdadera protección de su organización empresarial, la que necesariamente comporta la de sus actores como son los inversionistas, los terceros, especialmente los trabajadores, **y el propio Estado**”²⁷. (Subrayas fuera de texto).*

En conclusión, la imposibilidad de que las EICES puedan someterse a un régimen de insolvencia común para las empresas, conlleva variados perjuicios, principalmente para la economía nacional, más aún si se tiene en cuenta que dicha restricción no tiene un fundamento jurídico sostenible sino que, al contrario, contradice indirectamente la norma constitucional.

En este momento es necesario hacer una breve mención al proceso de privatización, como alternativa a la liquidación de la entidad estatal.

En efecto, existe la posibilidad de que las EICES que se encuentren incursas en las causales de insolvencia, sean privatizadas, lo cual representa una garantía de su permanencia: la privatización es un medio eficaz y eficiente de recuperación de una empresa de carácter público, ya que al dejar la suerte de la misma en manos de los particulares, los mismos serán quienes discrecional y rápidamente tomarán las medidas necesarias para dar solución a la situación de insolvencia.

²⁷ SOTOMONTE, SAÚL. (2008). “Aspectos Sustantivos del Régimen de Insolvencia”. Revista Mercatoria, Sección de actualidad Jurídica.

La realidad anterior, sin embargo, no tiene en cuenta el objetivo inicial de las EICES, su razón de ser, cual es de servir de instrumento en manos del estado para la intervención económica.

Puede ser, como en efecto lo es, que una posible privatización mejore la situación económica de la entidad estatal, lo cual sin duda será hecho en un periodo mucho menor que el que demoraría un trámite concursal.

Sin embargo, se reitera, con esto se está limitando el poder de intervención del estado en la economía, y aun cuando se hace viable la empresa, la misma deja de estar en poder del estado, lo cual repercute en todas las numerosas consecuencias arriba citadas, por lo que en, últimas, la privatización tampoco puede verse como un instrumento eficaz por medio del cual se desarrollen los postulados constitucionales y legales referentes a las EICES.

No se trata simplemente de salvar la empresa, como en efecto la privatización lo logra, sino, al contrario, de hacerla viable dentro del marco del poder del estado para que se cumplan en su totalidad los objetivos que se persiguen con las empresas industriales y comerciales del Estado, lo cual se lograría en el marco de un proceso de reorganización del régimen común pero aplicable a las EICES.

CAPITULO III

LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

Y SU REGULACIÓN EN LA GUÍA LEGISLATIVA SOBRE

RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA DE LA CNUDMI

Sea lo primero empezar por definir qué categoría de fuente jurídica representa la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de la CNUDMI. Este documento “se ha concebido como instrumento de referencia al que pueden recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentaciones o al plantearse una revisión de las ya existentes”. Es decir, la guía legislativa no representa un instrumento internacional vinculante para los estados, sino que por el contrario configura un conjunto de orientaciones, cuya adopción va a depender de la decisión autónoma y soberana de cada Nación²⁸.

La Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia “pretende, por una parte, abordar la necesidad de resolver con la mayor rapidez y eficiencia posibles las dificultades financieras del deudor y, por otra parte, tener en cuenta los intereses de las diversas partes directamente afectadas por esas dificultades financieras, que son principalmente los acreedores y otras partes que tienen intereses en los negocios del deudor, así como las consideraciones de orden público.”²⁹

²⁸ Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de la CNUDMI. Pág. 1

²⁹ Idem

La Guía Legislativa, no se caracteriza por ser un documento que ofrezca una única solución con validez universal, por el contrario ella pone a disposición del lector una serie de alternativas, que éste último deberá implementar teniendo en cuenta las necesidades y especificidades propias de su contexto jurídico económico.

A pesar de que la Guía de Insolvencia no ostenta carácter vinculante, dicho documento expone o se encuentra basado en unos objetivos fundamentales, cuales son:

1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económico: los regímenes de insolvencia de carácter nacional, deben adecuar su estructura, de tal forma que permitan una integración óptima de los mercados financieros locales con el sistema financiero internacional; por lo anterior la regulación de un tema tan trascendental como lo es la insolvencia, debe promover por el salvamento de aquellas empresas u organizaciones productivas que se consideren viables, y así mismo por el cierre y la realización eficiente de los bienes de aquellos negocios que se encuentren en situación de quiebra, de forma tal que los distintos sujetos involucrados puedan realizar un análisis claro y una evaluación profunda de los riesgos inmersos en el proceso de insolvencia.

La normatividad sobre insolvencia, debe propugnar también por proporcionar a los agentes del mercado la seguridad, la estabilidad y el crecimiento del mismo.

2. Obtener el máximo valor posible de los bienes: El procedimiento de insolvencia debe estructurarse de una manera que permita a los participantes del mismo obtener el máximo valor posible de los bienes objeto del proceso, para lo cual deberán darse incentivos a los sujetos del proceso, pues el objetivo fundamental en este caso específico, consistirá en aumentar la cantidad que

podrán cobrar los acreedores y reducir la carga de la insolvencia. Para lograr este propósito, es común que se haga una distribución equilibrada de los riesgos entre las partes del proceso de insolvencia.

3. Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización: este principio guarda relación íntima con el postulado anteriormente enunciado. Un régimen de insolvencia adecuado debe guardar un equilibrio óptimo entre las ventajas ofrecidas por los procesos de reorganización y de liquidación, es decir, debe existir una ponderación propicia que le permita a los destinatarios del régimen de insolvencia establecer de forma acertada cuándo escoger un camino u otro. Es por tanto que todo régimen de insolvencia debe ofrecer como alternativa a los procesos liquidatarios la posibilidad de reorganización de aquellas estructuras productivas que puedan considerarse viables.
4. Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares: “el concepto del trato equitativo se basa en la premisa de que, en procedimientos colectivos, los acreedores con derechos similares deben tratarse en pie de igualdad y deben percibir sus créditos según su rango relativo y las garantías de que dispongan.”³⁰ El principio enunciado trae como consecuencia una cuestión de equilibrio material, es decir, debe proporcionarse un trato similar a aquellos que se encuentren en una misma situación, sin perjuicio del sistema legal de prelación de créditos.
5. Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia: Este principio trae consigo la apuesta por el diseño de un régimen de insolvencia expedito, oportuno y ordenado, para evitar una perturbación

³⁰ Ibid. Pág. 14

grave de la actividad empresarial del deudor. Con la consagración de un régimen de insolvencia que reúna las características citadas, se obtendrá con mayor facilidad la mejor realización de los bienes que son objeto del proceso, lo que en ultimas llevará a que en el mercado continúen las empresas que son viables y *contrario sensu*, desaparecerán aquellas que no lo son. La consecución del objetivo enunciado se logra con la consagración de requisitos que permitan un acceso oportuno y sin mayores traumatismos al proceso liquidatorio, sin olvidar también que tales requisitos deben haber sido contemplados de manera objetiva y clara.

6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores: el régimen de insolvencia que se consagre debe velar por la conservación íntegra de los bienes inmersos en el proceso, de tal manera que se eviten las desmembraciones prematuras, mediante acciones individuales; por este motivo los procesos ejecutivos que se hallen en curso al momento de iniciarse el proceso de insolvencia deben quedar suspendidos. Todo lo anterior encuentra sustento en la premisa económica que explica, que el conjunto o totalidad de los bienes de una persona tendrá mayor valor económico que los bienes individualmente considerados, es decir, el negocio en marcha tiene un valor monetario superior.
7. Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información: “El régimen de insolvencia debe ser previsible y transparente. De este modo, los potenciales prestamistas y acreedores podrán comprender de qué forma funciona el procedimiento de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia. Así se promoverá la estabilidad en la

relaciones comerciales y se fomentaran los prestamos e inversiones con primas de menor riesgo.”³¹

8. Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos: es muy importante que existan normas que permitan una determinación clara del régimen legal de prelación de créditos, pues ello ofrece previsibilidad en el proceso, y facilita una mejor evaluación y provisión de riesgos. De acuerdo con la Guía, los rangos de prelación de créditos deberían estar basados en acuerdos comerciales y, no ser el producto o el reflejo de criterios sociales y políticos que pueden llegar a afectar drásticamente los resultados obtenidos en el proceso de insolvencia.

9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza: la normatividad interna de los países debe incluir dentro de su marco de regulación los casos de insolvencia transfronteriza, con el fin de fomentar las relaciones comerciales y principalmente de coordinar los diferentes ordenamientos jurídicos, y de esta forma facilitar la prestación de asistencia en los procedimientos de insolvencia adelantados en países extranjeros. Para ello, se recomienda la adopción de la Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencia trasfronteriza, lo cual permitiría entre otras cosas, el reconocimiento de las actuaciones extrajeras adelantadas en dichos procesos.

Una vez analizado lo anterior, es menester enfocar el estudio a la regulación dada en la Guía de Insolvencia varias veces citada, a las empresas de carácter público que realizan actividades industriales y comerciales o que prestan un servicio, en franca competencia con entidades privadas, es decir, lo que en nuestro ordenamiento jurídico interno es conocido como Empresas Industriales y Comerciales del Estado. La Guía de Insolvencia, al

³¹ Ibid. Pág. 15.

reglar lo relativo a la condiciones de admisibilidad al proceso de insolvencia, o lo que también se conoce como los supuestos objetivos de admisión para iniciar dicho proceso, determinó que los deudores a los cuales será aplicable el pluricitado régimen, son aquellos que realizan actividades económicas, entendiendo por las mismas, de acuerdo con el documento en estudio, las cuestiones derivadas de todas las relaciones que comportan actividad económica, sean o no de carácter contractual.

En la guía legislativa que se comenta, se estableció que el régimen de insolvencia puede ser aplicable o debe tener como sujetos destinatarios tanto a los deudores privados que desarrollen actividades económicas, como a los públicos que efectúen el mismo tipo de operaciones. En el documento en cuestión se hace especial énfasis en las empresas públicas que compiten en el mercado realizando operaciones o actividades económicas de carácter mercantil, y que por tanto tienen una similitud de intereses comerciales y económicos con las entidades privadas.

Para la Guía Legislativa el simple hecho de que una empresa o estructura productiva sea de titularidad del estado, no constituye de por sí un argumento sólido para excluirlas del régimen de insolvencia general, los criterios para sustentar esa posición son de variada índole, por ejemplo, cuando el Estado cumple distintas funciones respecto de la empresa, no sólo como propietario sino además como prestamista y principal acreedor, “no serán aplicables los incentivos comerciales normales, podrá ser difícil lograr soluciones de avenencia y es obvio que podrán surgir conflictos de intereses. Por consiguiente, la sujeción de la empresas publicas al régimen de la insolvencia ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina propia de ese régimen, dando claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero público ilimitado y fijando un procedimiento que puede reducir al mínimo los conflictos de intereses.”³²

³² Ibid. Pág. 49

No obstante lo anterior, la propia Guía Legislativa establece que el principio general de sujeción de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado al régimen de insolvencia general, puede tener excepciones. Las salvedades contempladas en el instrumento normativo que se analiza, radican en el hecho de compromisos adquiridos y garantizados de manera expresa por alguna razón de orden público. Otro motivo puede ser el hecho de que tales empresas hagan parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, “de un programa de privatización general o cuando la actividad de dichas empresas se lleve a cabo en sectores de importancia decisiva para la economía, como la prestación de servicios esenciales o de servicios públicos.”³³

De lo expuesto se deduce, que el elemento común de las excepciones al sometimiento de las empresas públicas al régimen de insolvencia general, radica en la presencia de un elemento de interés público en las actividades desarrolladas por éstas. Lo que encuentra concordancia con la finalidad de intervención económica que se le dio las Empresas Industriales y Comerciales del Estado con la Constitución Política de Colombia de 1991.

De conformidad con la Guía de Insolvencia elaborada por CNUDMI, es conveniente que el régimen de insolvencia beneficie a la mayor variedad posible de deudores, sin embargo, existe la posibilidad de ofrecer un trato diferenciado a cierto tipo de entidades. Dichos entes según el documento son: Entidades especializadas como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos. La exclusión de las entidades citadas se justifica en el hecho de que tales empresas están, en la mayoría de los casos, sujetas a algún régimen reglamentario especial, al margen de la insolvencia.

³³ Idem

Como puede observarse la Guía de Insolvencia no excluye *per se* a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de la aplicación del régimen de insolvencia general, sino únicamente en aquellos casos en que la actividad desarrollada por las mismas se enmarca dentro de un interés público que ofrece importancia para el Estado.

Por otra parte, la Ley 1116 de 2006 que regula en Colombia lo referente al régimen de insolvencia, excluyó de manera expresa a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de su aplicación, en su artículo tercero. En este punto la normatividad interna se apartó de las recomendaciones dadas por la Guía Legislativa.

Lo anterior, no parece encontrar sustento en la Exposición de Motivos de la Ley 1116 de 2006, en la cual se estableció como propósito fundamental de la nueva normatividad, la consagración de un Régimen General comprensivo del mayor número de situaciones que llegaran a presentarse, como puede observarse del siguiente aparte:

“(...) fue estudiada una propuesta legislativa referente a un régimen general de insolvencia que sustituya, tanto al sistema temporal de la citada Ley 550 de 1999, como al concordato y la liquidación obligatoria regulados en la Ley 222 de 1995. El proyecto establece un régimen de insolvencia unificado, aplicable a las personas naturales, las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras”³⁴.

En la misma Exposición de Motivos ya citada, cuando se trató el tema del ámbito de aplicación de lo que sería la Ley 1116 de 2006, se dijo lo siguiente:

“El ámbito de aplicación, en cuanto a las personas jurídicas, tiene un menor cubrimiento; la experiencia demostró que algunos de los sectores actualmente incluidos en la Ley 550 de 1999, como los de aseguramiento del sector salud y las de servicios públicos domiciliarios, ameritan un tratamiento diferente, dada su especial naturaleza frente a los bienes jurídicos

³⁴ Exposición de Motivos Ley 1116 de 2006, pág. 1

que protege el régimen de insolvencia, por lo cual resulta pertinente excluirlas del mismo, al igual que todas aquellas personas jurídicas sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios o de liquidación.

A diferencia de la Ley 550, que no aplicaba para las personas naturales, con la unificación de los regímenes a través del presente proyecto, el procedimiento de insolvencia tendrá aplicación a todas las personas naturales, por cuanto la figura del concordato fue ineficiente también para estas.”³⁵

De la lectura de la cita inmediata, se desprende que no se hizo nunca en los antecedentes legislativos de la Ley 1116 de 2006, mención expresa de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, asumiendo simplemente que estaban regidas por una reglamentación especial que justificaba su exclusión, pero sin tener en consideración si en el desarrollo de su objeto social específico estaba o no inmerso un interés público especial, o si por el contrario sólo desempeñaban funciones comerciales e industriales en competencia con las entidades del sector privado.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Puede decirse entonces, que la exclusión de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado de la aplicación del régimen de insolvencia general en Colombia, de acuerdo con los parámetros establecidos por la Guía Legislativa de CNUDMI y por la Exposición de Motivos de la Ley 1116 de 2006, sólo habría sido justificable para aquellas empresas de carácter público que desarrollen actividades comerciales e industriales en competencia con el sector privado, pero en las cuales necesariamente esté inmerso un interés público. De no ser así la exclusión hecha por la Ley 1116 de 2006 no resulta justificable, pues la contemplación normativa de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en la Ley 489 de 1998, que las somete al régimen de derecho privado en el desarrollo de su objeto

³⁵ Ibid, pág. 8

social no permite establecer tal exclusión, y de hacerlo se estaría creando una situación inequitativa entre aquellos que tengan una relación con la empresas públicas o con las empresas privadas. Pues, no sería lo mismo por ejemplo, la situación de un acreedor de una empresa pública que entre en trámite de insolvencia a aquella del acreedor de una entidad privada en las mismas circunstancias.

Con todo, después de analizar la evolución histórica del los diferentes regímenes colombianos de insolvencia, se evidencia una clara contradicción en la Ley 1116 de 2006, al excluir de dicho régimen a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, puesto que no existen razones de orden jurídico para tal situación, y por el contrario, evidencia un desconocimiento de la naturaleza jurídica y las funciones con las que fueron creadas en el ordenamiento jurídico colombiano.

A su vez, la Guía de Insolvencia Transfronteriza de CNUDMI permite concluir de igual forma que, la exclusión de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del trámite de insolvencia general sólo puede presentarse, excepcionalmente, cuando dichas empresas tengan implícito en el desarrollo de su objeto social un interés público, pero en los demás casos, no se haya razón alguna para privarlas de la aplicación del régimen de insolvencia general.

BIBLIOGRAFÍA

_____. “Código de Comercio de Colombia”. Bogotá: Legis Editores S.A.

_____. “Decreto 750 de 1940”. Bogotá.

_____. “Decreto 2264 de 1969”. Bogotá.

_____. “Decreto 350 de 1989”. Bogotá.

_____. “Ley 222 de 1995”. Bogotá.

_____. “Ley 550 de 1999”. Bogotá.

_____. “Ley 1116 de 2006”. Bogotá.

CASTILLO CADENA, FERNANDO. (2003). “Análisis Económico de las acciones concursales en el derecho comercial colombiano”. Madrid: Trabajo de Grado (Doctor en Derecho). Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1641 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-441 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 381 de 2004. M.P. Jaime Araujo Renteria. Bogotá.

HERRERA ROBLES, ALEKSEY. (2001). "El Régimen Jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado en Colombia". Barranquilla: Revista de Derecho de la Universidad del Norte. No. 15.

PUELMA ACCORSI, ÁLVARO. (1985). "Curso de Derecho de Quiebras". Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición.

RODRIGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. (2007) "Nuevo Régimen de Insolvencia". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2007). "Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006". Bogotá.

SOTOMONTE, SAÚL. (2008). "Aspectos Sustantivos del Régimen de Insolvencia". Revista Mercatoria, Sección de actualidad Jurídica.

TAFUR, ALVARO. (1997). "Estudios de derecho público". Bogotá: Editorial Ibañez. Pág. 144

CNUDMI. "Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia".