

La nueva ley concursal en Colombia, "Régimen de insolvencia empresarial".¹ Ley 1116 de 2006

Álvaro Isaza Upegui

1. Introducción

La ley 1116 de 2006, conocida como Régimen de Insolvencia Empresarial, empezó a regir en Colombia el 28 de junio del 2007. Este es un nuevo estatuto concursal con el cual se pretende afrontar las dificultades empresariales con miras a los retos que el sector empresarial deberá afrontar en el futuro.

La nueva ley desarrolla tres grandes temas, a saber: 1) los acuerdos de reorganización empresarial con los que se sustituyen, íntegramente, los llamados acuerdos de reestructuración regulados por la ley 550 de 1999 y los concordatos de las personas naturales que desarrollan actividades empresariales de la ley 222 de 1995; 2) la liquidación judicial que sustituye en su totalidad la denominada liquidación obligatoria regulada por la mencionada ley 222; y 3) la insolvencia transfronteriza con la

¹ El artículo se publica gracias a la cesión de la doctora Olenka Woolcott Oyague.

que se incorpora a nuestro derecho interno la ley modelo de la CNUDMI sobre el mismo tema.

Cada uno de los estatutos concursales anteriores se identificó por el modelo que adoptaron. En efecto, en el Código de Comercio, tanto el concordato como la quiebra tenían carácter judicial y procesal. El concurso liquidatorio se caracterizaba por cuanto la realización del activo del deudor debería ajustarse a la subasta pública; el decreto 350 de 1989, que hizo ajustes al proceso concordatario, conservó el carácter procesal y judicial. La ley 222 de 1995 sustituyó la quiebra por la liquidación obligatoria; además de haber abolido la investigación penal por parte del juez del concurso, avanzó en lo referente a la realización del patrimonio del deudor, pues eliminó la subasta pública y le confirió al liquidador y a la Junta Asesora la facultad de enajenar en forma directa los activos. Este aspecto que, en su momento, se consideró como la mejor forma para agilizar el proceso, a la postre no dio los resultados esperados. La realización del patrimonio del fallido se convirtió entonces en la mayor dificultad tanto para concluir el concurso como para extinguir las obligaciones. De esta última experiencia, la ley 1116 pretende resolver las dificultades en cuanto a la realización del activo, y con el fin de agilizar el concurso establece, como una de las novedades de mayor entidad, el llamado acuerdo de adjudicación;² asimismo, vuelve al régimen procesal con intervención del juez, que había desaparecido con la ley 550 de 1999. Estos y otros aspectos son los que se desarrollarán en este escrito.

El nuevo régimen concursal elimina el divorcio que, a partir de la vigencia de la ley 550 de 1999, existió entre el concurso recuperatorio³ con carácter contractualista y el concurso liquidatorio⁴ de índole judicial. Hoy, la ley 1116 de 2006, al derogar las referidas leyes, unificó el carácter procesal con intervención del juez en ambas modalidades concursales.

² Este tiene aplicación tanto en el proceso de reorganización como en la liquidación judicial.

³ Que llamó acuerdo de reestructuración.

⁴ Llamado por la ley 222 de 1995, liquidación obligatoria.

2. Algunos temas importantes

A continuación, procederemos a efectuar un somero análisis de algunas de las disposiciones de la ley que se refieren a temas importantes del concurso.

2.1 Finalidad del concurso

El llamado proceso de reorganización tiene como propósito "preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante la reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos",⁵ razón por la cual este proceso se enmarca en los denominados *concursums recuperatorios*.

Hay que advertir que el tema de la viabilidad de la empresa, introducido en la legislación concursal colombiana por la ley 550 de 1999, apenas si aparece en la definición del mencionado proceso de reorganización, pues ni existe momento procesal para discutirla, ni es requisito para que el acuerdo se celebre, como tampoco es una condición que sea susceptible de establecer por parte del juez del concurso, lo cual no significa que no sea éste uno de los temas centrales que debe ser abordado en el estudio e implementación de los instrumentos para lograr la superación de la crisis.

Igualmente, se debe agregar que en materia de viabilidad no es posible generalizar ni construir parámetros con fórmulas universales; cada empresa presenta situaciones que les son particulares, y hay que darles a estas el tratamiento adecuado para que progresivamente le permitan recuperar su capital de trabajo y generar recursos líquidos para poder atender su pasivo; de ahí la importancia del plan de reorganización que como requisito de forma establece la ley como obligación del empresario que pretende acudir al concurso.

Pero cuando no existe viabilidad, *la finalidad del concurso es liquidatoria*, para lo cual la ley desarrolla el llamado proceso de liquidación judicial, por medio del cual se "persigue la liquidación pronta y

⁵ Así se define el artículo 1.

ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor".⁶

La ley colombiana se refiere al *proceso de liquidación judicial* y al *proceso de liquidación judicial inmediata*, haciendo una diferenciación que resulta inútil por ser artificiosa, pues, en realidad, desde el punto de vista procesal es una sola la liquidación judicial, independientemente de que existan diferencias en cuanto a las causales de apertura —supuestos—, de cuya distinción no se genera ninguna consecuencia de fondo, como se desprende del enunciado de la norma que introduce toda la reglamentación, conforme a la cual el proceso se inicia:

- Como consecuencia del incumplimiento de un acuerdo concursal.
- Cuando existe alguna de las causales de liquidación inmediata que la misma ley establece.⁷

Según esto, se insiste, el proceso es uno solo y la liquidación judicial en Colombia no necesariamente tiene que haber sido antecedida del fra-

⁶ Artículo 1.

⁷ El artículo 49 determina cuándo procede de manera inmediata la apertura del proceso de liquidación judicial. Al respecto, establece: 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 del acreedor; 2) cuando el deudor abandone sus negocios; 3) por solicitud de la autoridad que vigile o controle 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; 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) a solicitud expresa de inicio del trámite del proceso de liquidación judicial por parte de la autoridad o representante extranjero; 7) por 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 dichas obligaciones fuesen subsanadas dentro del término indicado por el juez del concurso, que en ningún caso podrá ser superior a tres (3) meses.

caso o incumplimiento de un acuerdo concursal. Dicho en otros términos, para la apertura de un proceso de liquidación obligatoria en nuestro sistema legal existen varias causales, una de las cuales es el incumplimiento de un proceso concursal anterior. Las demás son las que la ley reconoce como causales para la apertura de un proceso de liquidación inmediata, todo lo cual reafirma la irrelevancia, desde el punto de vista práctico y procesal, de haberlas enunciado en artículos separados, que lo único que podría generar sería confusión.

2.2 Facultades y atribuciones del juez del concurso⁸

La ley 1116 de 2006 es el primer estatuto concursal en Colombia que le asigna funciones especiales al juez. Las leyes anteriores no incluyeron normas referentes a este punto, pues siempre se consideró que bastaban las que el Código de Procedimiento Civil establece para que el juez pueda actuar como el órgano supremo del proceso, a quien le corresponde su impulsión y la obligación de velar para que se respete la igualdad de las partes y el debido proceso.

Parece ser que la experiencia pasada de la Superintendencia de Sociedades en su actuación como juez del concurso,⁹ llevó al gobierno nacional para incluir en la ley 1116 esta norma, con la que se le confieren amplias atribuciones de instrucción, de ordenación y disciplinarias.

Merece especial mención la de "objetar los nombramientos o contratos hechos por el liquidador, cuando afecten el patrimonio del deudor o los intereses de los acreedores", pues ello desvirtúa su verdadera función y le permite tomar decisiones como órgano de administración, para lo cual deberá actuar con el conocimiento necesario de la situación que se presente y sólo si exista la prueba irrefutable, y siempre bajo la previsión de no afectar intereses de terceros de buena fe.

⁸ Consultar el artículo 4.

⁹ La Superintendencia de Sociedades es una entidad estatal del orden administrativo, pero en virtud de lo establecido por el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, para los efectos del concurso se encuentra investida de precisos poderes judiciales.

La facultad de remover a los administradores y revisores fiscales cuando incumplan la ley, los estatutos o desobedezcan sus órdenes, y la designación de quienes deban reemplazarlos,¹⁸ es una norma que modifica el régimen de sociedades, pues no serán los órganos sociales quienes por estatutos están facultados para hacer tal designación, sino que será el mismo juez del concurso, quien a su leal y saber entender procederá a efectuar tales nombramientos. Una vez removido el administrador o revisor fiscal y designados quienes habrán de reemplazarlos, no podrán los órganos sociales, mientras esté vigente el proceso concursal,¹⁹ reemplazar a los designados por el juez, por cuanto ello conllevaría una desobediencia a las decisiones tomadas por éste por causa y con ocasión del proceso. Esta facultad se constituye en una verdadera intromisión del funcionario público en el manejo de la empresa privada, razón por la cual en el evento de que las personas designadas por el juez no sean las idóneas, podrían los asociados demandar al Estado por fallas en la prestación del servicio y exigir los perjuicios que llegaren a causarse por una errónea elección de los nuevos administradores societarios. En el caso de ejercer esta atribución, el juez deberá tener la certeza de que quien vaya a ser designado reúna los conocimientos, destrezas y aptitudes para desempeñar en forma profesional y adecuada el cargo asignado.

2.3 Supuestos de admisibilidad²⁰

Son dos los supuestos que el nuevo régimen establece para acceder al concurso, que ella misma denomina: 1) cesación de pagos, y 2) incapacidad de pago inminente.

Bajo el primer supuesto el legislador conserva el que determinó, en su momento, la ley 550 de 1999, con las siguientes modificaciones:

¹⁸ Artículo 5 número 9.

¹⁹ En nuestro sentir, esta facultad la tiene el juez del concurso sólo en el proceso de reorganización, pues en la liquidación judicial los órganos sociales y de fiscalización cesan en sus funciones por disposición del artículo 50 número 2.

²⁰ Artículo 9.

- El incumplimiento por más de 90 días debe ser de dos o más obligaciones, como allí se preveía, pero debe además existir pluralidad de acreedores (dos o más);
- El valor acumulado de las obligaciones en mora, en vez de representar al menos el 5% del pasivo corriente, debe ser representativo, mínimo por el 10% del pasivo total.

El segundo supuesto —*incapacidad de pago inminente*— es una norma nueva y en nuestro criterio necesaria, pues está en consonancia con el deber de diligencia que debe inspirar el comportamiento del empresario deudor como buen hombre de negocios. En efecto, bajo la vigencia de la ley 550 el empresario que de manera diligente advertía que tendría dificultades en el futuro inmediato para cumplir con sus obligaciones, no estaba facultado para acudir al concurso porque era absolutamente necesario que se encontrara en cesación de pagos por más de 90 días. La norma que se comenta le confiere a aquel el derecho de acudir al acuerdo de reorganización cuando por diferentes circunstancias, bien sea al interior de su propia organización, de su mercado o de la misma estructura de la empresa, "afecten o puedan afectar, eso sí en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones", siempre y cuando dichas obligaciones que se prevén van a ser incumplidas no tengan un vencimiento superior a un año.

Como la disposición contempla un carácter subjetivo, será el empresario —quien conoce su empresa, su mercado y su entorno— quien deberá evaluar la gravedad de la situación y las dificultades para la atención normal en el cumplimiento de sus obligaciones, y el juez del concurso deberá analizar dicha situación, siempre bajo la prueba que para este efecto presente el deudor.¹³

¹³ La Superintendencia de Sociedades, mediante la Circular externa 430-002 del 24 de julio de 2007, expresa sobre este aspecto lo siguiente: "Para acreditar el supuesto de incapacidad de pago inminente, se requiere que el deudor allegue dentro de la solicitud un escrito mediante el cual justifique clara y concretamente las circunstancias que vienen afectando a la empresa en los términos del

Ahora bien, como los acreedores no vinculados al deudor y a sus socios se encuentran también legitimados para solicitar la admisión al proceso de reorganización,¹⁴ debemos advertir que nos parece que para ellos se pueden presentar muchas dificultades para allegar la prueba exigida por la circular externa número 2 de la Superintendencia de Sociedades, pues este supuesto se refiere a situaciones de dificultades futuras conocidas por el deudor y que, aunque en un momento dado pueden ser presumidas por los acreedores, cuando se trate de probar dichas circunstancias, aquellos posiblemente estarán en imposibilidad de hacerlo.

2.4 Otros requisitos para acceder al concurso

Aunque el artículo 10 los denomina "otros presupuestos de admisión", se trata de unas condiciones o requisitos necesarios para poder acceder al proceso de reorganización. Ellos son:

1. *"No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar la causal de disolución, sin haber sido adoptadas las medidas tendientes a subsanarlas".*¹⁵

Esta norma recoge la doctrina que en los últimos tiempos la Superintendencia de Sociedades venía sosteniendo, tanto en

numeral 2 del artículo 9 de la ley 1116 de 2006, acompañado de los documentos, cifras y flujos de caja proyectados, con la periodicidad que estime necesarios para demostrar el supuesto, suscritos por el representante legal y el revisor fiscal o, a falta de este, por un contador público, cuando corresponda, en los cuales se aprecie que razonablemente las circunstancias expuestas pueden llegar a afectar en forma grave el cumplimiento normal de sus obligaciones con un vencimiento igual o inferior a un año".

¹⁴ Así lo dispone el artículo 11.

¹⁵ "Se demostrará con un escrito suscrito por el representante legal donde manifieste, bajo la gravedad del juramento, que no se encuentra vencido el término para enervar la causal de disolución en que se encuentre y con certificación del revisor fiscal o, a falta de este, por un contador público, acompañada de los documentos que acrediten la aseveración". (Ver circular externa número 2 de 2007, de la Superintendencia de Sociedades, punto 3.)

relación con los concordatos regulados por la ley 222 de 1995, como para los acuerdos de reestructuración de la ley 550 de 1999, fundamentada en que la finalidad del concurso recuperatorio es salvar la empresa, y si esta se encuentra afectada por alguna causal de disolución —saneable o no saneable—, prima la situación de liquidación.

Es preciso anotar entonces que quienes quieran acceder al proceso de reorganización deberán tener en cuenta que si la situación de crisis sitúa a la compañía en cualquiera de las causales de disolución reguladas por el Código de Comercio, habrá que proceder —cuando sea posible— a tomar las medidas para enervar dicha causal, en el término que para ello se establece, en las cuales podrá estar incluida la de tramitar la reorganización empresarial como un medio expedito para la recuperación de la empresa.

2. [...]

3. *"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"*.

La aprobación del cálculo actuarial encuentra su justificación para poder acceder al proceso de reorganización, en el solo hecho de la necesidad de estimar la contingencia que por este concepto deberá considerarse por los acreedores para los efectos de destinar la caja futura dirigida a atender esta obligación preferente. Es bueno resaltar que la norma no obliga a tener normalizado el pasivo pensional,¹⁶ sino a tener aprobado el cálculo actuarial y estar a paz y salvo en el pago de las mesadas. La ley protege la situación del crédito laboral, siguiendo los lineamientos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto.¹⁷

¹⁶ El pasivo pensional, según el artículo 34 de la ley, debe normalizarse y así deberá constar en el acuerdo de reorganización, so pena de ineficacia de este.

¹⁷ Entre otras, podemos citar la sentencia T-299 de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-503 de 2002, magistrado ponente Eduardo Montealegre L.

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

Con esta norma se corrigen las deficiencias legislativas que en esta materia tenían los estatutos concursales anteriores. Aunque ha sido una de las que mayores críticas ha soportado, debemos advertir que la hallamos en consonancia con los fines del concurso: protección a la empresa, al crédito y al trabajo.

Es preciso anotar que cuando la norma se refiere a retenciones de carácter obligatorio, se debe entender en cuanto a las de carácter fiscal, pues lo que el deudor ha retenido no le pertenece a él. Cuando se refiere a descuentos efectuados a los trabajadores, debe cobijar las de carácter obligatorio, así como las retenciones autorizadas voluntariamente, como es el caso en que un trabajador autoriza al patrón para que le retenga de su salario un porcentaje con destino al cumplimiento de una libranza.

Los antecedentes demuestran que en procesos concursales tanto recuperatorios como liquidatorios, a los trabajadores, no obstante tener la edad y el tiempo de cotización para acceder a la pensión por vejez, no les era posible acceder a ella, pues los patrones, después de haber efectuado las retenciones exigidas por la ley, no giraban los dineros a las Entidades de Seguridad Social, razón por la cual estas se encontraban obligadas a hacerse parte en el concurso, y los trabajadores asumían directamente el perjuicio al no poder acceder al pago de su pensión.

Esta norma tiene dos efectos importantes. El primero es que el trabajador no se afectará por el solo hecho de que su patrón ingrese a un proceso de reorganización o de liquidación judicial, pues, para ser aceptada la solicitud, debe estar a paz y salvo, y las que se generen con posterioridad a la admisión deben cancelarse como gasto de administración. El segundo es que las Entidades de Seguridad Social no serán parte en el concurso, pues no tendrán obligaciones para reclamar.¹⁸

¹⁸ Puede presentarse una situación en la cual el deudor haya celebrado un acuerdo previo de pago con la Entidad de Seguridad Social y con posterioridad sea

Una interpretación armónica de la norma nos obliga a expresar que, no obstante la mala redacción de esta, la intención del legislador es que el deudor que haya retenido dinero a los trabajadores por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, no solo tiene que cumplir previamente con la consignación de dichas retenciones, sino también con los aportes que a él le corresponden, pues la finalidad clarísima es la protección de los trabajadores.

En relación con las obligaciones de carácter fiscal, esta norma elimina la participación de la DIAN por concepto de toda clase de retenciones, con la advertencia de que deberá participar en el concurso cuando sea acreedora por otra clase de obligaciones diferente (renta —iva— timbre, etc.).

2.5 Calificación y graduación de créditos

Los procesos concursales —tanto recuperatorios como liquidatorios— tramitados bajo las normas anteriores, tuvieron como hecho común la demora del juez en expedir las providencias de calificación y graduación de créditos. Esto se debía al cuidado que debe tener el funcionario competente para reconocer el derecho del acreedor y asignarle el orden para el pago.¹⁹

Con la finalidad de hacer más ágil el concurso, el legislador del año 2006 dispone al respecto: 1) La obligación del deudor de presentar con la solicitud de admisión "un proyecto de calificación y graduación de acreencias [...] en los términos previstos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen...";²⁰ 2) La obligación del promotor para que, "con base en la información presentada por el deudor y demás documentos que aporten los

sometido al concurso. En este evento, los pagos pactados en la facilidad no se considerarán créditos sometidos a la reorganización, sino que tendrán la naturaleza de gastos de administración.

¹⁹ Calificar es reconocer la validez del crédito; graduar es fijarle el orden de prelación para el pago que establece el Código Civil en sus artículos 2491 y siguientes.

²⁰ Ver número 7 del artículo 13.

interesados, presente el proyecto de calificación y graduación de créditos [...], incluyendo aquellas acreencias causadas entre la fecha de corte presentada con la solicitud de admisión y la fecha de inicio del proceso", para lo cual el juez del concurso le fijará un plazo no menor de 20 días ni superior a 2 meses;²¹ 3) La obligación del juez de proferir providencia declarando "la calificación y graduación de créditos...".

Con referencia a la liquidación judicial, la ley 1116 de 2006, aunque no le impone al deudor que presente en la solicitud un proyecto de calificación y graduación de créditos, sí lo hace respecto al liquidador, quien con fundamento en los créditos presentados por los acreedores, dentro de un plazo que no será inferior a un mes ni superior a tres meses, después de vencido el término que tienen los acreedores para presentarse al concurso, remitirá al juez el "proyecto de graduación y calificación de créditos", con el fin de que este "emita auto que reconozca los mismos...".

Aunque por economía procesal y agilidad del trámite podría alabarse esta disposición del legislador, necesariamente hay que advertir que nos parece preocupante que, en la práctica, tanto el promotor, el liquidador en su caso, y el juez actúen de manera ligera, sin hacer el examen minucioso de los créditos tanto desde el punto de vista contable como jurídico. En últimas, es el juez del concurso quien tiene la responsabilidad de reconocer o desconocer la validez de los créditos y ordenar la forma como estos deben ser cancelados.

Ahora bien, como el sistema adoptado por la ley 1116 de 2006 sigue el que introdujo a nuestra legislación la ley 550 de 1999, en el sentido de que, aunque se trata de un verdadero proceso, los acreedores no tienen que hacerse parte presentando la prueba de la obligación —porque la que se considera para el reconocimiento de la acreencia es la registrada contablemente—, nos parece que para el juez le será de mayor dificultad proferir su providencia, pues no tendrá la apreciación directa de la prueba, por no tenerla físicamente incorporada al expediente.

Esta novedad que se comenta no le da mayor garantía a los acreedores de que la calificación y graduación de créditos sea mejor por haber

²¹ Ver número 3 del artículo 19.

sido contemplada por el deudor, por el promotor y por el juez. Hay varios interrogantes que nos surgen: ¿será que el deudor se encuentra debidamente capacitado para presentar un adecuado proyecto con tal fin?; en un proceso de reorganización voluminoso en acreencias, ¿será suficiente tiempo dos meses para que el promotor evalúe, conceptúe y posiblemente valide el proyecto que presentó el deudor?; ¿será que el juez del concurso, sin conocer los títulos que contienen las obligaciones materia de reconocimiento, puede hacer un trabajo estudioso y a fondo que les dé garantías suficientes a los acreedores?

2.6 Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización, con respecto al deudor²²

Se trata de una disposición que aparece por primera vez en un estatuto concursal en Colombia, pues le concede efectos, respecto del deudor, a partir de la fecha de la presentación de la solicitud, y no como tradicionalmente sucedía, que los efectos se presentaban exclusivamente a partir de la fecha en que quedaba ejecutoriada la providencia del juez que admitía el concurso. Es necesario precisar que la ley 1116 de 2006 trae efectos no solo desde la presentación, sino también desde la admisión.

La norma a que se hace alusión pretende darles la seguridad a los acreedores e interesados, de que la actuación del deudor, a partir de que este presenta la solicitud para ser admitido al proceso de reorganización, será transparente. En este sentido, la norma establece censura a la adopción de reformas estatutarias, constitución y ejecución de toda clase de garantías que recaigan sobre los bienes propios del deudor; los arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos que estén en curso; las conciliaciones o transacciones sobre obligaciones a cargo del deudor, la enajenación de bienes o la celebración de operaciones que no correspondan al giro normal del negocio.

De llegarse a celebrar cualquier acto sujeto a la censura, sin la respectiva y previa autorización del juez del concurso, adolecerá de ineficacia,

²² Ver artículos 17 y 73.

y los administradores podrán ser removidos de sus cargos, sancionados solidariamente por los daños y perjuicios que por tales actos ocasionen a la sociedad, a los socios y a los acreedores.

Nos queda la duda de si los efectos de la presentación también se dan cuando la solicitud es presentada por los acreedores, pues el deudor sólo se entera cuando es requerido por el juez para que en un término de 30 días acompañe los documentos que exige la ley.

Es preocupante la prohibición de pagar obligaciones, pues podría llegar a paralizarse la empresa si el juez se demora más de los tres días que le concede la ley para admitir la solicitud.

Como los efectos de la censura son solo para la realización de actos por parte del deudor, hay que advertir que al no cobijar la norma a los acreedores, estos sí pueden ejecutar el cumplimiento de la obligación, sin que le sea permitido al deudor llegar al pago de esta, so pena de ineficacia. Por eso, la norma, aunque bien intencionada, merece dichos reparos.

2.7 Renegociación de los contratos de tracto sucesivo²³

Uno de los primeros efectos que se presenta con la admisión de la solicitud del proceso de reorganización es la protección de los activos del deudor, ya que estos no pueden ser perseguidos por los acreedores, e igualmente la prohibición para decretarse en forma unilateral la terminación de los contratos de tracto sucesivo. Estos solo podrán demandarse cuando se incumplan obligaciones con posterioridad al inicio del proceso, esto es, cuando no se atienden oportunamente los gastos de administración relacionados con dichos contratos.

La ley 1116 de 2006, con el fin de darle mayor protección al deudor, introdujo una nueva norma que le permite a este la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo en que fuere parte (arrendamiento, suministro, *leasing*, entre otros).

Pero si la renegociación de los términos económicos del contrato no fuere posible de mutuo acuerdo, el deudor tiene la opción de solicitarle

²³ Ver artículo 21.

al juez del concurso que autorice la terminación del contrato, lo cual solo lo podrá hacer cuando se encuentren acreditadas las siguientes circunstancias:

1. Que no exista proceso de ejecución para hacer valer las obligaciones derivadas del contrato;
2. Que las obligaciones emanadas del contrato a cargo del deudor en concurso sean excesivas, considerándose para ello el valor del precio de operaciones equivalentes o de reemplazo que el mismo deudor pudiera obtener en el mercado si se decretare la terminación del contrato.

Si el deudor está interesado en que se decrete por el juez la terminación del contrato de tracto sucesivo, deberá presentar un incidente de los que regula la ley en su artículo 8, para lo cual tendrá que acompañar un análisis de la relación costo-beneficio que demuestre la bondad de dar por terminado el contrato, en donde se debe considerar el valor de la indemnización a cuyo pago debería verse sujeto el deudor como consecuencia de la terminación decretada judicialmente. Esto significa que, de llegarse a dar por terminado el contrato, de todos modos el deudor está obligado al pago de la indemnización, pues no se trata de una terminación que exonere el pago de dicha obligación.

Si el juez del concurso estima benéfica para el deudor la terminación del contrato, por considerar que las prestaciones resultan excesivas en comparación con otras operaciones equivalentes o de reemplazo, procederá a ello, pero la indemnización respectiva se tramitará a través de un procedimiento abreviado, quedando obligado el deudor a pagar el monto que fije la condena en los términos del acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda.

Esta norma establece una excepción, pues, aunque el valor de la indemnización es una obligación que surge con posterioridad a la admisión del proceso de reorganización, se debería pagar como gasto de administración, pero el legislador consideró que el pago de dicha indemnización debe ser parte de las obligaciones que se tienen que reestructurar, posiblemente previendo que con ello se protege la caja del deudor. Pero si la norma se analiza desde el punto de vista del acreedor, la disposición no parece justa.

En nuestro sentir, la norma que comentamos, sobre todo tratándose de contratos de *leasing*, va a traer como consecuencia que se incluyan

cláusulas penales mucho más exigentes y de mayores valores por la terminación del contrato, pues seguramente esta es la forma de proteger los derechos del acreedor.

Cabe advertir que la norma no señala si el juez del concurso es el competente para conocer de este proceso abreviado. Ante tal silencio, estimamos que no y, por lo tanto, se aplicarían las normas regulares de competencia que al respecto establece el Código de Procedimiento Civil.

2.8 Acuerdo de reorganización²⁴

El término para celebrarlo es de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que queda en firme el reconocimiento de los créditos. Le corresponde al juez fijar dicho término, con el fin de que el promotor, en su condición de mediador informado, proceda a interactuar con los acreedores para que estos logren el acuerdo. Este término puede ser prorrogado por una sola vez, por el juez, siempre y cuando:

1. Sea pedida su prórroga por el deudor y la mayoría de los acreedores para celebrar el acuerdo, lo que significa que al guardar silencio la ley sobre la mayoría de clases, basta que la solicitud la presenten acreedores que representen la mayoría simple, eso sí, en forma conjunta con el deudor. Esta norma constituye una excepción al régimen de votación, pues la regla general no contempla el voto del deudor, sino el de acreedores internos y externos.
2. La solicitud contenga en forma expresa y clara el motivo razonado por el cual se justifica prorrogar el término.
3. Sea presentada antes de que expiren los cuatro (4) meses iniciales.
4. La solicitud esté acompañada de la información del promotor sobre la situación de la empresa, a la que se adjuntará un certificado suscrito por el representante legal, el revisor fiscal (si lo hubiere) o, en su defecto, un contador público, donde se acredite que la sociedad se encuentra a paz y salvo en el pago oportuno de las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización. Esta norma protege a los llamados acreedores, quienes, en nuestro con-

²⁴ Ver artículo 31.

cepto, se podrían oponer a la prórroga si alguna de las obligaciones adquiridas a su favor en este periodo se encontraren vencidas.

Si se cumplen estos requisitos el juez deberá conceder la prórroga, pues es imperativo para el funcionario actuar de dicha manera, con la advertencia de que el plazo de la extensión puede ser inferior a los dos (2) meses, a criterio del mismo juez del concurso.

2.9 Votación del acuerdo

En lo que se refiere a los votos de los acreedores para la aprobación del acuerdo, la ley que se comenta guarda, en general, los mismos lineamientos establecidos por la ley 550 de 1999, con la modificación de haber incluido, respecto al voto de los acreedores financieros, el de las instituciones nacionales y demás entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, de carácter privado, mixto o público, y a las instituciones financieras extranjeras.

Se conserva la mayoría simple —mitad más uno de los votos—, adoptada por un número plural de acreedores y mayoría de clases. Sin embargo, como excepción y novedad, la ley dispone que cuando el acuerdo sea votado favorablemente por un número plural de acreedores que represente al menos el setenta y cinco por ciento (75%) de los votos, no se requiere computar las clases de acreedores votantes.

En el caso del acuerdo de reorganización que se vote por acreedores internos o externos, para estos últimos, pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial, siempre y cuando emitan el voto en el mismo sentido, se requerirá que el veinticinco por ciento (25%) de los votos restantes voten en el mismo sentido. De esta manera se subsana el vacío que existía en la ley 550 de 1999, que solo limitaba el voto de los acreedores externos y no de los que tienen el carácter de acreedores internos.

Otra novedad, en relación con este aspecto, consiste en que si los acreedores externos que pertenecen a una misma organización o grupo empresarial no hacen conocer dicha situación del promotor antes de que se celebre la audiencia para decidir sobre las objeciones o, cuando estas no se han interpuesto, antes de que el juez profiera la providencia donde fija el plazo para la celebración del acuerdo, los derechos de voto de dichos acreedores quedarán reducidos a la mitad. Consideramos,

aunque la ley no lo expresa, que en este caso el promotor deberá recalcular los votos e informarlo así a los demás acreedores.

2.10 Contenido del acuerdo

La ley 1116 de 2006 no contiene normas especiales sobre el contenido del acuerdo, como sí sucedía con la ley 550 de 1999, en su artículo 33. Al respecto, dispone que el acuerdo de reorganización deberá tener carácter general, es decir, no quedará excluido ningún acreedor que haya sido reconocido en el auto de calificación y graduación de créditos, o admitido por los acreedores mediante el mismo acuerdo, que deberá respetar para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias que establece la ley. Sobre este último particular, hay que agregar que la misma ley dispone más adelante, en su artículo 41, la posibilidad de que los acreedores dispongan, mediante el mismo acuerdo, una modificación a la prelación de créditos, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. La votación sea por el sesenta por ciento (60%) de los votos admisibles.
2. Tenga como propósito facilitar la recuperación de la empresa.
3. No se degrade a ningún acreedor. La intención del legislador es premiar —anticipándole el pago de su acreencia— a quien haga el esfuerzo de entregar nuevos recursos frescos o, en general, adopte conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor.
4. En todo caso, no se podrá afectar la prelación de los créditos pensionales, laborales en general, de la seguridad social, de adquirientes de vivienda, quienes se encuentran protegidos de manera expresa por la ley.

Se advierte que el crédito de la DIAN y de los demás acreedores fiscales por virtud de la ley, tiene un nuevo tratamiento que lo diferencia de la norma derogada —ley 550 de 1999—. En efecto, el pago de estos créditos no se sujetará a lo que establece el estatuto tributario y demás disposiciones especiales, pues ellos quedarán sujetos a las condiciones sobre tasas y formas de pago que dispongan los acreedores en el acuerdo de reorganización.

Asimismo, hay que agregar que al no salvaguardar la ley esta clase de acreedores, como lo hizo con los laborales, la seguridad social y los adquirentes de vivienda, el pago de los fiscales podrá ser objeto de modificación, claro está, si se cumplen los requisitos ya señalados. Por esta razón se expresa que la ley 1116 de 2006 igualó el tratamiento de los acreedores estatales y los acreedores privados.

Por mandato del artículo 34, el acuerdo debe incluir cláusulas que regulen la conformación y funcionamiento de un comité de acreedores, que deberá conformarse por acreedores internos y externos, con la advertencia expresa de que quienes lo conformen no tendrán la condición de administradores de la empresa. Queda así resuelta la controversia sobre la responsabilidad de las personas que conforman el comité, con la aclaración de que aunque la norma dispone que sus integrantes no tienen la condición de administradores ni coadministradores, ello depende exclusivamente de las funciones que en el acuerdo se le asignen al comité.

Otro aspecto digno de comentar es el que se refiere a que en el acuerdo de reorganización es obligatorio establecer la celebración de una reunión de acreedores, por lo menos anualmente, con la finalidad de hacer seguimiento a su cumplimiento, para lo cual se deberá dar aviso oportuno de la convocatoria al juez del concurso. Debe advertirse que no se trata propiamente de una audiencia, sino de una reunión formal.

Aunque la norma no lo expresa, consideramos que debe estar presidida por los miembros del comité de acreedores, quienes son los llamados a rendir un informe sobre la forma como se comporta la empresa y se desarrolla el acuerdo, y que la participación del juez no es obligatoria o necesaria. Igualmente, debería asistir el representante legal del deudor, pues al fin y al cabo es el más interesado en que los acreedores se enteren del funcionamiento de la empresa y del cumplimiento del plan de reorganización y pagos de las acreencias.

Cuando existan pasivos pensionales a cargo del deudor, el acuerdo deberá contemplar de manera obligatoria, so pena de ineficacia del mismo, cláusulas que incluyan un mecanismo para normalizar el pago de dichos pasivos. El mecanismo debe ser acordado por los acreedores y cumplido por el deudor y estará condicionado a la autorización que le confiera la Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control del empleador, quien en todo caso deberá contar con el previo concepto favorable del Ministerio de Protección Social.

2.11 Confirmación del acuerdo

El acuerdo debe ser confirmado por el juez del concurso, quien para este efecto deberá convocar a una audiencia con tal fin, la cual se deberá realizar dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el promotor radique el escrito informándole sobre la celebración del acuerdo.

Esta norma constituye un verdadero avance, ya que su propósito es ponerle fin a la celebración de acuerdos violatorios de los derechos de los acreedores, pues es la oportunidad para que las partes manifiesten su inconformidad en relación con el contenido y la forma como se gestó el acuerdo. Al respecto, es necesario aclarar: 1) consideramos que quienes suscribieron favorablemente el acuerdo no deberían pronunciarse, a menos que por alguna circunstancia se les haya violado el debido proceso; 2) son los ausentes o disidentes los llamados a presentar sus argumentos, para que el juez pueda actuar como garante de los derechos de todos los acreedores; 3) si no hay reparos y el juez no advierte vicio que afecte la conformación del acuerdo o en el fondo del mismo, deberá proceder a otorgarle su confirmación; 4) si el acuerdo viola derechos tales como no respetar la generalidad, la igualdad, la prelación de créditos, o viola normas imperativas, el juez debe negar la confirmación, para lo cual expresará detalladamente la razones que le asisten para no confirmar el acuerdo, con el fin de que los acreedores procedan a reformarlo. Para ello suspenderá la audiencia por un término máximo de ocho (8) días. Si se corrige, procederá a confirmarlo; en caso contrario, negará la confirmación y le solicitará al promotor que inicie las gestiones con los acreedores para la celebración de un acuerdo de adjudicación, al cual nos referiremos mas adelante.

2.12 Acta y registro

De la audiencia celebrada se extenderá un acta que, ante el silencio de la ley, suponemos deben firmar únicamente el juez y el secretario, y se procederá a su inscripción, junto con el acuerdo mismo, ante las autoridades pertinentes —entiéndase, cámaras de comercio, oficinas de registro de instrumentos públicos, etc.

2.13 Acuerdo de adjudicación

La ley no define lo que constituye este acuerdo, pero dadas las circunstancias en que se presenta y su finalidad, podría decirse que es el

convenio celebrado por los acreedores internos y externos, mediante el cual disponen la forma como se reciben los activos del deudor para satisfacer las acreencias no canceladas, lo que es consecuencia del fracaso del proceso de reorganización o de la no confirmación de este por el juez.

Constituye una forma de terminación del proceso de reorganización y de la liquidación judicial.

Tratándose del proceso de reorganización, hay lugar a celebrar un acuerdo de adjudicación cuando se dan las siguientes circunstancias:

1. No se presenta el acuerdo de reorganización dentro del término fijado por el juez para su celebración.
2. Celebrado el acuerdo de reorganización, este no es confirmado por el juez en la audiencia prevista para ello, y no se presenta en el término previsto en la ley un nuevo acuerdo que corrige las irregularidades u objeciones advertidas por el juez.

Cuando se trata de la liquidación judicial, el acuerdo de adjudicación tiene aplicación después de transcurridos dos (2) meses que se le conceden al liquidador para enajenar directamente los bienes y sobre los activos no realizados.

2.14 Procedimiento aplicable

Cuando hay lugar a su aplicación, el juez concederá un plazo máximo de treinta (30) días para que el promotor gestione ante los acreedores y presente al juez el acuerdo de adjudicación celebrado por estos, con las mayorías que se establecen para los acuerdos de reorganización.

En el evento de que los acreedores no lleguen a celebrar este acuerdo, le corresponderá al juez la adjudicación de los activos a los acreedores. Esto significa que fracasó el proceso de reorganización, no queda otra vía distinta al acuerdo de adjudicación para solucionar las obligaciones y, si los acreedores no lo hacen directamente, lo hará el juez por la potestad que le confiere la ley.

Si el acreedor no está de acuerdo con lo adjudicado por el juez y opta por no aceptar los activos, lo deberá manifestar al promotor dentro de los cinco (5) días siguientes a la providencia de adjudicación, evento en el cual se considera que éste renuncia al pago de su acree-

cia²⁵ y, por lo tanto, el juez deberá proceder a adjudicar los bienes rechazados a los acreedores restantes, respetando en todo caso el orden de prelación.

Para estos efectos, el juez deberá proferir un auto mediante el cual deberá ordenar:²⁶

1. El inicio del trámite para la adjudicación de los activos.
2. La disolución de la persona jurídica. Esto significa que el juez es quien fija en qué fecha comienza el fin de la sociedad, razón por la cual deberá inscribirse esta providencia en el registro mercantil, para efectos de publicidad.
3. A partir de la fecha de expedición del auto, la separación de los administradores, quienes deberán entregar al promotor los libros de contabilidad y los activos sociales. Aunque la ley no lo dice en forma expresa, entendemos que la manera de proceder es mediante la elaboración de un inventario detallado de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad.
4. La inscripción del promotor como representante legal transitorio de la sociedad. Llama la atención que la ley no se refiere a que el promotor hará las veces de liquidador para estos efectos, sino que expresa que actuará como representante legal. En todo caso, como la sociedad, a partir de que se profiera la providencia de adjudicación, tiene restringida su capacidad para continuar ejerciendo el objeto social, el promotor deberá actuar en ejercicio de la representación legal únicamente para gestionar con los acreedores la celebración del acuerdo de adjudicación.
5. La culminación de todos los contratos. Si el efecto del acuerdo de adjudicación es poner fin a la personería jurídica de la sociedad y el promotor no puede ejercer la actividad empresarial, debemos supo-

²⁵ Esto se debe aplicar por analogía con lo dispuesto en el artículo 59 de la ley, pues las normas de la liquidación judicial respecto al acuerdo de adjudicación tienen plena vigencia.

²⁶ Ver artículo 38.

ner que aquí también aplica la norma de la liquidación judicial que dispone la terminación de los contratos de trabajo.²⁷

6. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y fiducias mercantiles.

2.15 Contenido del acuerdo

La ley no dispone lo que debe contener esta clase de acuerdos. Pero, por su naturaleza, es fácil concluir que deben regular la forma como serán distribuidos los activos del deudor entre los acreedores, con sometimiento estricto a los principios de generalidad e igualdad y cumplimiento al orden de prelación y preferencias.

Respecto a las preferencias, habrá que establecer que se pagan primero los gastos de administración, luego las obligaciones objeto del acuerdo de reorganización, pero siempre sujetas al orden de prelación legal.

2.16 Intervención del juez y confirmación del acuerdo

El juez, como supremo órgano del concurso, tiene a su cargo el examen del acuerdo, con el fin de analizar si se respeta la prelación y privilegios, si se da un trato igualitario a los acreedores que se encuentran en un mismo orden y si se cumplen las reglas que la ley establece para la adjudicación de los activos. Del cumplimiento de ello depende que el juez confirme o niegue el acuerdo.

Ahora bien, el juez procederá a efectuar la adjudicación de los bienes en los siguientes eventos:

1. Cuando los acreedores no celebren el acuerdo de adjudicación en el plazo concedido.
2. Cuando dicho acuerdo no sea confirmado por el juez y no se adoptan por los acreedores las modificaciones ordenadas con el propósito de su confirmación.

²⁷ La norma mencionada es el artículo 50 número 5.

Asimismo, el juez, además de adjudicar los bienes, deberá proceder a cancelar los gravámenes que afectan los activos del deudor, levantar las medidas cautelares y ordenar la entrega de los bienes a los acreedores.

2.17 Reglas para la adjudicación²⁸

Estas reglas se establecen para la adjudicación de los bienes no enajenados por el liquidador. Por analogía, deberá entenderse que también se aplican en los acuerdos de adjudicación en los procesos de reorganización.

1. Todos los bienes, incluido el dinero existente, serán repartidos con estricto cumplimiento del orden de prelación legal de créditos.
2. Se debe respetar el principio de la igualdad de los acreedores, para lo cual se deberá adjudicar —en lo posible— a todos y cada uno de la misma clase, en proporción a sus créditos, cosas de la misma naturaleza y calidad.
3. Se preferirá la adjudicación en bloque, o sea, en estado de unidad productiva. Si no es posible, se procederá a la adjudicación de los bienes en forma separada.
4. En primer lugar se reparte el dinero, luego los inmuebles, posteriormente los muebles corporales y por último las cosas incorporales.
5. La adjudicación de bienes a varios acreedores será realizada en común y proindiviso, en la proporción que le corresponda a cada uno.
6. La adjudicación se hará aplicando criterios de semejanza, igualdad y equivalencia entre los bienes, con el propósito de guardar la equidad.

En relación con la regla de la adjudicación en bloque, hay que advertir que, aunque la ley no lo contemple, por razones obvias el juez debe-

²⁸ Ver artículo 58.

rá decretar el avalúo de la empresa como unidad productiva, razón por la cual parece ser que deben existir dos clases de avalúos: el de los activos individualmente considerados y el de la empresa en marcha.

Cuando la adjudicación se haga a favor de varios acreedores, se deberá hacer en comunidad y proindiviso, y entonces lo recomendado es que en el mismo acuerdo se regule todo lo concerniente al manejo y administración del bien común, conforme a lo dispuesto por los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890.

2.18 Validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización²⁹

Ha sido usual en Colombia que empresarios que afrontan situaciones de crisis pretendan celebrar con sus acreedores —especialmente, con los del sector financiero— acuerdos privados que les permitan renegociar las deudas y recuperar la empresa.

Un antecedente inmediato de esta clase de acuerdos fueron los reglamentados por la Superintendencia Bancaria de la época, mediante la circular número 39 del 25 de junio de 1999, la que tuvo una vigencia muy efímera, pues su duración expiró el 31 de diciembre del mismo año.

Esta norma, que pretendió aliviar la situación del sector financiero, afectada por el deterioro de su cartera y el aumento de las provisiones y de los bienes recibidos en pago —lo que afectaba el acceso al crédito por parte de las empresas del sector real—, fue un instrumento de mucha utilidad, e indudablemente hay que considerarla como el antecedente más importante en Colombia de lo útiles que han sido los acuerdos privados de reestructuración.

En el ámbito latinoamericano deben mencionarse experiencias de otros países, como Argentina, que al adoptar el acuerdo preventivo extrajudicial —más conocido como APE— les otorgó efectos jurídicos propios del concurso a los convenios hechos por los acreedores por fuera del proceso concursal.

²⁹ Consultar artículo 84.

La norma que comentamos, que fue incluida por el legislador a última hora, se constituye en un verdadero avance en la materia, pues el acuerdo, sin tener que someterse al trámite judicial, goza de los efectos del concurso en virtud de la validación que le confiere el juez. Consideramos que esta clase de convenios se constituyen en un medio idóneo para obtener los fines de la reorganización, con el mínimo de costos y una mayor agilidad.

Se trata, entonces, de un mecanismo recuperatorio, de naturaleza contractual, de carácter extrajudicial, que celebran el deudor y sus acreedores por fuera del proceso, pero que para que produzca los efectos que la ley les asigna a los acuerdos celebrados bajo el proceso de reorganización requiere la validación del juez. Además, es solemne porque se requiere que conste por escrito.³⁰

Las funciones del juez respecto a la validación del acuerdo son, ante todo, de control de legalidad, ya que está obligado a verificar los siguientes aspectos:

1. Que el acuerdo haya sido aprobado por acreedores titulares de la mayoría absoluta de votos e igualmente haya contado con el voto expreso del deudor. Se constituye esta votación en otra excepción al régimen concursal, pues aquí no existe el voto de los acreedores internos.
2. Que exista la constancia de que las negociaciones que concluyeron con la firma del acuerdo tuvieron la suficiente publicidad frente a los acreedores. Es decir, que su firma no fue clandestina.
3. Que el acuerdo respeta la ley y la igualdad de los acreedores.

La Circular externa número 2 del 24 de julio de 2007, emanada de la Superintendencia de Sociedades, dispone que esta, como juez del concurso, le dará trámite a una solicitud de validación judicial de un acuerdo de reorganización extrajudicial si se dan los siguientes requisitos:

³⁰ Es preciso resaltar que la ley no exige que el documento se autentique ante notario público, pero si los contratantes lo desean lo podrían hacer.

1. Que se den los supuestos de la concursabilidad, esto es, o bien cesación de pagos o bien incapacidad de pago inminente, según lo dispone el artículo 9 de la ley 1116 de 2006.
2. Que no se haya vencido el plazo que establece la ley para enervar las causales de disolución sin haberse adoptado las medidas para subsanarlas. Este requisito se debe demostrar con certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal; a falta de este, por contador público.
3. Estar cumpliendo, la empresa, con sus obligaciones de comerciante. Básicamente, se trata de las obligaciones relacionadas con tener actualizado su registro mercantil y llevar la contabilidad conforme a la ley. Lo primero se prueba con tres certificados expedidos por la cámara de comercio de su domicilio y de sus sucursales, con antigüedad no mayor de un (1) mes contado desde la fecha de presentación de la solicitud, los cuales son: a) certificado de existencia y representación legal; b) certificado de renovación de la matrícula mercantil; y c) certificado de inscripción de libros. En lo relacionado con la contabilidad, se debe presentar, con la solicitud, la constancia suscrita por el representante legal y el revisor fiscal o, a falta de este, por un contador público, en la que conste que la empresa lleva contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales y conserva, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios y actividades. Las personas jurídicas no comerciantes deberán estar registradas frente a la autoridad competente.

Igualmente, se deberá acompañar una fotocopia legible y autenticada de las hojas del libro Mayor y Balances, en donde aparezca el último balance registrado.

4. En relación con el cumplimiento de la obligación de no ejecutar actos de competencia desleal, la prueba admisible radica en un certificado expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, en donde conste que el deudor no está siendo investigado por la ejecución de actos de competencia desleal o, si hubiere sido sancionado, allegará el paz y salvo respectivo.
5. Que se haya efectuado la publicidad suficiente para dar a conocer, a todos los acreedores, la realización de las reuniones para la celebración del acuerdo privado, en sustento de lo cual deberán adjuntarse los documentos que den prueba de ello, como correspondencia, correos electrónicos, etc.

6. Que se haya efectuado la determinación de derechos de voto y calificación y graduación de créditos, para lo cual se le adjuntarán los documentos que así lo demuestren, en los formatos y bajo las exigencias de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de insolvencia.
7. Constancia en los documentos precedentes, por parte de los acreedores, de la no existencia de objeciones, o certificación del representante legal y el revisor fiscal o, a falta de este, de contador público, en el mismo sentido.
8. Manifestación expresa, por parte del representante legal y del revisor fiscal o, a falta de este, por contador público, de que se ha cumplido con los efectos que se generan en el artículo 17 y el capítulo IV de la ley 1116 de 2006, en especial las obligaciones, deberes y prohibiciones que recaen sobre la empresa.
9. Como el trámite es inminentemente privado, se requiere que se alleguen todos los documentos que fueron necesarios para garantizar la transparencia y apertura del trámite a los acreedores en el proceso de consecución del acuerdo de reorganización.

2.19 Persona natural no comerciante²⁵

Inexplicablemente, el legislador deja sin concurso al deudor persona natural no comerciante.²⁶ Esto significa que al desaparecer para éste el concurso recuperatorio y liquidatorio, se tendrá que enfrentar a muchas dificultades para proteger su patrimonio y responder a sus acreedores.

²⁵ Ver artículo 3 número 8 ley 1116 de 2006.

²⁶ Esta norma, que excluyó del concurso a las personas naturales que no tienen el carácter de comerciante o que no son propietarias de una empresa, fue demandada por inexecutable ante la Corte Constitucional, para lo cual se esgrimieron, entre otros, los siguientes argumentos: 1) resulta contraria al preámbulo de la Constitución, por cuanto con su expedición se deja a esta clase de colombianos sin un proceso concursal al cual puedan acudir, ya que los excluye de la posibilidad de acogerse a un régimen de insolvencia para pagar ordenadamente sus obligaciones; 2) viola el principio de solidaridad contenido en el artículo 1 de la Constitución, ya que la ley impugnada solo crea un marco jurídico para las gran-

Si bien, en el pasado, algunas personas naturales que no ejercían actividades empresariales abusaron del proceso concordatario, la solución adecuada no era suprimir el concurso para este tipo de deudores.

Una mirada objetiva a las situaciones jurídicas que en el pasado dieron lugar al concordato de persona natural en Colombia, nos permite llegar a unas reflexiones sobre lo que, a nuestro juicio, debe constituir la orientación general de una reforma del sistema. Para ello conviene analizar, en primer término, aspectos relativos al deudor, los inconvenientes del concordato como proceso y, finalmente, la problemática del crédito y el concurso.

Por un lado, la experiencia se ha encargado de reevaluar la conveniencia de la unificación de los regímenes del concurso del deudor comerciante y del deudor civil, porque si bien en su momento se pensó que a través de ella se corregían diferencias injustificadas en el manejo del trámite concursal, el legislador pasó por alto que el bien jurídico que se tiene que salvaguardar en cada caso es diverso y, en consecuencia, es distinta la finalidad de uno y otro concurso. De manera que la igualdad entonces perseguida es meramente formal e inconveniente.

En efecto, en el caso del deudor civil se persigue la salvaguarda y la recuperación de su patrimonio, que es la prenda general de sus acreedores; en cambio, en el caso del deudor comerciante se persigue, ante todo, la recuperación de la empresa, entendida como unidad de explotación económica organizada; y si bien a ultranza existe unidad de pro-

des empresas; 3) es contraria al principio de igualdad amparado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, por cuanto excluye a todas las personas naturales —no comerciantes— del concurso mercantil; 4) deja a tales personas sin un debido proceso para el trámite de sus obligaciones y desconoce su derecho de acceso a la administración de justicia, lo que traería como consecuencia dejar "a los comerciantes informales, a la famiempresa y a los microempresarios en un limbo procedimental y condenados al embargo y remate de sus bienes por cuenta de acreedores intransigentes". Mediante sentencia C-699 del 6 de septiembre de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible la norma atacada.

pósito, en el sentido de que en todo caso se propende por la protección del crédito, la experiencia hace aconsejable reevaluar la de aplicación del trámite concursal como se concibió en la ley 222 para el caso de la persona natural no comerciante, pues no satisfizo ninguno de los dos fines propuestos.

La enseñanza que nos dejó dicha ley nos muestra que mediante el concurso de la persona natural no comerciante se llegó, en innumerables ocasiones, a entronizar el abuso del derecho a litigar, pues se encontró en el concurso una forma de burlar a los acreedores, como quiera que una buena parte de los concursos que se tramitan en los despachos judiciales del país están siendo rituados, no para pagar organizadamente a los acreedores ni para lograr una recomposición patrimonial del deudor, sino como una mera herramienta de extensión, en el tiempo, de los beneficios que la institución ofrece.

Bajo tal perspectiva, el trámite del concordato puede ser de recibo para la persona natural que ejerza actividades empresariales, pues, en todo caso, con él se persigue, como ya se anotó, un propósito diverso, y si de recuperar la empresa se trata, es razonable que se conserven los términos y prerrogativas procesales para su titular.

Pero porque algunos hayan abusado del proceso concursal no se justifica su eliminación para quien no tenga la condición de empresario. Este es el error en que incurrió el legislador del año 2006.

En este orden de ideas, sería recomendable escindir el procedimiento concursal para el deudor no comerciante y para quien sí tiene dicha calidad, lo cual no adolecería de vicio constitucional alguno si partimos del principio rector de la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), el cual nos indica que la aplicación simétrica de la normatividad es para quienes estén en condición de "pares", mas no para aquellos que están en una situación diferente, tal cual pasa con el deudor comerciante y el deudor que no tiene dicha calidad.

Por encima del criticable ánimo defraudador de deudores inescrupulosos, hay que entender el concurso como el medio legal establecido para superar efectos coyunturales y ciclos recesivos de la economía con impacto social, de manera que debe romperse con la idea de que el concordato tiene su fuente en el dolo del deudor y bajo tal óptica debe regularse.

2.20 Insolvencia transfronteriza³³

La ley 1116 de 2006 incorporó a nuestro derecho interno el texto de la ley modelo de la Cnudmi³⁴ sobre insolvencia transfronteriza, como un instrumento eficaz destinado a resolver los casos en que el deudor tiene bienes o negocios en más de un Estado, o cuando existen acreedores del deudor que no se encuentra domiciliados o radicados en Colombia, en el evento de que se decreta la apertura de un proceso concursal, bien sea en nuestro país o en alguno otro donde tenga establecimientos abiertos para el ejercicio de su actividad empresarial o tenga el centro principal de sus intereses.

Con dicha inclusión a nuestra legislación concursal se introducen reglas que permiten la *cooperación* internacional, el *reconocimiento* de los procesos concursales, y el *acceso* de los funcionarios y de los acreedores foráneos a estos últimos, así como el de los promotores, liquidadores y acreedores domésticos a los procesos que se tramitan en el exterior.

Esperamos que, en el futuro, este sea un eficiente instrumento que garantice la recuperación del crédito y el resurgimiento de las empresas.

3. Conclusiones

Las anteriores son algunas de las muchas novedades que el nuevo estatuto concursal incorpora a nuestra legislación.

Se retorna al sistema judicial procesal con un juez investido de amplios poderes para dirigir el concurso y sancionar a los administradores, revisores fiscales, contadores y asociados cuando han vulnerado la ley o han desconocido sus órdenes.

Es plausible la regulación de unos supuestos más amplios y acordes con la realidad para acceder al proceso. Nos referimos a la llamada incapacidad de pago inminente, que viene a llenar un vacío cuando se trata

³³ Las normas sobre este tema están contenidas en los artículos 85 al 116.

³⁴ La sigla Cnudmi corresponde a la denominación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también conocida en su sigla en inglés como Uncitral.

de actuar diligentemente por el administrador de la empresa en crisis, quien como conocedor de su empresa, su mercado y su entorno puede evaluar la gravedad de una situación que afecte o pueda afectar, en el corto plazo, el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

La severidad en los requisitos exigidos para acceder al proceso — como el encontrarse cumpliendo con el pago de las mesadas pensionales y tener aprobado el cálculo actuarial—, denota en el legislador el interés de proteger al crédito laboral, pero dificulta el ingreso del empresario en crisis al concurso. De igual manera puede decirse de la norma que obliga a los deudores que tienen obligaciones pensionales a su cargo, de incluir en el acuerdo de reorganización los mecanismos idóneos para normalizar su pago, bajo la sanción ejemplar de la ineficacia del acuerdo.

Observamos con gran esperanza las posibilidades que tienen nuestros empresarios en crisis para celebrar acuerdos privados que puedan ser validados por el juez. Estamos seguros de que este es un instrumento ágil que minimizará costos y, por sus beneficios, será utilizado frecuentemente.

Pero así como vemos plausibles los puntos anteriores, debemos mencionar que nos despierta gran preocupación que el legislador, con el fin de buscar la celeridad del proceso, haya institucionalizado el acuerdo de adjudicación como una manera de terminar el concurso. Estaremos pendientes del desarrollo que sobre este aspecto le conceda la doctrina y la jurisprudencia, pero no nos hacemos ilusiones de que ello constituya un avance. Por el contrario, nuestro pesimismo al respecto nos hace pensar que el fin propuesto por la ley, de proteger el crédito, no se logrará cuando se trate de acuerdos de reorganización fracasados o de liquidaciones judiciales con dificultades para realizar los activos. Mucho tememos que los grandes perjudicados en la adjudicación de los bienes serán los acreedores.

Por último, criticamos el yerro del legislador, de haber excluido del concurso al deudor persona natural no comerciante, a quien dejó expósito y sujeto a la voracidad de los acreedores.