

VACÍOS E INCONSISTENCIAS ESTRUCTURALES DEL NUEVO RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL COLOMBIANO. IDENTIFICACIÓN Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN*

*Rafael E. Wilches-Durán***

RESUMEN

En el año 2006 se expidió en Colombia un nuevo régimen de insolvencia empresarial, el cual sólo entró a regir hacia mediados del año 2007. El mismo pretende recoger las experiencias y errores de los regímenes anteriores, para crear una normativa con vocación de permanencia. El autor nos presenta su visión sobre cuáles son los requisitos mínimos de cualquier régimen de insolvencia, las modificaciones introducidas por este nuevo régimen colombiano y los vacíos e inconsistencias estructurales presentados en el mismo, gracias a su participación en la comisión redactora del anteproyecto de ley que le dio origen, todo como un producto de investigación dentro del marco del proyecto Interpretación y Aplicación del Derecho Privado del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave: insolvencia, derecho concursal, procesos concursales, principios del derecho concursal, modificaciones, vacíos, inconsistencias.

*Fecha de recepción: Septiembre 1 de 2008
Fecha de aceptación: Noviembre 13 de 2008*

* El presente artículo es un producto del proyecto Interpretación y Aplicación del Derecho Privado del grupo de investigación en derecho civil y comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Abogado y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Participó en la Comisión redactora del nuevo régimen de insolvencia (L. 1.116/06) en la Superintendencia de Sociedades. Actualmente se desempeña como profesor investigador del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano. Correo electrónico: rwilches@javeriana.edu.co

STRUCTURAL VOIDS AND INCONSISTENCIES OF NEW COLOMBIAN INSOLVENCY LAW. IDENTIFICATION AND PROPOSALS

ABSTRACT

In 2006, Colombia promulgated a new law to regulate insolvency of colombian enterprises, which is in force since june 2007. This law takes all the experiencies and all the mistakes lived before to create a new regime that is planned to exist for a long period of time. The author gives us, due to his participation in the commission created to draft the law, his opinion about the minimal conditions any insolvency law must have, the main modifications made by the new colombian insolvency regime and the structural voids and inconsistencies of this law. This is an investigation product of the Interpretation and application of Private Law project, which is one of the projects of the Civil and Commercial Law Investigation Group of the Faculty of Law in Pontificia Universidad Javeriana.

Key words: *insolvency, insolvency law, insolvency trials, insolvency law principles, modifications, voids, inconsistencies.*

INTRODUCCIÓN

Gracias a la oportunidad que tuve de trabajar como funcionario del Grupo Acuerdos de Reestructuración y Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, el cual fue el líder a nivel nacional en la implementación y aplicación de la Ley 550 de 1999, fui escogido para participar en la comisión redactora de un nuevo régimen de insolvencia, proyecto ideado y dirigido por el Superintendente de Sociedades de la época, doctor Jorge Pinzón Sánchez.

Así, hacia finales del año 2002, fue terminado y presentado al Gobierno Nacional un anteproyecto de régimen de insolvencia, que estaría destinado a sustituir las normas vigentes para la época, es decir, la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999. Tal anteproyecto fue tomado por el nuevo Superintendente de Sociedades, doctor Rodolfo Daníes Lacouture, como base para elaborar un nuevo anteproyecto de régimen de insolvencia empresarial, en cuya redacción también participé hasta el mes de diciembre del 2005, fecha de mi retiro de dicha institución. En efecto, el doctor Daníes Lacouture no compartía muchas de las disposiciones del anteproyecto elaborado bajo la administración del doctor Pinzón Sánchez, por lo cual se elaboró un nuevo anteproyecto, el cual sirvió de base para el proyecto de ley que se presentó ante el Congreso de la República, y que se traduciría, posteriormente y con algunas

pequeñas modificaciones, en la Ley 1116 de 2006 o nuevo régimen de insolvencia empresarial, el cual entró en vigencia desde el 27 de junio de 2007.

En consecuencia, debido a lo anterior y a la oportunidad que tuve de desempeñarme en posiciones cuyos puntos de vista son totalmente distintos a los de la autoridad estatal encargada de la dirección de los procesos concursales, he podido conocer los enfoques de los distintos intervinientes en los mismos, motivo por el cual deseo dar a conocer mi posición sobre los vacíos e inconsistencias estructurales de la Ley 1116 de 2006.

En efecto, no obstante haber participado en la redacción de tal ley, me parece que es un deber a mi cargo el poner de presente los principales defectos de los cuales adolece la misma, gracias al conocimiento profundo e inmediato que tuve durante la mayor parte de su proceso de elaboración. El objetivo que persigo, por tanto, es identificar, desde el punto de vista estrictamente académico, tales carencias del nuevo régimen de insolvencia empresarial, como base para proponer soluciones a las mismas, de manera que el aporte que me siento obligado a realizar contribuya a enriquecer el conocimiento científico y la discusión sobre este asunto de vital importancia para el derecho y la economía del país.

El esquema que voy a seguir para el efecto se concreta en:

- Como introducción, realizaré una breve exposición del objeto de regulación de un régimen de insolvencia y de la importancia del asunto, seguida de una aproximación muy general a los principios y características esenciales de este régimen, y a las principales modificaciones introducidas por el nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano, para permitir al lector ubicarse de manera rápida y concreta en el tema.
- A continuación, expondré la metodología utilizada para realizar el estudio objeto del presente artículo.
- Posteriormente, y como exposición de los resultados del trabajo adelantado, focalizaré mi atención en el eje central del presente artículo, identificando, uno a uno, los principales vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia, para exponer respecto de cada uno de ellos la solución que considero debe dársele al asunto.
- Por último, presentaré mis conclusiones derivadas del tema objeto del presente artículo.

OBJETO DE REGULACIÓN DE UN RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

La insolvencia está definida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia como la “(...) *falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda*”¹. A su turno, la solvencia es definida por el mismo diccionario como la “(...) *carencia de deudas; capacidad de satisfacerlas; y la cualidad de solvente*”².

Por su parte, la doctrina ha dicho sobre la insolvencia que: “(...) *la constituye el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. Propiamente consiste en la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar el importe de las deudas*”³.

Así, como lo han expresado los citados doctrinantes, lo que realmente regulan o deben regular los regímenes de insolvencia son las crisis de las empresas, que no se limitan a la insolvencia de las mismas sino que abarcan más conceptos. En efecto, se dice que la crisis de las empresas abarca, además de la insolvencia, los fenómenos de iliquidez y de cesación de pagos⁴.

1 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. (22ª edición. Consultada en www.rae.es).

2 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. (22ª edición. Consultada en www.rae.es).

3 LONDOÑO RESTREPO, ÁLVARO e ISAZA UPEGUI, ÁLVARO. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial – Ley 1116 del 2006*, p. 19. (2ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá, D.C., 2008).

4 Sobre el particular, me permito citar lo expuesto por los doctores RESTREPO e ISAZA, por la claridad y simpleza de los conceptos expuestos, así:

“(…) La definición de *crisis de la empresa* presenta ciertas dificultades por razón de los diversos factores que, en cada caso particular, confluyen en torno a este fenómeno. Lo cierto es que la crisis misma determina lo que podríamos denominar ‘*estado de crisis*’, que no es otra cosa distinta de las dificultades de carácter económico en que la empresa se encuentra inmersa y que sólo serán superables con la colaboración y participación activa de los acreedores. Por eso se afirma que el estado de crisis tiene como primera característica la de ser *insuperable* pues, si no se formaliza el acuerdo con los acreedores, no es posible obtener la salvación del ente económico y se pone en entredicho la recuperación del crédito.

La segunda característica es que la crisis produzca efectos de *naturaleza económica*, los cuales se materializan por el incumplimiento de las obligaciones patrimoniales del deudor. El derecho concursal pretende, ante todo, las soluciones para superar las dificultades económicas de las organizaciones.

(…) Ahora bien, los hechos que revelan dicha situación son innumerables, pero los resumiremos en tres, así:

- *Iliquidez*: nos referimos al fenómeno que se presenta en la caja cuando los recursos que genera la operación son insuficientes para atender el pago oportuno de las obligaciones. La iliquidez prolongada es sinónimo de crisis.

- *Insolvencia*: (texto ya citado).

- *Cesación de pagos*: también denominada sobreseimiento de las obligaciones, es el detonante de la crisis. Cuando ocurre la cesación de los pagos surge el derecho del acreedor a cobrar la obligación, pero también el derecho del deudor a acudir al concurso para solucionar las obligaciones de manera ordenada y evitar un mayor deterioro de su situación económica. La cesación de pagos puede ser voluntaria –cuando no se quiere pagar– o involuntaria –se quiere cumplir pero las circunstancias económicas no lo permiten–. De todos modos, sea voluntaria o involuntaria, la cesación de pagos conduce, irremediamente, al incumplimiento de las obligaciones”. LONDOÑO RESTREPO, ÁLVARO e ISAZA UPEGUI, ÁLVARO. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial – Ley 1116 del 2006*, pp. 13-19. (2ª Edición, Legis Editores S.A., Bogotá, D.C., 2008).

Como puede observarse, la Ley 1116 de 2006 debió denominarse “régimen de crisis empresarial” y no “régimen de insolvencia empresarial”, por ser el término “crisis” el adecuado para designar el objeto de su regulación. Sin embargo, la explicación radica en que internacionalmente el término que se utiliza para referirse al objeto de estudio del derecho concursal es el de “insolvencia”, sin que por ello se excluyan los fenómenos de cesación de pagos o de iliquidez. Para el efecto, basta acudir a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia y a los documentos del Banco Mundial sobre principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores, como ejemplos de la utilización del término “insolvencia” como referente a nivel mundial de las situaciones de crisis de las empresas.

IMPORTANCIA DE UN RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

El siguiente punto que se va a tratar en el presente acápite es el de la importancia de los regímenes de insolvencia o de crisis empresarial. Para el efecto, hay que acudir a lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política⁵, de conformidad con el cual la empresa es la base del desarrollo y la misma debe ser estimulada por el Estado. En efecto, las empresas son el eje central de cualquier economía capitalista, por lo cual es obligación estatal velar muy juiciosamente por la buena marcha de las mismas, toda vez que el empleo, la inversión, el ahorro, el crédito, el crecimiento de la economía, el desarrollo económico y, en consecuencia, el equilibrio económico y la estabilidad política dependen en buena medida de la adecuada marcha de las empresas de un país.

Así, tanto los socios o accionistas de una empresa, como sus acreedores, dentro de los que se incluye a los trabajadores y a las instituciones públicas y de seguridad social, están interesados en que la empresa que sea viable, se recupere, para poder ver satisfechos sus intereses, o que si la empresa no tiene ningún tipo de viabilidad, la misma se liquide lo más rápida y ordenadamente posible, para que los activos empresariales sirvan como respaldo suficiente de las deudas adquiridas por ella.

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

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

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

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

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Por lo tanto, es papel fundamental del Estado el de intervenir para velar por que lo anterior se cumpla, pues el hecho de darle prelación al pago del crédito sobre la preservación de empresas viables, terminaría redundando exclusivamente en favor de las entidades financieras, principalmente, y en perjuicio de las empresas del sector real, mientras que el hecho de darle preferencia a la preservación de las empresas sobre la protección del crédito, independientemente de si las mismas son viables o no, puede conducir a una crisis en cadena o sistémica de las empresas de un país, si las condiciones de acceso a los mecanismos de protección de la insolvencia son demasiado laxas y condescendientes con los empresarios insolventes. En consecuencia, es papel del Estado velar por que haya equilibrio entre los intereses en juego, teniendo siempre como norte de sus decisiones garantizar buenas y cada vez mejores condiciones de vida de sus ciudadanos.

APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS CONCURSALES Y LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE CUALQUIER RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

Para comprender con mayor cabalidad en qué consiste un régimen de insolvencia y, en consecuencia, sus características esenciales, es necesario precisar la definición de proceso concursal y de los principios que informan al mismo.

Para el efecto, podemos afirmar que proceso concursal es aquel en virtud del cual todos los activos y todos los pasivos de un deudor insolvente son vinculados a un único proceso, en el cual se persigue proteger la masa de bienes del deudor, para que la misma sirva para atender el pago ordenado del pasivo a su cargo, de manera que todos los acreedores del deudor estén sujetos a lo que se decida sobre sus obligaciones en dicho proceso.

Los procesos concursales persiguen que, al verse el deudor en un estado de insolvencia, es decir, un estado en el cual es evidente que tal deudor no puede ni podrá atender oportunamente sus obligaciones, el patrimonio de ese deudor no se desmiembre para favorecer a un solo acreedor, sino que todos los acreedores tengan la oportunidad de concurrir a un único proceso, de manera que se les trate a todos por igual, salvo que exista alguna circunstancia que amerite un trato preferencial. Puede decirse que un proceso concursal es una especie de proceso ejecutivo, pues se persigue el cobro de lo adeudado por la persona admitida al proceso concursal; sin embargo, la diferencia entre un proceso concursal y un proceso ejecutivo radica en que en el proceso concursal están vinculados todos los acreedores del deudor y todos los bienes de ese deudor, mientras que en el proceso ejecutivo no. Los procesos concursales se denominan así, precisamente, porque todos los acreedores del deudor “concurren” al proceso a obtener el pago de sus créditos.

Los procesos concursales tienen dos variantes: los procesos de recuperación o salvamento del deudor y los procesos de liquidación del patrimonio del deudor.

Así, el primero de dichos procesos persigue que, si bien el deudor está en un estado de insolvencia, sean los acreedores del mismo los que lo apoyen para poder seguir adelante con sus negocios y no tener que liquidar su patrimonio. En nuestro ordenamiento jurídico los procesos de recuperación de negocios del deudor han sido, básicamente, los concordatos, regulados por el Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 de 1995; los acuerdos de reestructuración, regulados por la Ley 550 de 1999; y los acuerdos de reorganización, regulados por la Ley 1116 de 2006.

Por su parte, los procesos liquidatorios no tienen como fin recuperar los negocios del deudor para que el mismo pueda continuar en marcha, sino, por el contrario, realizar todas las actividades tendientes a integrar el patrimonio del deudor para pagar las obligaciones en el orden de prelación establecido por la ley. Básicamente, los procesos liquidatorios que han existido en nuestro país son la quiebra del Código de Comercio, la liquidación obligatoria, regulada por la Ley 222 de 1995, la liquidación voluntaria, regulada por el Código de Comercio, y la liquidación judicial, regulada por la Ley 1116 de 2006.

Hay unos procesos de naturaleza especial, que se suelen llamar procesos paraconcursoales, que son los procesos de intervención forzosa administrativa o toma de posesión para administrar y los procesos de intervención administrativa o toma de posesión para liquidar. A estos procesos están sujetos aquellos deudores que, por su especial naturaleza, involucran el interés general de la comunidad y, en consecuencia, la recuperación de sus negocios o su liquidación deben seguir un procedimiento particular, de manera que el interés general involucrado no se vea afectado.

Los procesos concursales se caracterizan por la existencia de tres principios que guían la aplicación de las normas derivadas de los mismos. Tales principios son los de universalidad, colectividad e igualdad, definidos por el artículo 4º de la Ley 1116 de 2006⁶

6 Artículo 4º.—Principios del régimen de insolvencia. El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

1. Universalidad: la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.
2. Igualdad: tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.
3. Eficiencia: aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible.
4. Información: en virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.
5. Negociabilidad: las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.

de una manera no muy afortunada, pues se incluyeron como principios unos criterios gerenciales o empresariales que no tienen ninguna relevancia desde el punto de vista de los principios o bases del derecho concursal⁷. Por eso, acudo a lo enseñado sobre el particular por el tratadista FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, quien afirma sobre el principio de universalidad que “(...) alude a la necesidad de que la totalidad de los bienes del deudor se vinculen al concurso”⁸, sobre el principio de colectividad que “(...) alude a la necesidad de que la totalidad de los acreedores del deudor en crisis deben concurrir al proceso concursal”⁹ y sobre el principio de igualdad que “(...) se expresa en la conocida máxima latina *par conditio omnium creditorum que refleja la necesidad de que exista un tratamiento homogéneo para todos los acreedores que concurren al proceso*”¹⁰. La Ley 1116 de 2006 consagró los principios de universalidad y colectividad en el numeral 1º del citado artículo 4º, atendiendo al hecho que algunos doctrinantes denominan al principio de la colectividad como principio de la universalidad subjetiva y al principio de la universalidad, según la denominación de REYES VILLAMIZAR, como principio de la universalidad objetiva¹¹, con lo cual se estimó que podían agruparse los dos principios bajo una sola denominación genérica de principio de universalidad.

Como puede verse, entonces, los procesos concursales son la figura jurídica a través de la cual se regula el fenómeno de la insolvencia. Este tipo de procesos dieron origen a una rama del derecho que se conoce como derecho concursal, la cual se ha caracterizado por la autonomía y primacía que posee sobre las normas del derecho común. Esto encuentra su razón de ser en la especialidad de la situación de insolvencia, que amerita que las normas comunes cedan frente a normas especialmente diseñadas para ese tipo de situaciones¹².

6. Reciprocidad: reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza.

7. Gobernabilidad económica: obtener a través del proceso de insolvencia una dirección gerencial definida para el manejo y destinación de los activos con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

7 Cfr. RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. *Nuevo régimen de insolvencia*. pp. 68-92. (1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2007).

8 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. p. 357. (Temis S.A., Bogotá, D.C., 1999).

9 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. p. 359. (Temis S.A., Bogotá, D.C., 1999).

10 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. p. 360. (Temis S.A., Bogotá, D.C., 1999).

11 Cfr. RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. *Nuevo régimen de insolvencia*. p. 68. (1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2007).

12 Sobre el particular, la doctrina ha sostenido que: “(...) las disposiciones generales de derecho privado, deben, en múltiples ocasiones, ceder a las normas de orden público que gobiernan los trámites del concordato y la liquidación obligatoria. Estas máximas surgen de la consideración según la cual, las circunstancias extraordinarias de insolvencia del empresario deudor impiden la aplicación de las disposiciones que orientan los procesos de ejecución coactiva de las obligaciones mediante procesos judiciales separados”. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. p. 355. (Temis S.A., Bogotá, D.C., 1999).

En conclusión, pues, puede afirmarse que cualquier régimen de insolvencia debe contener, como mínimo, disposiciones encaminadas a regular el fenómeno de la crisis empresarial, conocido generalmente como insolvencia, teniendo como base de regulación los principios que tradicionalmente ha decantado la doctrina como pilares esenciales de los procesos concursales, y que regulen, por lo menos, las dos variantes de los procesos concursales, es decir, los procesos de recuperación o salvamento y los procesos de liquidación. Sin las anteriores características, no puede sostenerse que determinada regulación pueda denominarse régimen de insolvencia.

PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL NUEVO RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL COLOMBIANO

El régimen consagrado por la Ley 1116 de 2006 tuvo como principal motivación para su expedición la necesidad de dotar al país de un régimen con vocación de permanencia, toda vez que la Ley 550 de 1999 se expidió en un momento de crisis económica y con vocación eminentemente transitoria, y de unificar, en cierta medida, la diversidad de normas existentes en el tema, pues el proceso de liquidación obligatoria seguía la regulación de la Ley 222 de 1995, modificada en ciertos apartes por la Ley 550 de 1999; el proceso de recuperación de personas jurídicas que desarrollaran actos empresariales se regía por la Ley 550 de 1999; y el proceso de recuperación de las personas naturales seguía regulándose por la Ley 222 de 1995, aunque, en ciertos eventos, tales acuerdos de personas naturales podían regirse por lo dispuesto por la Ley 550 de 1999¹³.

Con base en lo anterior, se decidió trabajar en la expedición de un nuevo régimen de insolvencia, que sufrió muchos cambios desde el inicio de la formulación del primer anteproyecto hasta la expedición de la Ley 1116 de 2006, cuyas principales modificaciones pueden resumirse así:

Creación de un proceso de naturaleza judicial, con amplias facultades para el juez del concurso

En efecto, el cambio que más ha llamado la atención es la denominada “judicialización” del proceso de insolvencia, que tuvo como fin eliminar la incertidumbre que podía generarse en la Ley 550 de 1999, al actuar la Superintendencia de Sociedades en uso de facultades administrativas y no judiciales, con lo cual sus decisiones estaban sujetas a la vía gubernativa y a posibles acciones judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se quiso, entonces, dotar a la Superintendencia de la

¹³ Esto último, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 590 del 2000, que adicionó un párrafo al artículo 1º de la Ley 550 de 1999.

posibilidad de actuar como juez de única instancia, y de amplias facultades para intervenir y dirigir el proceso de insolvencia.

Reducción de la cantidad de autoridades competentes para conocer del proceso

La Superintendencia de Sociedades y el juez civil del circuito del domicilio principal del deudor son las únicas autoridades competentes para llevar adelante los trámites del proceso de insolvencia, reduciendo así la gran cantidad de autoridades que introdujo la Ley 550 de 1999, al permitir conocer de los acuerdos de reestructuración a las cámaras de comercio de todo el país y a las superintendencias que vigilaran a las respectivas empresas.

Intento por unificar en un solo régimen de insolvencia a todas las actividades empresariales del país

La Ley 1116 de 2006 persiguió, en alguna medida, lo planteado por la Ley 222 de 1995, en el sentido de unificar bajo una sola reglamentación las disposiciones sobre procesos concursales para todas las empresas del país. Se excluyeron, obviamente, aquellas entidades que por su especial naturaleza y por existir algún tipo de interés general involucrado, ameritan la aplicación de reglas especiales cuando incurran en los supuestos de insolvencia. Sin embargo, hubo en el Congreso de la República un cambio trascendental que no se concibió al momento de elaboración de los anteproyectos en la Superintendencia de Sociedades y que consistió en excluir de la aplicación del régimen a las personas naturales no comerciantes. Sobre el particular no encuentro otra explicación que el interés de algunos acreedores por restringir la posibilidad de aplicación del régimen de insolvencia para tales personas y de dejarlas en una especie de “limbo jurídico”, al derogarse la Ley 222 de 1995. Afortunadamente la Corte Constitucional ya conoció el asunto y ha ordenado al Congreso de la República expedir un régimen de insolvencia para tal tipo de personas, el cual se encuentra actualmente en trámite.

Modificación de los supuestos de admisión al proceso de insolvencia

Se hicieron más exigentes los requisitos para ser admitido a un proceso de reorganización, cuando la causal alegada es la cesación de pagos, todo ello, con la finalidad de endurecer las condiciones un poco laxas de la Ley 550 de 1999. Para el efecto, también se incluyeron disposiciones que obligan a las empresas a estar al día en las retenciones fiscales y en las deudas a favor de la seguridad social. Se incluyó el supuesto de admisibilidad de la incapacidad de pago inminente, no existente en la Ley 550 de 1999. Por su parte, en materia de liquidación se crearon

unas causales de apertura inmediata de la liquidación judicial, cuando es evidente que no se justifica adelantar un proceso de reorganización, introduciendo así una modificación importante en relación con la Ley 222 de 1995.

Eliminación de la obligación de hacerse parte en el proceso a cargo de los acreedores de las empresas

Se adoptó para el proceso de liquidación el avance que ya se había dado en la Ley 550 de 1999, de partir de la contabilidad del deudor como base para el reconocimiento de acreencias.

Unificación del procedimiento para decidir objeciones

Se retomó en buena medida la figura existente en la Ley 222 de 1995 y se eliminó la pluralidad de procesos que consagró el artículo 26 de la Ley 550 de 1999.

Restablecimiento de la posibilidad de perseguir simultáneamente a terceros garantes

En este tema también se acogió la figura existente en la Ley 222 de 1995, eliminando el confuso régimen de garantías consagrado en los artículos 14 y 79 de la Ley 550 de 1999.

Modificación de los efectos de presentación de la solicitud y de admisión al proceso de insolvencia

Se introdujeron reglas como la producción de efectos desde el momento de presentación de la solicitud al trámite de reorganización, la suspensión de los procesos de restitución de tenencia de bienes, y la facultad de renegociar y terminar los contratos de tracto sucesivo excesivamente onerosos para el deudor, entre otras consecuencias de la admisión al proceso de reorganización. Igualmente, la admisión al proceso de liquidación judicial también trae como consecuencia efectos importantes, como la terminación legal de los contratos de trabajo y de tracto sucesivo no necesarios para la preservación de los activos, o la finalización de ciertos encargos fiduciarios y contratos de fiducia mercantil, entre otros.

Retorno al control de legalidad previo de los acuerdos celebrados

Se retomó la figura de la Ley 222 de 1995, consistente en que el juez del proceso revise la legalidad de los acuerdos suscritos, antes de darles su aprobación o confirmación final, la cual se había eliminado en la Ley 550 de 1999.

Agilización de la liquidación de las empresas

Este es uno de los cambios más importantes que introdujo el nuevo régimen de insolvencia, pues se creó una figura conocida como el acuerdo de adjudicación, en virtud de la cual, cuando no es posible celebrar un acuerdo de reorganización o cuando un deudor es admitido al proceso de liquidación judicial, se otorga a los acreedores la facultad de determinar por mayorías cómo van a ser adjudicados los bienes del deudor y, si transcurrido un plazo, no existiere ningún acuerdo sobre el particular, se otorga facultad expresa al juez del concurso para adjudicar los bienes como mejor le parezca, siguiendo unas reglas de adjudicación previstas por la ley, en una decisión que no puede ser objeto de recurso alguno. Con esta figura lo que se pretende es evitar los engorrosos trámites del proceso de liquidación obligatoria de la Ley 222 de 1995, que muchas veces hacían perder valor a los bienes que conformaban el patrimonio del deudor.

Asignación de nuevas competencias al juez del concurso

Se asignaron al juez del concurso facultades para conocer de procesos que antes se habían asignado a la justicia ordinaria y que, por lo mismo, hacían lento y complicado el trámite de los mismos, por carecer tales jueces de los conocimientos que sí posee un juez concursal, como lo es la Superintendencia de Sociedades. En efecto, de ahora en adelante el juez del concurso conocerá de los procesos de responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados de las empresas insolventes, de todas las acciones revocatorias y de simulación derivadas del proceso, y de la responsabilidad de los controlantes en la insolvencia de las empresas, entre otros.

Inclusión de un régimen de insolvencia transfronteriza

Se incluyen las disposiciones de la Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza como una forma de vincular a Colombia con este fenómeno internacional y con las instituciones que buscan regularlo. Tales disposiciones tienden, fundamentalmente, a facilitar la actuación de las autoridades extranjeras en nuestro país y de las autoridades colombianas en el exterior, así como a incentivar la cooperación entre las mismas.

Estos son, pues, en líneas generales, los principales cambios introducidos por la Ley 1116 de 2006. Obviamente, lo anterior es una simple enunciación, que no abarca todas las modificaciones introducidas por el nuevo régimen de insolvencia, y que se hace para ubicar al lector dentro del nuevo régimen de insolvencia, pues su explicación y comprensión implican un estudio más profundo, desarrollado ya, en buena medida, por algunos doctrinantes, y que no es el objeto de estudio del presente artículo. Sin embargo, tal enunciación nos sirve como introducción para

la presentación de los resultados del presente estudio sobre los principales vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada consistió en comparar las principales disposiciones de la Ley 1116 de 2006 con las regulaciones que sobre el particular consagraban las leyes anteriormente vigentes en la materia, es decir, la Ley 550 de 1999 y la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de acudir, en algunos eventos, a lo expuesto en la Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia y a los documentos del Banco Mundial sobre Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores, como medio para poder evaluar las principales disposiciones del nuevo régimen de insolvencia empresarial, identificar sus principales vacíos e inconsistencias estructurales y formular propuestas de solución a los mismos.

RESULTADOS DEL ESTUDIO SOBRE LOS PRINCIPALES VACÍOS E INCONSISTENCIAS ESTRUCTURALES DEL NUEVO RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL COLOMBIANO

Sobre el particular, quiero resaltar que por vacíos e inconsistencias estructurales deben entenderse aquellos que no apuntan a la interpretación en concreto de los detalles de cada una de las normas del nuevo régimen de insolvencia, sino aquellos que tienen relación con el esquema u organización que debe tener un proceso de insolvencia en general, para que el mismo sea útil tanto para el deudor, los acreedores y el Estado, en su calidad, este último, de director de la economía del país. Es decir, no realizaré una exposición sobre pequeñas contradicciones o inconsistencias que se puedan desprender de la lectura de las normas del régimen de insolvencia, sino que explicaré los resultados de un estudio que tuvo un punto de vista más global o periférico sobre cuál es la estructura del procedimiento del nuevo régimen y sobre cuáles son las falencias que se presentan en tal estructura. A continuación procedo, pues, a identificar uno a uno los principales vacíos e inconsistencias estructurales encontrados en la Ley 1116 de 2006, junto con la respectiva propuesta de solución a los mismos, así:

No aplicación del régimen de insolvencia con respecto a las personas naturales no comerciantes

Como ya se explicó, no fue nunca la intención de la Superintendencia de Sociedades excluir de la aplicación del régimen de insolvencia a las personas naturales no comerciantes. Por eso, se incluyó como una de las disposiciones del anteproyecto de régimen de insolvencia la derogatoria del Título II de la Ley 222 de 1995, el

cual regulaba los procesos concursales tanto para personas jurídicas como para personas naturales, pues se partía del supuesto de que las personas naturales no comerciantes no quedarían desprotegidas frente a la aplicación de un régimen de insolvencia. No obstante, en el Congreso de la República fue introducida una modificación que excluyó de la aplicación del régimen de insolvencia a las personas naturales no comerciantes. La Corte Constitucional ya se pronunció sobre el particular, declarando la exequibilidad de las normas demandadas, pero exhortando “(...) al Congreso de la República para que dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa expida un régimen general para personas no comerciantes”, el cual está en proceso de trámite legislativo en la actualidad. No podría haber hecho menos la Corte Constitucional, pues no hay ninguna justificación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que soporte el hecho de haber dejado a las personas naturales no comerciantes sin la posibilidad de acogerse a un proceso concursal. Como lo manifesté previamente, las razones que debieron existir de por medio debieron ser más de índole económica o política que jurídica.

Ausencia de claridad con respecto a los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización

El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 es una de las innovaciones introducidas por el nuevo régimen de insolvencia, pues extiende la producción de efectos que tradicionalmente tenían lugar con ocasión de la admisión de una empresa al proceso concursal, a un momento previo, como es el de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización. En efecto, disposiciones como la del artículo 17 de la Ley 550 de 1999 y las de los artículos 99 a 105 y 151 de la Ley 222 de 1995 se extendieron a un momento previo, en el cual todavía no existe certeza sobre si una empresa es admitida o no al proceso concursal. Esto no es más que un producto de la desconfianza que se tiene con respecto a la actitud de los empresarios insolventes y que pretende evitar que se utilice el periodo de tiempo existente entre la presentación de la solicitud y el momento de la admisión efectiva al proceso de insolvencia como justificación para realizar operaciones en favor de ciertos acreedores. Si bien la intención del legislador puede considerarse como loable, pues el fin perseguido es proteger el patrimonio de la empresa como fuente general del pago de las acreencias del deudor, ya el derecho concursal preveía una solución mucho más práctica y transparente, como es la de las acciones revocatorias y de simulación.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 no hace cosa distinta que introducir incertidumbre sobre la situación de las operaciones que puede o no puede realizar la empresa desde el momento de presentación de la solicitud de admisión al proceso, pues debido a que la presentación de tal solicitud no goza de ningún tipo

de publicidad, no hay forma en que los acreedores estén enterados de la eventual irregularidad en que pueden estar incurriendo, la cual implica sanciones para nada despreciables, como son la imposición de multas de hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes y la postergación en el pago de sus acreencias. Igualmente, no queda claro por qué tales efectos se predicen solamente con ocasión de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización y no se predicen también respecto de la solicitud de admisión al proceso de liquidación judicial inmediata.

Por lo tanto, lo ideal sería eliminar tal norma y continuar con la figura tradicionalmente existente en el derecho concursal colombiano de producción de efectos desde el momento de admisión al proceso concursal, pues las acciones revocatorias y de simulación, también consagradas en el nuevo régimen de insolvencia, son lo suficientemente aptas para conseguir los fines perseguidos por el legislador.

Falta de claridad sobre las funciones del promotor de los acuerdos de reorganización

La Ley 1116 de 2006 adolece de un grave vacío consistente en la no precisión sobre las funciones de los promotores de los acuerdos de reorganización.

En efecto, no existe en el nuevo régimen de insolvencia una norma similar a la consagrada en el artículo 8° de la Ley 550 de 1999. La única norma que se acerca a dar una definición del promotor es el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006, el cual expresa que el promotor es un auxiliar de la justicia y regula ciertos aspectos sobre su designación y remoción, entre otras cosas. Por lo demás, la Ley 1116 de 2006 realiza referencias aisladas a los promotores y sus deberes, pero sin precisar claramente sus funciones.

Lo anterior ha llevado a que no se tenga claridad sobre cuáles son las funciones de los promotores durante la etapa de calificación y graduación de créditos. De hecho, gracias a experiencias propias, puedo expresar que ello ha conllevado a discusiones complicadas, porque la Superintendencia de Sociedades entiende que la labor del promotor consiste en verificar, uno a uno, todos los soportes de las acreencias relacionadas por el deudor, mientras que los deudores manifiestan su desacuerdo con tal posición, siendo el promotor el directamente sacrificado en el tema, pues el legislador no fue claro sobre el particular.

Igualmente, durante la vigencia de la Ley 550 de 1999 era claro que el promotor debía rendir un concepto sobre las proyecciones financieras elaboradas por el deudor o, en su defecto, elaborar dichas proyecciones. Actualmente tales funciones no se

consagraron en la ley, por lo cual debe entenderse, en mi concepto, que el promotor está relevado de las mismas, pero hay doctrinantes que siguen considerando que el promotor debe continuar cumpliendo con tales funciones¹⁴.

Por último, no es clara la participación del promotor una vez celebrado el acuerdo de reorganización, dado que la ley no establece si podrá participar o no en el comité de vigilancia, y la remuneración por su labor, con lo cual es evidente un vacío en relación con lo regulado por la Ley 550 de 1999, el cual deberá ser llenado por lo que se pacte en cada caso concreto sobre el particular y por lo que decida el juez del concurso sobre tales pactos.

Considero que la mejor solución para este tema consiste en que el Gobierno Nacional regule todos los aspectos anteriormente mencionados, en uso de las facultades otorgadas al mismo por el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006.

No previsión de la figura de fracaso de la negociación del acuerdo de reorganización

El artículo 28 de la Ley 550 de 1999 previó una figura denominada “fracaso de la negociación del acuerdo de reestructuración”, cuyo supuesto de hecho describía tal norma de la siguiente manera: “(...) *El promotor, en la forma de convocatoria prevista en el artículo 23 de esta ley, convocará 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 concluya que la misma no es económicamente viable, o cuando no reciba oportunamente la información a que se refiere el artículo 20 de esta ley. En tal evento, la reunión se llevará a cabo en las oficinas del nominador, y podrá adelantarse cualquiera que sea el número de asistentes. En dicha reunión los acreedores externos e internos, con el voto de la mayoría absoluta presente en la reunión, tomarán la decisión de dar por terminada o no la negociación. (...)*”.

Como puede observarse, el supuesto fáctico no era otro que la ausencia de viabilidad de la negociación, bien fuera por la inviabilidad económica de la empresa o por ausencia de la información necesaria para adelantar la negociación. La utilidad de la figura residía, fundamentalmente, en la posibilidad que tenían los acreedores de decidir, por mayoría, si continuaban con la negociación del acuerdo de reestructuración o si consideraban que podría ser más costoso para ellos continuar con dicha negociación, enviar directamente la empresa a un proceso de liquidación de su patrimonio.

14 Cfr. LONDOÑO RESTREPO, ÁLVARO e ISAZA UPEGUI, ÁLVARO. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial – Ley 1116 del 2006*, p. 168. (2ª Edición, Legis Editores S.A., Bogotá, D.C., 2008).

La Ley 1116 de 2006 no consagró ninguna figura similar a la anteriormente mencionada, por lo cual, de considerar que la empresa no es viable, los acreedores no tienen la posibilidad de dar por terminada la negociación del acuerdo de reorganización, sino que deben esperar el vencimiento del plazo para la celebración del mismo, previsto en el artículo 31 del nuevo régimen de insolvencia. En efecto, el supuesto de inicio del proceso de liquidación judicial inmediata previsto en el numeral 5° del artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 requiere para su feliz término el consentimiento del deudor, lo cual es bastante improbable de obtener si el deudor desea continuar dilatando el proceso para beneficiarse de tal situación.

Tal vez la única solución posible ante esta omisión de la Ley 1116 de 2006 consiste en acudir a las facultades generales del juez del concurso, descritas en el numeral 11 del artículo 5° de la Ley 1116 de 2006, o a las facultades de inicio de oficio del proceso de liquidación judicial, descritas en el numeral 4° del artículo 49 de la misma ley, para que la autoridad respectiva sea la encargada de velar por la protección de los intereses de los acreedores, pues si es evidente que una empresa no tiene ningún tipo de viabilidad económica, mal haría el juez del concurso en permitir que tal situación se agravara al permitir el aumento de los pasivos en detrimento de los activos de la sociedad.

La solución ideal, por lo tanto, consistiría en la introducción de una norma que reviviera la figura del fracaso de la negociación del acuerdo de reorganización.

No previsión de un plazo para la presentación, calificación, graduación y contradicción de los créditos causados después de la admisión al proceso de reorganización hasta la fecha de realización del acuerdo de adjudicación

Como se explicó previamente, una de las innovaciones más grandes del nuevo régimen empresarial de insolvencia es la consistente en la agilización de los procesos de liquidación de las empresas. En efecto, el artículo 37 de la Ley 1116 de 2006 consagra la figura del acuerdo de adjudicación cuando no es posible celebrar uno de reorganización dentro de los plazos establecidos por la ley y el juez del concurso. El acuerdo de adjudicación consiste en la posibilidad que se otorga a los acreedores de aprobar, con las mismas mayorías necesarias para aprobar el acuerdo de reorganización, un acuerdo en el que se decida cómo se van a adjudicar los bienes de la empresa insolvente y, si vencido el plazo establecido en la norma para la celebración de tal acuerdo de adjudicación, los acreedores tampoco llegaren a un acuerdo sobre el particular, será el juez del concurso el competente para adjudicar los bienes en un auto que no es susceptible de recurso alguno.

Si bien considero que la institución del acuerdo de adjudicación constituye uno de los avances más importantes del régimen de insolvencia, es evidente que en el texto finalmente aprobado se omitió la regulación de aquellos gastos o acreencias causadas entre la fecha de inicio del proceso de reorganización y la fecha de celebración del acuerdo de adjudicación, las cuales tienen preferencia sobre las obligaciones causadas antes del inicio del proceso de reorganización.

En efecto, la norma en mención no prevé que tales créditos deben ser presentados ante el promotor para que él efectúe una nueva calificación y graduación de créditos. Lo único que la norma dispone es que el deudor es el encargado de certificar los gastos causados con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia, indicando el estado actual de los mismos y los necesarios para la ejecución del acuerdo de adjudicación.

Sobre el particular considero que, ante la existencia de tal vacío legislativo, que genera incertidumbre sobre el valor exacto de tales acreencias y, en especial, impide a los demás acreedores el derecho de contradicción necesario en este tipo de procesos, debe darse aplicación analógica a lo dispuesto por el numeral 5° del artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, el cual dispone, para los procesos de liquidación judicial, la existencia de un plazo de veinte (20) días contados a partir de la desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación (en el presente supuesto, se contaría a partir del momento en que se venza el plazo para la presentación o confirmación del acuerdo de reorganización, según sea el caso) para que los acreedores presenten su crédito al liquidador, quien debe elaborar un nuevo trabajo de calificación y graduación de créditos, en el que se tienen como válidamente reconocidos y presentados dentro del término los créditos reconocidos en la calificación y graduación de créditos del acuerdo de reorganización, y se incluyen como nuevos aquellos créditos que no fueron reconocidos en la calificación y graduación anteriormente mencionada o que se causaron con posterioridad al inicio del proceso de reorganización. De este trabajo se corre traslado a los acreedores y demás interesados, para la presentación de objeciones y decisión de las mismas por parte del juez del concurso, de ser necesario.

Considero que la solución propuesta dota de certeza y transparencia al trámite de reconocimiento de tales acreencias, vital para el proceso, pues las mismas gozan de preferencia para su pago sobre las acreencias causadas antes del inicio del proceso de insolvencia.

CONCLUSIONES

Si bien el régimen de insolvencia adolece de algunos vacíos e inconsistencias estructurales, de los cuales hemos expuesto sólo los más protuberantes, en general

es una norma que recoge las experiencias vividas en el tema y las principales directrices fijadas a nivel internacional. Inclusive, en ciertos puntos el régimen colombiano pareciera ser más justo, entendiendo por justicia la igualdad en el trato para sujetos que se encuentran bajo los mismos supuestos de hecho, que tales directrices internacionales, como por ejemplo, en el hecho de no dar primacía a los acreedores con garantía, que generalmente son las instituciones financieras, la cual es una de las principales preocupaciones del Banco Mundial.

En efecto, el nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano tiene un balance adecuado entre los fines que debe perseguir cualquier proceso concursal, pues propende por la preservación de la empresa como fuente del desarrollo y, al mismo tiempo, crea un mecanismo ágil para la protección del crédito. No obstante, existen ciertos puntos que deseo resaltar en cuanto a algunos paradigmas o esquemas mentales que existen y que debemos propender por modificar.

El primero de tales aspectos es la necesidad de dotar a la profesión de comerciante de normas más exigentes para su ejercicio. No propongo que se haga más difícil el ingreso y ejercicio de la profesión de comerciante; por el contrario, estoy a favor de la eliminación de trámites y requisitos que generalmente tienen fines exclusivamente formales y que han sido argumento recurrente sobre lo “difícil que es hacer empresa en Colombia”. Lo que propongo es que se implementen mecanismos para asegurar que quienes cometan faltas graves en ejercicio de la profesión de comerciantes, sean castigados con dureza y se les inhabilite para ejercer el comercio por un periodo de tiempo considerable, sin perjuicio de la imposición de otras sanciones y de la asignación de imposición de las mismas a autoridades eficientes y transparentes. Trato este punto, porque considero que en la cultura jurídica y empresarial colombiana se ha afianzado la idea según la cual a través de los procesos concursales se pueden expiar todos los pecados cometidos por los comerciantes. En efecto, se comprobó que muchos de ellos utilizaron los laxos supuestos de admisión a la Ley 550 de 1999, explicables por la coyuntura económica del momento de su expedición, para solicitar su admisión a la negociación de acuerdos de reestructuración de los regulados por dicha ley y, por tanto, renegociar a muy largo plazo los pasivos a su cargo, sin que existiera ningún tipo de sanción para comerciantes que obraron de manera fraudulenta y que fueron los inmediatos causantes de la insolvencia de sus empresas. El nuevo régimen de insolvencia da un paso adelante en este tema, pues asigna al juez del concurso el conocimiento de procesos que anteriormente se adelantaban ante la justicia ordinaria, y que, debido a la ausencia de especialidad en este tipo de temas y a la excesiva carga de trabajo, hacían prácticamente ilusoria la imposición de cualquier tipo de sanción contra empresarios que obraron de mala fe. Debemos esperar a ver cuáles resultados arroja el nuevo sistema, pero, por lo menos, desde el punto de vista teórico, pareciera un acierto lo planteado por el nuevo régimen de insolvencia. Lo ideal sería que se

sancionaran cada vez con más dureza las actitudes consistentes en defraudación de la buena fe que debe gobernar el ejercicio de la actividad comercial, pero ello parece bastante remoto, en especial dentro de una sociedad más interesada en hacer dinero rápido y fácil, sin importar las consecuencias éticas y morales de ello, que en hacer de los comerciantes una profesión cada vez más especializada y exigente.

Otro punto sobre el cual quiero llamar la atención es que, así como se debe castigar con dureza a los empresarios que han llevado de mala fe a sus empresas a la insolvencia, también debe castigarse duramente a los acreedores con mayorías decisorias que utilizan su posición dominante para violar los derechos de los demás acreedores vinculados al proceso, cometiendo, pues, flagrantes violaciones al principio de igualdad que debe guiar todos los procesos concursales. El nuevo régimen de insolvencia trata de evitar esto con el retorno a la figura de confirmación por parte del juez del concurso del acuerdo celebrado por la mayoría de acreedores, como mecanismo para garantizar la ejecución de acuerdos que respeten el mínimo legal de condiciones de un acuerdo recuperatorio. Igualmente, se incluyen algunas sanciones concretas en contra de aquellos acreedores que abusan de su posición dominante. Esperamos que el sistema previsto por el nuevo régimen arroje resultados positivos, pero lo que queda en evidencia, de fondo, es que al igual que los comentarios hechos con relación al ejercicio de la profesión de comerciante, lo que está detrás es un problema más de índole cultural, ética y moral que jurídica.

Resalto también la acertada visión que se tuvo en el momento de elaboración del nuevo régimen de insolvencia de dotar a las autoridades de facultades suficientes para poder intervenir en la dirección de los procesos concursales. Soy un convencido de que el Estado debe intervenir lo mínimo posible en las actividades empresariales, pero cuando lo haga, debe estar dotado de suficientes facultades que garanticen que el interés general por el cual debe velar el mismo, se vea protegido. La Ley 550 de 1999 introdujo un cambio muy importante en la cultura jurídica de nuestro país al resaltar que son los particulares los que están en la obligación de defender sus intereses desde el mismo momento en que realizan contrataciones, pues el Estado no puede estar vigilante para protegerlos, así como en que son los acreedores los encargados de determinar la viabilidad de las empresas deudoras. Sin embargo, la Ley 550 de 1999 limitó en gran medida las facultades de la Superintendencia de Sociedades y demás entidades nominadoras. El nuevo régimen de insolvencia, por el contrario, dota al juez de amplias facultades para dirigir el proceso, sin sustraer del ámbito de los acreedores la facultad y obligación de decidir sobre la suerte de la empresa insolvente.

Por último, quiero resaltar como una de las causas de la existencia de vacíos e inconsistencias en el nuevo régimen de insolvencia el hecho de que la elaboración y aprobación de ese tipo de regímenes deben darse en ámbitos estrictamente técnicos

y académicos, pero no políticos. En efecto, sería lo ideal que las discusiones sobre la aprobación de normas técnicas se realizaran por personas totalmente ajenas a la distribución y ejercicio del poder. Sin embargo, debido a que ello parece bastante improbable en lo relacionado con el poder legislativo, por lo menos debería garantizarse algún tipo de continuidad técnica en las entidades de la Rama Ejecutiva, que son las que principalmente proponen al Congreso los proyectos de ley, lo cual tampoco ocurre en la práctica, pues debido fundamentalmente al sistema presidencialista que nos rige, vivimos bajo una administración de autoridades técnicas de la Rama Ejecutiva por parte de funcionarios designados con criterios políticos al inicio de cada periodo presidencial. Aunque lo anterior incidió negativamente en la elaboración del régimen de insolvencia empresarial finalmente aprobado, su efecto no fue tan notorio, lo cual es plausible. No obstante, es deber de los expertos en cada tema objeto de regulación jurídica, trabajar por que la elaboración de las normas cada sea vez más una labor guiada por criterios técnicos y científicos y no políticos, pues los ciudadanos en general ya están hastiados de vivir en un país en que sus dirigentes viven más preocupados por hacer oposición política a sus contradictores y por distribuirse los cargos burocráticos, que por trabajar de manera técnica y profesional por el desarrollo económico del país.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VEJARANO, CLAUDIA. *Ley 550 – Manual de interpretación*. 1ª edición, 3R Editores, Bogotá, D.C., 2000.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia*. En: www.uncitral.org, 2004.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza*. En: www.uncitral.org, 1997.
- GARZÓN NARANJO, RUTH ISABEL; GONZÁLEZ MEDINA, ANA MARÍA; WILCHES DURÁN, RAFAEL EDUARDO y ZULUAGA RODRÍGUEZ, JOSÉ OCTAVIO. *Ley 550 de 1999: Guía para el promotor y las partes*. 1ª edición, Cámara de Comercio de Bogotá y Superintendencia de Sociedades, Bogotá, D.C., 2002.
- LONDOÑO RESTREPO, ÁLVARO e ISAZA UPEGUI, ÁLVARO. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial – Ley 1116 de 2006*. 2ª Edición, Legis Editores S.A., Bogotá, D.C., 2008.
- Banco Mundial. *Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores*. En: <http://web.worldbank.org/wbsite/external/topics/lawandjustice/gild>, (2001).
- Banco Mundial. *Principios revisados para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores*. En: <http://web.worldbank.org/wbsite/external/topics/lawandjustice/gild>, 2005.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. Consultada en www.rae.es.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Temis S.A., Bogotá, D.C., 1999.
- RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. *Nuevo régimen de insolvencia*. 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2007.

Superintendencia de Sociedades. *Ley 550 de 1999 –Legislación complementaria– comentada y concordada*. 1ª edición, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, D.C., 2002.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Colombia

Ley 222 de 1995

Ley 550 de 1999

Ley 1116 de 2006

Corte Constitucional. Sentencia C-699 del 2007. magistrado ponente Dr. RODRIGO GIL ESCOBAR.