



**ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD**
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**Aporte de los Decretos 560 y 772 de 2020 al proceso de reorganización empresarial de la
Ley 1116 de 2006**

Autor

Edwin Fernando Arcila Arango

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Abogado

Asesor

David Villa Uribe

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

Tabla de contenido

Resumen	3
Abstract	4
Introducción	5
Capítulo 1. Mecanismos de reorganización empresarial.....	7
Capítulo 2. Comportamiento de los diferentes sujetos concursales en un proceso de reorganización empresarial.....	12
Superintendencia de Sociedades	14
El A.E.D. desde la Superintendencia de Sociedades	15
Actuación de la SS en momentos, ex ante y ex post	17
El empresario deudor	20
Escenario 1	20
Escenario 2	21
Escenario 3	21
El acreedor	27
El acreedor frente a la toma de decisiones	30
Escenario 1	31
Escenario 2	31
Escenario 3	32
El promotor.....	32
Capítulo 3. Análisis de los Decretos legislativos 560 y 772 de 2020 que versan sobre sobre la insolvencia empresarial.....	35
Análisis del Decreto legislativo 560 de 2020	36
Capitalización de pasivos	38
Descarga de pasivos	39
Impacto a los acreedores	40
Pactos de deuda sostenible	41
Impactos sobre la empresa deudora.....	41
Impacto a los acreedores	42
Aspectos más relevantes	42
Aplazamiento de los gastos de administración	47
Aspectos tributarios en los procesos de insolvencia.....	48
Análisis del Decreto legislativo 772 de 2020	50
Ventajas	51
Desventajas.....	51
Conclusiones	53
Referencias	54

Resumen

El sistema concursal debe ser una institución capaz de generar un ambiente de confianza y seguridad para impulsar la dinámica económica. Es por eso que el mecanismo de reorganización empresarial tiene como finalidad la recuperación de empresas que presentan problemas de insolvencia y la protección de los intereses de los acreedores.

En el ámbito del régimen concursal se encuentran como partes procesales el deudor y los acreedores, quienes actúan bajo la lógica y la racionalidad económica buscando siempre la maximización de sus beneficios. También participan en el proceso concursal la superintendencia de sociedades que funge como director del proceso de reorganización empresarial y le corresponde en compañía del auxiliar de la justicia, garantizar los derechos de las partes y mediar o procurar que la toma de decisiones se dirija hacia la eficiencia económica con el menor costo social.

Así las cosas, se tiene que los actores concursales envueltos en diferentes actos jurídicos hacen sus análisis y toman sus decisiones con bases en criterios económicos, entonces el análisis económico del derecho (AED) desde el punto de vista concursal, se convierte en una herramienta importante para analizar las conductas empresariales bajo las limitaciones o exigencias de la norma y así evaluar qué tanto las reglas jurídicas están alcanzando sus pretensiones.

En la presente investigación se hace énfasis en el deber del legislador de procurar que la oferta legislativa sea una alternativa eficiente para que los agentes económicos resuelvan sus conflictos, y en que los decretos legislativos transitorios 560 y 772 de 2020, que llegan al sistema concursal en razón a la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, deben ser tenidos en cuenta para ajustar el régimen concursal vigente conforme a nuevas conductas económicas y sociales y así acercar al sistema al logro de sus objetivos de manera más eficiente.

Palabras clave: *sistema concursal; economía; reorganización empresarial; derecho comercial; derecho societario; insolvencia.*

Abstract

The insolvency system must be an institution capable of generating an environment of confidence and security to boost the economic dynamics. That is why the purpose of the corporate reorganization mechanism is the recovery of companies that present insolvency problems and the protection of creditors' interests.

The debtor and the creditors, who act under economic logic and rationality always seeking to maximize their benefits, are the parties to the insolvency proceedings. The Superintendence of Corporations in Colombia also participates in the bankruptcy process, which acts as the director of the corporate reorganization process and is responsible, together with the auxiliary of justice, for guaranteeing the rights of the parties and mediating or ensuring that the decision making process is directed towards economic efficiency with the lowest social cost.

Thus, the bankruptcy actors involved in different legal acts make their analysis and decisions based on economic criteria, then the economic analysis of law (ELA) from the bankruptcy point of view, becomes an important tool to analyze business conduct under the limitations or requirements of the law and thus evaluate how much the legal rules are reaching their claims.

This research emphasizes the legislator's duty to ensure that the legislative offer is an efficient alternative for economic agents to resolve their conflicts, and that the transitory legislative decrees 560 and 772 of 2020, which come to the bankruptcy system due to the pandemic generated by the Coronavirus COVID-19, should be considered to adjust the current bankruptcy regime according to new economic and social behaviors and thus bring the system closer to achieving its objectives in a more efficient manner.

Keywords: *bankruptcy system; economics; business reorganization; commercial law; corporate law; insolvency.*

Introducción

El régimen de insolvencia empresarial regulado por la Ley 1116 de 2006, es de suma importancia para la estabilidad económica de la nación en vista de que tiene por finalidades la preservación de la empresa como fuente de empleo y generar riqueza, además protege a los acreedores quienes hacen posible el desarrollo de las diferentes iniciativas empresariales (Congreso de la República de Colombia, 2006).

Así que el Estado, convencido del papel protagonista que juega la empresa en el desarrollo de la economía del país, ofrece a las empresas que se encuentran en situación de insolvencia y que sean viables económicamente un mecanismo recuperatorio llamado reorganización empresarial, para que, por medio de un acuerdo con sus acreedores traten de devolverle la viabilidad a la compañía para que siga cumpliendo su importante función económica y social.

La insolvencia empresarial necesita un régimen concursal eficiente que permita la recuperación y preservación de las empresas que presentan un déficit económico. el régimen de insolvencia empresarial regulado por la Ley 1116 de 2006 ofrece un mecanismo recuperatorio, por medio del cual las empresas en situación de insolvencia, pero viables económicamente puedan llegar a acuerdos con sus acreedores para recuperar su viabilidad y seguir cumpliendo su función económica y social.

Es importante tener en cuenta que el proceso concursal implica aspectos tanto económicos como jurídicos, por lo que se requiere de un análisis económico del derecho para entender cómo las normas concursales afectan las decisiones de los diferentes actores involucrados. Además, es importante resaltar que el tiempo es un factor determinante en la recuperación de las empresas insolventadas, por lo que un proceso concursal prolongado puede tener un impacto negativo en los resultados esperados para la concursada y sobre los derechos de los diferentes agentes relacionados con la empresa. Por ende, es responsabilidad del legislador asegurarse de que el régimen concursal esté acorde con el contexto en el que se desarrollan las actividades comerciales y ofrecer alternativas eficientes para resolver las problemáticas empresariales.

El estado de insolvencia es un problema de carácter económico que se presenta básicamente cuando una compañía tiene insuficiencia en su flujo de caja para atender oportunamente sus responsabilidades crediticias, entonces, el empresario que opta por acudir al escenario concursal de reorganización empresarial en aras a solucionar su problema tendrá que hacer una reestructuración económica, financiera y operativa, además de cumplir con una serie de trámites de carácter jurídico.

Dado que en el ámbito concursal confluyen e interactúan aspectos económicos como jurídicos, es importante contar con la herramienta llamada análisis económico del derecho (A.E.D), para poder entender como las diferentes normas concursales influyen en las decisiones de los diferentes actores, quienes por lo regular toman decisiones racionales en busca de optimizar sus propios beneficios.

El enfoque metodológico y recolección de datos e información pertinente para el desarrollo del presente trabajo tiene una perspectiva cualitativa, basada en mi experticia y conocimiento profesional – laboral que ha servido como fuente de datos, apoyada de la doctrina jurídica correspondiente al tema que permite determinar las diferencias, logros y falencias del régimen de insolvencia empresarial. Como autor investigador de la presente monografía, me he servido del recorrido como Economista profesional y especialista en Gestión tributaria, con experiencia superior a los 18 años como director de empresas y más 3

años como auxiliar de justicia ante la Superintendencia de Sociedades en calidad de liquidador y promotor.

Teniendo presente lo anterior, se propone en el siguiente trabajo de investigación abordar el tema siguiendo los siguientes objetivos:

Describir la importancia del mecanismo de reorganización empresarial para la estabilidad económica y la responsabilidad constitucional del Estado frente al régimen concursal; objetivo específico que se desarrollará en un primer capítulo en el que se presenta la relevancia de este mecanismo para evitar la desaparición de empresas viables que pasan por situaciones de insolvencia.

Posteriormente, para el segundo capítulo dos, se examinará el comportamiento de los diferentes sujetos concursales inmersos en el proceso de reorganización empresarial, estos son: la Superintendencia de Sociedades; el deudor; el acreedor; y el promotor. Sujetos que se comportan y toman decisiones en determinados eventos del ámbito de la insolvencia empresarial este capítulo en desarrollo del segundo objetivo específico con el fin de comprender el proceso basado en la experiencia del ejercicio profesional.

Para finalizar, se encuentra un tercer capítulo, en el cual se establecerá, a partir de la figura del análisis económico del derecho, que aspectos de los decretos de emergencia 560 y 772 de 2020 se deben tener en cuenta para darle mayor eficiencia al mecanismo de reorganización empresarial del régimen ordinario.

Los anteriores objetivos en aras de responder a la pregunta de: ¿Pueden los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 aportar cambios importantes en el proceso de reorganización empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006 desde el análisis económico del derecho?

Capítulo 1. Mecanismos de reorganización empresarial

La empresa en el modelo económico actual constituye un eslabón central en la economía, que permite movimiento de bienes, servicios, capital y trabajo; no obstante, como toda organización social, está inmersa en unas dinámicas no solamente internas propias de su funcionamiento, sino también externas, complejas y variables, que constituye retos y riesgos para su continuidad (Dabad, et al., 2015).

Asimismo, aunque las empresas de hoy son diferentes a las que se constituían hace algunos años, y ninguna es igual a la otra, la pandemia Covid-19 significó un riesgo potencialmente mayor para la permanencia de algunas de ellas, unas con menor nivel de afectación que otras, creando normas tales como los Decretos 560 y 772 de 2020 que se abordará con detalle más adelante en este escrito, unido a diferentes formas de hacer empresa que no se explicitarán, ya que no es interés de la monografía. En este apartado se abordará la relevancia de tiene la empresa en la economía de todo país y la responsabilidad constitucional que tiene el Estado para propiciar el mejor escenario para estas desarrollen de una manera eficiente su ejercicio.

Reitero, la empresa es fundamental en la economía del país, afirmación apoyada en un número importante de Sentencias orientadas a la definición, los límites, la naturaleza y fundamentos sobre el derecho a la libre competencia económica y de la libertad de empresa. En este sentido, la Corte Constitucional ha estudiado estos conceptos a través de las Sentencias C- 228 de 2010 y C-263 de 2011, reiterado en la Sentencia C-032 de 2017.

[...] a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general [...] (C-228, 2010, p. 8).

Ahora bien, mirando el contexto histórico de la evolución de la Ley de Insolvencia, se puede ubicar siguiendo lo estipulado por Cardona (2019) cuatro momentos, que tiene que ver con el énfasis del periodo de creación de la norma que le permite al deudor poder regular sus acreencias. El primer momento dado a través del Decreto 750 de 1940; el segundo momento está regulado por los Decretos 2264 de 1969 y 410 de 1971; el tercero estipulado a partir del artículo 89 de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999; y el cuarto momento por el establecimiento de la Ley 1116 de 2006, que actualmente orienta este proceso.

Conjuntamente, siguiendo lo expuesto por Carvajal (2020) los procesos concursales como figura jurídica se crean partiendo de una visión intervencionista del Estado, para lograr hacer frente a posibles crisis internas y externas que afecten el mercado, y que los cambios jurídicos que han tenido lugar en el tema, responden a la evolución sobre políticas públicas que se han tenido.

Por tanto, el primer momento se ubica en la primera normativa que abordaba la materia en el país, es decir el Decreto 750 de 1940, que entró en vigencia a partir del 15 de febrero de 1941, que según Carvajal (2020),

[...] se trató de un manual de convivencia para los comerciantes que con actos fraudulentos o simulados ejecutados por algunos comerciantes con el fin de evadir el cumplimiento de sus obligaciones para evitar que por medio de los procesos ejecutivos se obtuviera el pago de sus créditos (p. 11).

En este sentido, se evidencia una orientación a la protección de los acreedores y la estipulación de la sanción severa al deudor, estableciendo así parámetros para el régimen de quiebra, dando seguridad así a los créditos y castigos penales e inhabilidades para ejercer su labor a los comerciantes (Cardona, 2019). Es así como se ejercía una presión mayor al

empresario, que tenía la posibilidad demostrar que no era culpable para llegar a posibles acuerdos.

Un segundo momento, como lo detalla Carvajal (2020) se presentó bajo el establecimiento de los Decretos 2264 de 1969 y 410 de 1971. El Decreto 2264 marcó un hito al definir por primera vez el concepto de concordato preventivo facultativo y el de concordato preventivo obligatorio, orientado a convenir entre deudor y acreedor el pago de las obligaciones, dando mayor posibilidad al primero de nivelar el pago de sus deudas antes de declararse en quiebra. Es decir, se definió un mecanismo de carácter recuperatorio para el empresario.

Dos años después apareció el Decreto 410 de 1971 derogando el Decreto 2264 de 1969, sin desestimar el carácter recuperatorio del anterior Decreto, pero dotando de mayor relevancia al juez concursal y la participación activa de una entidad especializada en esos temas, dando así relevancia a la Superintendencia de Sociedades quienes a partir de ese momento direccionan el aspecto procesal del concordato preventivo obligatorio (Carvajal, 2020). Es necesario resaltar que Colombia atravesó una crisis económica en la década de los 80, lo que motivo a reformar la normativa con el Decreto 350 de 1989, de carácter preventivo y centrado en la protección del empresario (Cardona, 2019).

El tercer momento se ubica en la promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991 que marcó un rumbo diferente a la construcción de país en diferentes áreas entre ellas la económica, que en el Título XII del régimen económico y de la hacienda pública el artículo 333 establece que “[...] La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado [...] estimulará el desarrollo empresarial” y, posteriormente, la promulgación de las Leyes 222 de 1995 y 550 de 1999. En cuanto a la Ley 222 de 1995, esta unificó los trámites en materia concursal para la recuperación empresarial y la liquidación obligatoria; a la vez, despenalizó la quiebra (Carvajal, 2020).

Como producto de la crisis económica del año 1998 que llevó a la insolvencia del sistema financiero, se crea la Ley 550 de 1999 que estableció un nuevo proceso concursal, acuerdo de reestructuración, donde se introdujo la figura de promotor, que era el mediador entre acreedores internos y externos y el deudor. Es necesario resaltar, que se conservó el proceso de liquidación contemplado en la Ley 222 de 1995, pero, aunque inicialmente la Ley 550 de 1999 se tenía estipulada por cinco años, se extendió dos más, debido al éxito que presentó para la recuperación empresarial (Carvajal, 2020). Es a partir de esta Ley que se dejó de hablar de quiebra, ya que el legislador no volvió a utilizar dicha palabra en el articulado.

Es de resaltar que la Ley 550 de 1999 promovió el acuerdo de reestructuración, traducido en un alivio para la crisis económica que se presentaba en ese momento. Es decir, el logro de un acuerdo entre las partes con el fin de mantener la empresa y adelantar las acciones necesarias para no ser liquidada, era el objetivo central, hasta la entrada de la actual Ley 1116 de 2006 (Cardona, 2019).

Ya el cuarto momento, precisamente se da con la Ley 1116 de 2006, que buscó constituirse en la consolidación de una normativa del régimen de insolvencia unificado en el país, teniendo la protección de la empresa como criterio central, que tomó en cuenta las experiencias que en materia se tenía en el país, con el diseño de un proceso más ágil, acorde a los principios económicos y comerciales tanto colombianos como internacionales, estableciendo así las condiciones de igualdad entre los acreedores, seguridad jurídica al proceso de insolvencia, mayor celeridad y transparencia al proceso (Cardona, 2019).

Aunque esta última ley ha tenido modificaciones por parte de la Ley 1429 de 2010, se puede concluir, que representa la evolución que en materia de insolvencia y protección a la empresa que ha tenido en el país, logrando así el establecimiento de un proceso que dota de

principios y herramientas a los acreedores y deudores por medio del trámite establecido para lograr acuerdos que buscan la conservación de la empresa.

Así las cosas, evidenciados los cuatro momentos históricos y jurídicos, se pregunta frente al proceso de reorganización empresarial: ¿cuál es el papel del Estado? Tomando como referente el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia en lo concerniente a “[...] La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado [...] estimulará el desarrollo empresarial”. En este sentido, el Estado es el ente regulador, organizador, estimulador de la aparición y continuidad de la actividad empresarial. Complementariamente, el artículo 334 en su inciso 1, asevera que el Estado está a cargo de la dirección de la economía del país en sus diversas áreas, buscando un marco de sostenibilidad fiscal, entre otros (Constitución Política de Colombia, 1991).

La empresa juega un papel fundamental en el desarrollo de la economía, puesto que es la fuente mayor de generación de empleo, estimula la competitividad nacional e internacional mejorando las tasas de crecimiento económico a largo plazo, también son responsables de una proporción significativa del recaudo fiscal, en síntesis, las empresas como motores vitales de la economía están llamadas a generar riqueza y aportar al mejoramiento de los niveles de calidad de vida de la población.

Dado lo anterior, goza de una protección constitucional como lo ha señalado las Sentencias de la Corte Constitucional abordada en párrafos anteriores. Para enfrentar el caso concreto de la pandemia Covid-19 expidió los Decretos reglamentarios 560 y 772 de 2020, con el objetivo principal de conservar la empresa como fuente generadora de empleo y unidad de explotación económica

Acorde con la expedición de los decretos de emergencia, se ratifica que es esencial la protección de las empresas que se encuentran en crisis, especialmente aquellas que enfrentan problemas de insolvencia, puesto que el hecho de pasar por un escenario de iliquidez no siempre quiere decir que la empresa es inviable y, por tanto, debe ser liquidada.

Después de lo expuesto, se pregunta: ¿Qué se entiende por reorganización empresarial?

Por su parte, a través de la Ley 1116 de 2006, el legislador lo define en el Artículo 1 como un proceso legal que permite que la empresa insolvente llegue a un acuerdo con sus acreedores para el pago de sus acreencias y por medio de un plan de negocios logre una reestructuración operacional y administrativa que le permita devolverle su viabilidad económica y financiera.

Como lo expresa el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006, anteriormente expuesta, su finalidad se centra en la recuperación y conservación de la empresa; entonces, ¿la reorganización empresarial es una herramienta para el empresario? Sí.

El empresario es asumido como una persona creativa, que fija objetivos y toma decisiones para el bienestar de la entidad, pero se encuentra con escenarios inciertos y cambiantes, que aumenta su nivel de riesgo (Montoya, 2015). Dada su importancia para el mantenimiento de la estabilidad económica en un país, el Estado promueve un tratamiento y acompañamiento al empresario que le permita un respaldo para la continuidad de su actividad económica, siempre que está sea viable. A su vez, está promoviendo la protección del empleo, que tiene sustento constitucional en los artículos 333 y 334 (Constitución Política de Colombia, 1991).

Por su parte, Garrigues (2020) lo centra en un acuerdo, pero que tiene como componentes la voluntad de realizarlo y la sanción de una autoridad judicial, para la satisfacción de los acreedores. Otra definición la presenta Barrero Buitrago (2019) determinándolo como un procedimiento tendiente a buscar soluciones orientadas a salvar al

deudor, trátase de una empresa, persona natural comerciante, o patrimonio autónomo, que tiene por común la afectación en el hacer de las actividades de orden empresarial. Por tanto, el objetivo es lograr un acuerdo, sea con acreedores de tipo externo o internos, para el pago de las acreencias que se encuentran vigentes cuando se da apertura a la reorganización y buscar corregir posibles factores que originaron la crisis.

Todas y cada una de las definiciones anteriormente expuestas tiene como eje central una empresa con dificultades económicas y acreedores que quieren buscar por medio de un acuerdo satisfacer las obligaciones insolutas o existentes de la empresa.

Por tanto, la normativa y el perfeccionamiento de la misma ha establecido un interés legítimo y constitucional en la conservación y preservación de la empresa y, por ende, tiene una responsabilidad directa para que el sistema concursal cumple eficientemente su finalidad, esto es, la protección del crédito, la recuperación y conservación de la empresa y un aprovechamiento eficiente del patrimonio del deudor en caso de una liquidación judicial.

De tal manera que el Estado, a través de la Ley 1116 de 2006, ley de insolvencia empresarial, ofrece la reorganización empresarial para que las empresas viables que padecen el síndrome de la insolvencia, puedan generar un escenario que posiblemente les permita salir de la crisis y volver a potenciarse en el mercado.

En este sentido, un adecuado y eficiente sistema concursal, se orienta en evitar que empresas que puedan continuar con el desarrollo de su objeto social, una vez superen las crisis de iliquidez no entren en liquidación, contribuirá a un mejor desempeño de la economía nacional. Asimismo, generará dentro de la misma empresa la adopción de mecanismos para bajar el índice de probabilidad que pasé nuevamente por esa crisis.

Siendo así, se genera otro interrogante: ¿Cuáles aspectos repercuten positivamente en la empresa cuando se implementa un adecuado mecanismo recuperatorio? Inicialmente, el empleo es una de las variables económicas y sociales que más afectan e impacta el desarrollo y la estabilidad de una sociedad, por ende, es de protección constitucional y, cada vez que una empresa cae en estado de liquidación judicial dará como resultado un determinado número de personas sin empleo.

De ahí que, una empresa que entren en un proceso de reorganización empresarial y logró superar su crisis conllevará a una verdadera eficiencia social, puesto que no solo serán beneficiados la población laboral, sino todos los agentes que giran en torno a la empresa concursada.

En relación al acceso y costo del crédito comercial y bancario, es indiscutible la relación directa que esta tiene con la dinámica económica, puesto que en la medida que las tasas de interés sean altas y las condiciones para acceder al crédito sean complejas o con altas exigencias, el desarrollo y crecimiento empresarial será menor y, caso contrario, cuando el empresario encuentre baja de interés y facilidades de acceder al crédito, habrá mayor número de empresarios y mayor desarrollo empresarial, lo que sin duda arrojará un mejoramiento en el crecimiento y desarrollo económico (Pollack y García, 2004).

Complementando, así como se establece una relación directa entre el costo y acceso al crédito respecto a los incentivos del empresario a desarrollar iniciativas de negocios, también existe una íntima relación entre las disposiciones legislativas y las tomas de decisiones del empresario y los acreedores.

La eficiencia de la Ley de insolvencia se logra en la satisfacción de los intereses; por una parte, la del deudor, por la conservación de la empresa y de los acreedores por la recuperación de sus créditos, de una manera ágil y oportuna. Por ende, en caso de crisis del empresario, el acreedor tendrá una alta posibilidad de recuperar sus acreencias y en relación con el empresario-deudor, transmitiéndole la seguridad que siempre y cuando su negocio sea

viable, el mecanismo recuperatorio le brindará alternativas para superar la crisis. Sin duda, no es fácil encontrar ese punto medio donde la ley sea atractiva para las dos partes, pero es fundamental que el legislador no pierda de vista esta finalidad.

Es así como, la optimización de este mecanismo judicial requiere del empresario insolvente dos aspectos fundamentales, El primer aspecto, que logre detectar a tiempo la situación que le está afectando negativamente sus indicadores financieros, evitando esperar a que sus acreedores empiecen a tomar medidas drásticas, como cobros judiciales que pueden ocasionar embargos, medidas cautelares, por citar algunas. En conclusión, eventos tales que le disminuirán la viabilidad financiera y económica a la compañía, ante lo cual el mecanismo de reorganización empresarial no podrá ayudar a superar su deterioro patrimonial.

El segundo aspecto, la implementación y desarrollo del mecanismo de reorganización debe hacerse de una manera estructural, en el sentido que involucre las áreas administrativa, operativa y financiera, para que el alivio en su flujo de efectivo que le brinda el proceso de reorganización empresarial logre su verdadera finalidad (Cardona Osorio, 2018).

También es importante resaltar que, en el sistema concursal, se presenta un intervencionismo del Estado, con la finalidad de lograr ese orden económico, social y justo, aspecto evidenciado en los procesos de reorganización empresarial, donde se limita la autonomía de la voluntad de los particulares (empresario y acreedores) con el fin proteger la masa patrimonial del insolvente.

Otro papel fundamental del Estado referente con el mecanismo recuperatorio, es darle la debida publicidad, para que el empresario perciba o entienda que los procesos de reorganización empresarial son unas cartas de salvamento importante que le puede evitar caer en una liquidación judicial. Además, que los diferentes acreedores comprendan que una empresa en reorganización no siempre presenta una amenaza para la recuperación de sus acreencias, por el contrario, su colaboración y apoyo es fundamental para que el empresario regresé a su normalidad económica y financiera y así pueda responder con sus obligaciones debidamente.

En términos generales una adecuada legislación concursal genera tranquilidad y seguridad en todos los agentes económicos, además atraerá mayor inversión extranjera, todo esto, indispensable para incrementar los niveles de crecimiento y desarrollo económico del país.

Capítulo 2. Comportamiento de los diferentes sujetos concursales en un proceso de reorganización empresarial

Al ser la insolvencia empresarial un aspecto complejo que requiere la intervención de la disciplina jurídica como de la económica, se debe acudir al Análisis económico del Derecho (A.E.D) como herramienta que busca la eficiencia de las estructuras jurídicas con el fin de encontrar el mejor resultado económico.

Dado lo anterior, el objetivo de este capítulo es interpretar como los cuatro actores principales del proceso de reorganización empresarial, como son, la Superintendencia de Sociedades, el deudor, el acreedor y el promotor, se comportan y toman decisiones en determinados eventos del ámbito de la insolvencia empresarial, con el fin de esclarecer algunos comportamientos de los agentes, se tiene en cuenta aspectos de la experiencia profesional del autor del presente trabajo.

Así que, respecto a la Superintendencia de Sociedades se analizan dos momentos, un primer momento, ex ante, referente a cómo es percibida la legislación concursal o los trámites procesales por parte de los sujetos concursales y el momento ex post, qué trata sobre la posición de la entidad respecto a la elección del procedimiento concursal por parte del sujeto solicitante.

Desde la óptica del empresario se analizan tres escenarios, el primero, se refiere al momento de iniciar un proyecto empresarial, el segundo, se presenta cuando el empresario esta desarrollando su objeto social y empieza a sentir señales de iliquidez y por ende incumplimiento en las obligaciones y el tercer escenario, trata de la elección que debe hacer el empresario en crisis respecto al procedimiento de insolvencia a solicitar.

En cuanto al acreedor también se toman tres escenarios, el primero, trata del análisis que hacen los acreedores sobre la garantía que ofrece la legislación concursal para la recuperación de sus créditos, segundo, se refiere a cómo actúan los acreedores cuando el empresario empieza a mostrar incumplimiento con las obligaciones crediticias (tutela individual) y el tercer escenario, hace alusión al momento donde la empresa se encuentra bajo el régimen de insolvencia y el reclamo y la recuperación de los créditos insatisfechos se tienen que hacer bajo las reglas del concurso (tutela colectiva).

Por último, se trata el rol y la influencia del promotor en el proceso de reorganización empresarial en calidad de auxiliar de justicia.

La insolvencia empresarial es un asunto que tiene más elementos económicos que jurídicos, puesto que sus bases se encuentran en las diferentes variables económicas y financieras que se vuelven insuficientes para garantizar un negocio en marcha que pueda satisfacer adecuadamente las diferentes obligaciones que tiene una empresa con cada uno de sus acreedores.

Por otro lado, sin desconocer su importancia, existe la dimensión jurídica que conlleva la insolvencia empresarial; dimensión en la que los diferentes actores que gravitan alrededor del deudor insolvente requieren de un órgano estatal que regule y medie para que el derecho sobre sus acreencias sea respetado y garantizado como debe ser en un Estado social de derecho. Esto se constata con el artículo 6 de la Ley 1116 de 2006, normativa que establece el régimen de insolvencia empresarial, donde determina la competencia de la autoridad que conocerán del proceso:

“Artículo 6°. Competencia. Conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso: La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciante

El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso”. (Congreso de la República, 2006, art. 6)

Dentro de este contexto podemos decir que obligatoriamente el fenómeno de la insolvencia empresarial tiene que discutirse y analizarse tanto desde la perspectiva económica como desde la jurídica; puesto que desde la primera se busca entender cuáles fueron las causas que originaron el estado crítico de la empresa, y cuáles pueden ser los mecanismos apropiados para superar la crisis. Y la segunda perspectiva, la jurídica, indaga sobre los aspectos legales que pudieron contribuir al estado crítico del deudor insolvente y cómo se pueden proteger los intereses de los diferentes acreedores y así preservar la confianza de los agentes en la dinámica de la economía.

El Análisis Económico del Derecho (A.E.D.), es una figura académica que ha servido como instrumento que logra estudiar y crear sinergia entre estas dos disciplinas: La economía y el derecho. Las dos indispensables para entender el fenómeno de la insolvencia empresarial. El análisis menciona el profesor Doménech (2014), tiene como finalidad analizar sistemas normativos buscando como principal objetivo encontrar la eficiencia de las estructuras jurídicas, en otras palabras, el A.E.D. intenta lograr que el sistema jurídico logre sus propósitos al menor costo posible, puesto que no se puede negar que los sujetos toman decisiones racionales escogiendo o haciendo uso de aquellas normas que ofrezcan mejores incentivos para sus intereses particulares.

Así que el instrumento antes referenciado, parte de herramientas objetivas las cuales estudian el comportamiento o la toma de decisiones de los diferentes actores del sistema y las compara o contrarresta con los objetivos del cuerpo normativo para ver si estos están cumpliendo de la manera más óptima y eficiente su finalidad. El A.E.D. usa las herramientas de la teoría económica donde se encuentran características necesarias para determinar si hay un resultado positivo o negativo, como, “la teoría de precios, el análisis costo beneficio, la aplicación de criterios de eficiencia, la estadística, la econometría, el análisis estratégico y la teoría de juegos, entre otras” (García García y Zavala, 2017)

A pesar de que el análisis como instrumento se ha ido estudiando progresivamente frente a los resultado positivos y negativos, Doménech desde el 2014 ya había determinado que la teoría del A.E.D. podía arrojar resultados positivos o normativo: es positivo cuándo estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez; y es normativo cuando trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines.

Conforme a lo que se ha dicho, siguiendo lo expuesto en el texto de Doménech (2014), la teoría económica es una herramienta que ayuda a predecir cómo reaccionan los actores que pueden ser sujetos de un proceso concursal y establecer así cuáles pueden ser los costos particulares y sociales de los instrumentos de la normatividad concursal.

De modo que el análisis del sistema concursal desde la óptica del A.E.D. nos podría llevar a importantes cuestionamientos de cómo lograr que el concurso desde su normativa permite optimizar el estado en el que se encuentran cada uno de los sujetos del proceso.

Entonces, respecto al análisis positivo surgen los siguientes interrogantes:

1. ¿Qué incentivo o motivación tiene el deudor para acercarse a la Superintendencia de Sociedades y buscar el mecanismo que ofrece el sistema concursal?

2. ¿Cuál sería el impacto económico y jurídico del acreedor de involucrarse en un proceso concursal?

3. ¿Los diferentes tipos de acreedores tienen incentivos para apoyar al emprendedor en su iniciativa empresarial proyectando lo que podría pasar si el empresario fracasa en su finalidad económica?

4. Ante un posible proceso de reorganización, ¿percibirán los acreedores que sus acreencias pueden ser respetadas bajo las normas que orientan dicho proceso o por el contrario es una normatividad pro-deudora y las posibilidades de recuperación del crédito son mínimas?

En relación al análisis normativo se plantean los siguientes cuestionamientos:

1. ¿La norma que cobija al concurso, transmite al empresario un sentimiento verdadero de responsabilidad, de actuar de buena fe y con el mayor compromiso en sus decisiones empresariales de tal manera que prevea o evite poner en un riesgo exagerado los recursos de sus acreedores?

2. ¿Percibe el deudor que los mecanismos concursales son una herramienta jurídica importante para recuperar la viabilidad de su compañía?

Así las cosas, el A.E.D debe convertirse en un importante instrumento de análisis para lograr que las normas que gobiernan el sistema concursal sea una herramienta efectiva para los agentes económicos y los incentive a crear o apoyar diferentes proyectos empresariales.

De modo que el sujeto económico que actúa en calidad de empresario con la posible eventualidad de convertirse en deudor insolvente sienta que lo acompaña un sistema concursal eficiente, que, ante situaciones de crisis dadas por factores externos o internos, ajenos a su buen actuar como agente de negocios, le brinde los instrumentos idóneos que le ayuden a devolver la viabilidad a su negocio o de no ser posible, a que su patrimonio sea liquidado de manera óptima entre sus acreedores.

En relación con el grupo de actores que actúan en calidad de acreedores, la normativa debe lograr que estos se animen a apoyar al empresario, ya sea en calidad de proveedor, financiador, trabajador, accionistas, etc., pues ellos perciben que existe una entidad, la Superintendencia de Sociedades, con suficiente capacidad e idoneidad para participar en la resolución de problemas derivados de la crisis empresarial.

Dentro de este contexto, se indica cuál es el rol y posición de cada uno de los principales actores que participan en el proceso concursal y cómo podría influir una normativa que busque la eficiencia concursal en las decisiones racionales del empresario deudor y los acreedores.

Superintendencia de Sociedades

Es pertinente empezar este análisis con la normativa que define a la Superintendencia de Sociedades, en adelante SS, como actor principal en el régimen concursal, puesto que alrededor de esta entidad administrativa gravitan los demás actores del sistema y es esta entidad la que va a dictar sentencia o concepto, o dicho en otras palabras es la encargada de resolver todas las actuaciones que surjan en el proceso concursal. (Ley 1116 de 2006, art. 6)

La SS desde hace más de cinco décadas siempre ha estado presente en las diferentes situaciones que ha presentado la economía, como lo menciona Pájaro en su artículo sobre las autonomías y la independencia del Juez en el proceso concursal.

“Desde el trámite de los concordatos preventivos de que trataban el Decreto 2264 de 1969 y el Código de Comercio de 1971, pasando por el régimen del Decreto 350 de 1989, y

las sucesivas reformas operadas por el Decreto 2651 de 1991, la Ley 222 de 1995, la Ley 550 de 1999, la Ley 1116 de 2006, e incluso en las legislaciones de emergencia introducidas en los Decretos 4334 de 2008, 560 y 772 de 2020, las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades se han mantenido como una constante en nuestra legislación concursal” (Pájaro, 2020, p. 356).

El hecho de que la SS tenga funciones jurisdiccionales hace necesario hacer algunas aclaraciones, apoyadas por lo que reflexiona Rodríguez (2007) en su texto sobre el régimen de insolvencia:

1. La SS como autoridad administrativa solo puede practicar funciones jurisdiccionales en aquellos asuntos asignados expresamente por la ley y no en cuestiones que exceden los límites de lo dispuesto por el legislador, la interpretación de las normas que atribuye este tipo de funciones debe ser siempre restrictiva.

2. La actividad jurisdiccional que es ejercida por la SS es de carácter excepcional; lo cual puede interpretarse de lo expresado por la Constitución Política, y es que por ningún motivo deberá convertirse en la regla general, pues de hacerlo se incurriría en una violación al principio de la separación de las ramas del poder público.

3. Adicionalmente dice la Constitución que esas funciones jurisdiccionales proceden únicamente cuando exista una norma que las asigne para conseguir los fines que ella señale.

4. La Constitución es clara en señalar que las funciones jurisdiccionales de la administración son limitadas; es decir que por ningún motivo son absolutas, pues la esencia de la SS es ejercer funciones administrativas. Sin embargo, es importante señalar que la SS funge como juez de concurso de manera permanente, aspecto que no va en contravía del carácter excepcional del que nos habla el constituyente, puesto que en ningún momento dijo el legislador que era un ejercicio transitorio.

5. Las actuaciones judiciales de la administración, en este caso la SS, deben regir por los mismos principios que gobiernan la rama judicial, a saber: predeterminación, autonomía, independencia, e inamovilidad.

La figura que cumple la Superintendencia de Sociedades, de una parte, tiene función netamente administrativa como es la vigilancia y control del sector empresarial, y por otra, la función judicial como juez del concurso. Este actuar mixto de la SS cobra relevancia en la medida en que este ente administrativo que actúa como juez del concurso tiene la posibilidad de contar con un amplio y capacitado grupo interdisciplinario de profesionales. Este grupo está formado principalmente por analistas financieros, economistas, contadores y abogados; quienes, sin duda, juegan un papel crucial en el desarrollo del proceso concursal, beneficiando de manera esencial a las partes involucradas y a todos los actores indirectos.

El A.E.D. desde la Superintendencia de Sociedades

Sin lugar a dudas la SS como juez de los procedimientos de insolvencia y como figura estatal tiene la gran responsabilidad de velar por la eficiencia del sistema concursal, tal y cómo lo expresa el artículo 1 de la Ley 1116 en su primer y segundo inciso:

“[...] El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”. (Congreso de la República de Colombia, 2006).

Entonces según el enfoque del A.E.D., el legislador debe velar porque sus normas busquen siempre la asignación eficiente de los recursos y para lograr esto es fundamental, entre otros aspectos, reducir los costos de transacción o de coordinación como lo expresa el distinguido economista Ronald Coase, en su famoso artículo ‘El problema del costo social’ (1960), la poca intervención del Estado es, en términos generales, la regla número uno; la normativa debe minimizar los costos transaccionales de los negocios jurídicos, pudiendo el derecho entonces ayudar a esta disminución anticipando las consecuencias mediante figuras legales estándar, que incluso puedan evitar negociaciones que derivan en una extensión y desgaste innecesario.

De manera que, conforme a este punto de vista, la eficiencia se consigue disminuyendo al máximo los costos de transacción entre los principales agentes del proceso concursal, siendo uno de los principales costos los prolongados tiempos que duran los procesos que buscan ese anhelado acuerdo entre el deudor y los acreedores.

Por lo tanto, el legislador en temas concursales, en los que prevalecen los elementos económico y patrimonial de los sujetos procesales, no puede perder de vista la conducta racional del deudor y de los diferentes acreedores que guiados por su lógica económica y maximizadora de beneficios requieren de un sistema normativo que regule sus conductas sin perder la eficiencia del sistema concursal; por ello, podría decirse que a mayores costos de transacción o de coordinación o mayor protagonismo del sistema jurídico y menos capacidad negocial entre los principales actores del concurso, se puede ver disminuida la eficiencia concursal.

Desde esta perspectiva de la eficiencia concursal el legislador siempre deberá tener en cuenta en su diseño o propuesta normativa, cuáles son aquellas normas que propenden por la minimización de los costos de transacción y cómo propiciar o incentivar los acuerdos privados, la manifestación de las voluntades de los sujetos del concurso y evitar al máximo cualquier obstáculo que interfiera en la negociación privada; y solo en caso de que esta no funcione debe actuar la ley de manera que proteja los derechos de las partes en el proceso.

Cuando el empresario entra en un escenario de insolvencia de manera inmediata empieza a afectar los derechos de sus acreedores, y ante esto, ellos pueden, en aras de defender sus derechos, acudir a la tutela individual o emplear la tutela colectiva.

La evolución del sistema concursal ha demostrado que es más eficiente que los acreedores de manera conjunta busquen la satisfacción de los créditos y no hacerlo de manera individual a través del sistema ordinario, puesto que cada uno pensará en cómo lograr recuperar sus acreencias lo más pronto posible sin interesarle cómo se pueden afectar los activos del insolvente disminuyendo así su capacidad para generar riqueza, generándose de esta forma un mayor costo social.

De lograr una debida reestructuración, la empresa puede recuperar su viabilidad, de tal forma que los acreedores podrían obtener un mayor valor, porque si se optara por el mecanismo de la liquidación, sería una decisión sumamente ineficiente, pues desaparecería la empresa como unidad productiva, dado que lo más usual en este tipo de procesos es la venta de los activos, donde normalmente se desmiembra la masa productiva, ya que es difícil vender el aparato productivo como un todo, para que otra firma lo opere, llevando esta decisión a un alto costo social.

Asimismo, es importante tener en cuenta que la vía de la tutela individual para recuperar el crédito tiene unos costos de coordinación mayores, pues lo más probable en estos escenarios es que el deudor se encuentre con más obligaciones pendientes, y los acreedores no cuenten con la información suficiente para saber si tendrán una verdadera posibilidad de hacer valer su crédito o no, pues podrían estar unos acreedores antes que él y con mejores condiciones; entre tanto para el deudor frente al comportamiento descoordinado de sus acreedores le será más difícil crear estrategias financieras y empresariales que le permitan una reestructuración adecuada para salir de la iliquidez temporal, partiendo del hecho de que su negocio es económicamente viable, dado que el deudor puede, según Alarcón Lora en su investigación sobre los procesos concursales, “preparar un documento que revele la graduación y reconocimiento de sus acreencias, los créditos serán aportados por el deudor en un documento que se debe acompañar con la petición de apertura de trámite concursal”. (Alarcón Lora, 2011, p. 24)

De esta manera se puede llegar a perder una empresa que podría ser solvente en el mediano plazo, situación que afectaría la eficiencia económica y social del país por no tener en cuenta o regular con flexibilidad situaciones que pueden ser simplemente temporales para los comerciantes y empresarios en los diferentes sectores económicos.

En contraste con la tutela individual, y con el fin de buscar optimizar el patrimonio del deudor de manera que cubra o satisfaga el mayor número de obligaciones crediticias, se debe propender porque el insolvente busque la entrada al sistema concursal y a partir de un foro común (deudor y acreedores), buscar las alternativas más óptimas para lograr dos finalidades fundamentales: primero tratar de salvar la empresa para que siga cumpliendo su objeto social; y segundo, que siga generando empleo y riqueza, mientras que satisface sus obligaciones crediticias de manera cumplida.

Es así que la SS como operador jurídico tiene la loable y estratégica misión de ser una institución que siempre busque alternativas para que el sector empresarial sienta que esta Superintendencia no solo cumple una misión de control y vigilancia, sino que además puede convertirse en un agente importante que en algún momento de crisis empresarial estará a la orden para proponer alternativas de solución y propiciar un armonioso encuentro del deudor con sus acreedores, quienes sin lugar a dudas necesitan sentir el respaldo institucional respecto a sus acreencias que están comprometidas con la crisis del empresario.

Actuación de la SS en momentos, ex ante y ex post

Como se ha venido indicando los agentes económicos en su dinámica presentan dos momentos principales; un momento, ex ante, el cual analizan factores claves para llevar a cabo sus proyectos (análisis, financieros, de mercado, políticos, jurídicos, etc.) desde el aspecto jurídico particularmente desde el régimen de insolvencia, los sujetos examinan qué protección les puede brindar la legislatura en insolvencia, decisión que los estimulará o desestimulará para llevar a cabo sus proyectos, y el segundo momento, ex post, se presenta cuando los agentes económicos están en una crisis de insolvencia y requiere de un régimen concursal eficiente que logre dirimir sus conflictos al menor costo posible y con el mínimo impacto social.

A partir de lo anterior, se analizará como la SS debe actuar frente a cada uno de los momentos planteados:

El legislador como creador de la normativa de insolvencia empresarial y la SS como operador y autoridad concursal tienen una ingente responsabilidad y protagonismo en cada uno de estos dos momentos descritos anteriormente.

Respecto al momento ex ante se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El legislador debe diseñar normas claras y sencillas que generen confianza, de tal manera que los diferentes agentes de la economía sientan que existe un sistema jurídico que garantiza los derechos en cada una sus actuaciones. Entonces esto dará incentivos y seguridad tanto a los nuevos emprendedores como a los ya existentes de que se cuenta con una institucionalidad, una entidad reguladora a la cual se puede acudir en momento de crisis económicas o financieras; mientras que, por otro lado, los diferentes acreedores que acompañan estratégicamente la dinámica y crecimiento empresarial incentiva al empresario a tomar decisiones con mayor tranquilidad y seguridad, pues este sabe que en el momento de que sus créditos se encuentren en dificultades de cobro, la SS entrará a mediar ofreciendo un escenario concursal eficiente, transparente y ágil.

2. Con relación a la oferta de crédito, que es una de las variables que más restricciones encuentra el empresario en el normal desarrollo de su actividad, y más aún cuando presentan indicios de insolvencia, se tiene que un escenario ex ante que genere al prestamista una alta confianza por parte de la institucionalidad conllevará a que la tasa de interés sea menos onerosa, puesto que de no existir dicha seguridad el costo de los préstamos inmediatamente se incrementaría, pues el crédito estaría en un escenario de mayor riesgo e incertidumbre, por este motivo un sistema concursal predecible redundaría en altos beneficios tanto para el prestatario como para el prestamista.

El hecho de que tanto los deudores como los acreedores sientan que cuentan con un sistema concursal eficiente que incentiva la autonomía privada, pero que tutela las posibles vulneraciones de los derechos de cualquier actor procesal, los inducirá a que en los momentos de dificultades e incertidumbre económica opten por buscar la solución de sus problemas en el ámbito concursal; proceso que por medio del fuero de atracción, cómo se explicó en la competencia de la autoridad para conocer de estos asuntos, reunirá a todos los sujetos involucrados para ayudar a que se tomen las decisiones que logren maximizar y optimizar el patrimonio deficitario del insolvente y alcanzar la mayor tasa de recuperación de créditos, logrando así sin lugar a duda una menor pérdida social, o dicho en otras palabras, la elección social más deseable.

Como se ha venido indicando en este capítulo, las controversias que surgen en el ámbito de la insolvencia son de un alto contenido económico, por lo que las decisiones o posiciones de los sujetos procesales partirán de una racionalidad económica tendiente siempre a la búsqueda de la maximización de sus beneficios; por lo tanto, es fundamental que estos sujetos estén convencidos de que el sistema concursal, como tutela colectiva por encima de la tutela individual, les pueda otorgar menores costos de transacción, menores costos procesales y brindar mayor información que ayude a reducir la incertidumbre, y finalmente se logren resultados en menores tiempos.

Otro aspecto relevante es que la SS no solo actúa en el rol de autoridad concursal, sino como se expresó al inicio del capítulo, también cumple el papel de vigilancia y control como entidad administrativa que es; entonces desde este rol puede, a partir de un momento ex ante, podrá identificar qué empresas podrían estar en situaciones cercanas a la insolvencia y así proponer o exigir alternativas que busquen solucionar esta delicada situación económica que de trascender, podría llevar a la extinción de la empresa con el negativo impacto social que esto produce, pues la empresa es la institución que más empleo genera en la economía y además el impacto de su desaparición afecta las finanzas individuales de cada uno de los acreedores que giran a su alrededor.

Con relación al momento ex post se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Es en este plano donde la empresa ha debido tratar por todos los medios de superar la insolvencia sin obtener un resultado positivo, no le queda otra opción que entrar al sistema concursal a buscar la solución para tratar devolverle la viabilidad a la empresa por medio del mecanismo de la reorganización, o tomar la difícil decisión de liquidar todo su patrimonio para responder a sus acreedores.

2. En esta etapa se tiene que definir es la opción del procedimiento concursal adecuado para hacerle frente a su situación de insolvencia; por lo tanto, en esta fase se debe hablar de la eficiencia concursal ex post, puesto que un error en la elección del instrumento concursal conllevaría a unos costos adicionales del sistema judicial y una menor rentabilidad del activo del deudor así como una disminución en la tasa de recuperación del crédito, alejándose de esta manera del fundamental criterio económico que es la maximización de los beneficios, que sin duda, es la lógica racional de cada uno de los sujetos del proceso. Desde este punto se tiene que la S.S, asume un papel relevante puesto que esta institución es la encargada de analizar la solicitud que presenta al trámite concursal algunos de los sujetos legitimados (art 11 ley 1116), por lo cual debe evitar al máximo que se presente un error concursal, entendido este como elegir un procedimiento concursal que no corresponda a la situación económica y financiera de la empresa en crisis.

Se ha sostenido en el ámbito concursal, que en la solución concursal se debe tener presente que; las empresas viables deben ser reorganizadas y las empresas inviables deben ser liquidadas. (Bisogno y de Luca, 2014)

Si consideramos los ingresos actuales del deudor (E), sus obligaciones (P), el valor de liquidación en insolvencia (VL) y su valor como entidad reorganizada (VR).

Partiendo de esta ilustración tenemos que la SS podría ayudar a evitar que se presenten alguno de los siguientes errores concursales:

1. Liquidar una empresa sabiendo que sus ingresos (E) son mayores que sus egresos (P) y su valor de reorganización (VR) es mayor que su valor de liquidación (VL). Esta empresa debería entrar al proceso de reorganización empresarial (P.R.E.).

2. La empresa entra al P.R.E., dado que sus ingresos (E) son mayores que sus egresos (P), pero debe ser liquidada debido a que su valor de reorganización es menor que su valor de liquidación.

3. Liquidar una empresa por ser insolvente es decir sus ingresos (E) son menores que sus egresos (P), pero su valor de reorganización (VR) es mayor que su valor de liquidación (VL), por lo cual esta empresa debería entrar al P.R.E.

4. La empresa entra al P.R.E, teniendo en cuenta que sus ingresos(P) son menores que sus ingresos (E) y además su valor en reorganización (VR) es menor que su valor de liquidación (VL), así que esta empresa debe ser liquidada.

En resumen, se tiene que, si la SS hace un examen exhaustivo aprovechando su cuerpo técnico especializado, sobre las solicitudes presentados por los sujetos legitimados se podría evitar un importante número de errores concursales lo que puede llevar a las siguientes reflexiones:

A. La SS está condicionada a la política legislativa, la cual en términos concursales tiene una finalidad trazada, donde sobresale la recuperación de la empresa dado el impacto social que ella proporciona, por tanto, la decisión de optar por definir determinado procedimiento concursal tendrá que ser sopesados con la dirección de legislador que se enfoca en el impacto social más favorable.

B. El hecho de incurrir en un error concursal en el sentido de aceptar que una empresa entre a un proceso de reorganización, cuando la decisión más eficiente es la liquidación judicial, conlleva a dos aspectos principalmente:

I) incremento innecesario de tiempos procesales que ocasionan un mayor costo judicial, dado el tiempo involucrado en un proceso que termina por incumplimientos.

II) el fracaso de la negociación afecta los intereses de los acreedores, pues si los activos hubiesen sido vendidos en la fase de liquidación la tasa de recuperación de crédito hubiera sido mayor.

C. El otro tipo de error sucursal, es decir, el de liquidar una empresa que podría recuperar su viabilidad por medio del proceso de reorganización empresarial, conllevando a los siguiente:

I) lógicamente el principal impacto recae sobre la sociedad al perder una unidad productiva con posibilidades de explotación económica y generación de empleo.

II) los acreedores que podrían recuperar una mayor proporción de sus créditos y continuar sus lazos económicos con la concursada.

III) los socios y accionistas que perderían la posibilidad de continuar con su proyecto empresarial.

Este primer bosquejo de la SS como uno de los actores principales del régimen concursal, da cabida a analizar al empresario deudor, al acreedor y al promotor.

El empresario deudor

El empresario a partir de su crisis empresarial se vuelve el eje central del proceso concursal, cómo se expresó en el capítulo anterior, la empresa sin lugar a dudas es parte fundamental en el desarrollo y crecimiento de cualquier país y, por tanto, se ha vuelto un sujeto de alta protección constitucional basado en el artículo 333 de la Constitución Política colombiana.

El empresario a partir de su idea o proyecto empresarial empieza a transitar por diferentes escenarios que siempre serán determinantes para que su proyecto económico logre los fines esperados, en cada uno de estos escenarios tendrá que tener en cuenta la situación de la insolvencia, ya sea, desde la proyección de que se pueda presentar, ya sea, desde los síntomas que le indiquen que se acerca a dicha situación o, por último, desde la instancia donde se vea obligado a una intervención bajo el régimen de insolvencia.

Dado lo anterior, se explican los tres posibles escenarios en los cuales el empresario normalmente transita mirado desde la esfera del régimen de insolvencia.

Escenario 1

En esta etapa preliminar el empresario analiza una serie de factores que le permiten proyectar lo que pueda ser el comportamiento y el futuro de la empresa, por tanto, hará un estudio sobre diferentes variables endógenas y exógenas respectivamente.

De manera particular deberá hacer un análisis sobre el régimen concursal vigente de manera tal que pueda evaluar y proyectar qué tan amigable o qué incentivos o alternativas le ofrece el sistema concursal ante una eventual crisis financiera o de insolvencia para así, en caso de continuar con la idea empresarial, saber cómo debe diseñar la estructura de su capital y orientar su política de financiamiento en aras de poder minimizar los riesgos de esta índole.

De modo que, si existe una ley de insolvencia que proteja en mayor medida a los acreedores, se espera que el empresario sea más prudente y estratégico para tomar ciertas decisiones de inversión; pues sabe que, de entrar a un escenario de insolvencia, podría poner en alto riesgo sus intereses propios y de los accionistas, puesto que la política legislativa en términos concursales se inclina por la protección del crédito.

En sentido contrario, si la orientación del legislador es motivar a los agentes económicos a que inicien proyectos empresariales o repotencien los existentes, ofrecerá una ley de insolvencia que le brinde alternativas favorables para enfrentar y superar posibles estados de insolvencia, pudiendo evitar al máximo que la empresa se vaya al estado de liquidación judicial.

Así que, en este escenario es fundamental un buen análisis de cómo el legislador trata a las empresas en crisis de insolvencia. Las micros y pequeñas empresas (MYPES), se caracterizan por no tener una estructura administrativa con el personal profesional idóneo que logre hacer evaluaciones económicas, financieras y jurídicas de esta índole, lo que sin duda le ayudaría de gran manera a minimizar los riesgos propios y de los acreedores que participan en la dinámica del negocio.

Escenario 2

En este plano se encuentran aquellas empresas que están desarrollando su objeto social, pero empiezan a sentir señales de iliquidez provocada ya sea por dificultades en la parte operativa, disminución en los márgenes de rentabilidad, nueva competencia que afecta su volumen de venta, problemas con la dirección de la firma, entre otros inconvenientes. El problema en su flujo de caja se empieza a manifestar en el retraso de las obligaciones a los diferentes acreedores como bancos, proveedores, trabajadores o entidades estatales, etc.

De modo que lo más importante ante una situación de síntomas de insolvencia es que la directiva de la empresa desde una posición racional y realista trate de identificar cuáles son las causas principales que están llevando la compañía a la situación de iliquidez y replantear las posibles soluciones que puedan devolverle la estabilidad y el equilibrio financiero.

Al mismo tiempo es recomendable la ponderación o la simulación de cómo podría quedar la estructura financiera, patrimonial y la relación de los pasivos con respecto a los activos en caso tener que recurrir al financiamiento externo; para así proyectar, en el evento de verse inmerso en el régimen de reorganización empresarial, en quien o quienes quedaría la potestad de definir el acuerdo.

De ahí que, es muy importante tener claridad sobre cuál es la orientación de la política concursal, para así estructurar la toma de decisiones, dentro de lo cual se debe tener en cuenta además, que estamos en un contexto económico en el que se percibe que la empresa que se encuentra en un mecanismo de recuperación o de reorganización empresarial, es una compañía altamente vulnerable, y normalmente catalogada de alto riesgo; por lo cual, las fuentes de financiación por parte del sector bancario se tornan difíciles o con un alto costo, los proveedores exigirán pago anticipado y en general todos sus acreedores estarán en una posición defensiva con pocas intenciones de negociación, cerrándose cada vez más las posibilidades de recuperación de la empresa.

Escenario 3

En este escenario donde el empresario llega al momento de tener un prolongado flujo de caja deficitario, con un significativo número de acreedores insatisfechos y con pocas

posibilidades de seguir con el desarrollo normal de su negocio. Se ve obligado a acudir al régimen de insolvencia para tratar de solucionar su situación crítica, así que el insolvente tiene que dirigir su análisis hacia qué tipo de procedimiento debe solicitar a la SS, si el de liquidación judicial o el de reorganización empresarial.

Dicha decisión debe partir de un análisis racional, honesto y técnico, puesto que una decisión desacertada tiene un costo social muy significativo, ya que impacta no sólo a los accionistas y acreedores, sino también a la comunidad en general, sobre todo a trabajadores.

Se dice que debe ser racional en el sentido de que en su análisis no predomine el elemento emocional, puesto que hay muchos empresarios que creen que la existencia de la organización será eterna, y no comprenden que, como los seres vivos, las empresas también cumplen ciclos hasta que llega su final, Entonces con ese nocivo apego se continúa la operación de un negocio con la falsa esperanza de que la situación podría mejorar sin necesidad de llevar a cabo ninguna estrategia.

Debe ser honesto porque no se debe aprovechar la ley para sacar ventajas individuales en detrimento de los acreedores, dado que lamentablemente con la práctica del abuso del derecho, entre otras regulado por el Código de Comercio en su artículo 830, algunos empresarios utilizan el concurso para desmejorar su patrimonio, el cual es la verdadera prenda de garantía de los acreedores, sin embargo más adelante se mencionara lo que la Corte Constitucional ha conceptualizado al respecto en sus providencias (Decreto 410 de 1971 - Código de Comercio, 1971).

Y debe ser técnico porque el análisis debe hacerse por medio de profesionales idóneos como financieros, economistas, administradores y abogados quienes, a partir de la información real de la compañía, puedan realizar las proyecciones indicadas que le permitan llegar a conclusiones acertadas bien sea eligiendo el mecanismo recuperatorio que logre devolverle la viabilidad a la concursada o el mecanismo liquidatorio que consiga maximizar el patrimonio del insolvente, para alcanzar una mayor tasa de satisfacción de créditos, en general se debe buscar siempre obtener un mayor beneficio social.

Si bien la SS tiene la discrecionalidad de aceptar o no la solicitud presentada por alguno de los legitimados, es el deudor-empresario el sujeto más competente para elegir el mecanismo que ofrece el sistema concursal, pues el deudor es el que conoce realmente la dinámica de su negocio, tanto desde el interior de su organización, dígase clima organizacional, elemento fundamental para emprender un camino recuperatorio, percepción esta que no se encuentra en ningún informe requerido en la solicitud de insolvencia, también debe ser un gran conocedor del ambiente externo (análisis exógeno) en el sentido de, si con la obligada reestructuración la entidad queda con las competencias y herramientas necesarias para enfrentar la rivalidad del mercado, asimismo, el deudor puede determinar con mayor precisión la postura de los acreedores frente a su crisis, en el entendido de, si en el momento de la votación del acuerdo pueda contar con los votos suficientes.

Dentro de este contexto el deudor solicitante debe entonces percatarse de no incurrir en un error concursal, es decir cómo se desarrolló en la sesión anterior, no permitirse el error de intentar una reorganización empresarial cuando su situación financiera (flujo de caja) y el ámbito general en el que se desarrolla su actividad son adversos (plan de negocios) para el cumplimiento del respectivo acuerdo de reorganización, pues bajo este panorama es más prudente tomar la dura decisión de solicitar un mecanismo liquidatorio, dado que de esta manera la liquidación del patrimonio de la organización puede honrar a un mayor número de acreedores insatisfechos.

Es el momento adecuado para mencionar que a pesar de que el régimen de insolvencia tiene una finalidad clara frente a la protección del empresario (deudor) como de los

acreedores (credito), dicha institución jurídica también se ha utilizado con fines defraudatorios, burlando así la ley y quebrantando diferentes tipos de obligaciones.

Por tal motivo es importante que el empresario que se encuentre en el escenario crítico de la insolvencia, entienda que su dificultad económica debe atenderse oportunamente para tratar de afectar lo mínimo posible las personas jurídicas y naturales que han sido salpicadas por su situación.

Así que la única justificación de someterse el deudor al régimen concursal es que las consecuencias de su crisis empresarial hacen difícil o imposible buscar una solución por otro medio distinto al concurso.

De manera que el deudor envuelto en la difícil situación que conlleva una empresa al borde de desaparecer, aspecto que no se queda solo en el espacio empresarial, sino que por lo regular trasciende la esfera personal y familiar, debe entonces, evitar acciones antiéticas que giran alrededor del abuso del derecho y dirigir sus estrategias orientadas por los principios concursales fundamentales como la igualdad, la eficiencia y la información.

Respecto al abuso del derecho, práctica deshonesta que normalmente no nace propiamente del deudor sino por lo regular del equipo asesor, busca intencionalmente burlar o desbordar los límites de la ley de manera que el régimen de insolvencia es utilizado para no responsabilizarse frente a terceros normalmente disminuyendo el patrimonio, que es la prenda de garantía de los acreedores.

Frente al abuso del derecho la Corte Constitucional en la Sentencia T-280 define unos criterios bajo los cuales se puede determinar cuando una persona se encuentra cometiendo el abuso del derecho:

(i) obtuvo el derecho de forma legítima, pero lo utiliza para fines contrarios al ordenamiento jurídico; (ii) se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas, con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico; (iii) hace un uso inadecuado e irrazonable del derecho, contrario a su contenido esencial y a sus fines; y (iv) invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada desvirtuando el objetivo jurídico que persiguen. (Corte Constitucional, 2017, T-280).

De ahí que el abuso de los fines del régimen de insolvencia, no se puede disfrazar como un acto racional y estratégico de un agente económico que busca la optimización de sus beneficios, sino que debe ser drásticamente sancionado, de manera que sea ejemplificante para evitar la continuidad de esas prácticas y no permitir que el reglamento jurídico se utilice de forma excesiva o desproporcionada.

Frente a los principios concursales la administración de la concursada en sus actuaciones deberá siempre proteger los intereses de los socios, de los acreedores y de la compañía en general, por eso es importante tener presente los siguientes principios, consagrados en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006.

1. Principio de 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.

Este principio le está diciendo al deudor que debe incorporar todas las acreencias, de manera que los acreedores puedan tener el derecho a ser calificados y graduados en el proyecto de calificación y graduación de créditos.

Siendo este proyecto uno de los pilares sobre los que se basan los procesos concursales, es fundamental que el deudor sea muy cuidadoso en la clasificación de cada creencia en la correspondiente clase, puesto que un error en este aspecto puede vulnerar de manera significativa los intereses de alguno o algunos acreedores.

2. Principio de eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible.

Teniendo en cuenta que el patrimonio de la concursada es la prenda común de garantía de los acreedores, esto debe representar una responsabilidad mayor para el empresario en aras de darle un aprovechamiento y cuidado especial a todos sus bienes.

Lamentablemente, en algunas ocasiones ocurre que cuando el deudor entra en un mecanismo concursal, ya sea por motivos de desgaste física y emocional que produce la crisis empresarial o por negligencia, no hace uso eficiente de todos los recursos, afectando claramente los intereses económicos de los sujetos activos del proceso.

3. Principio de 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.

Respecto a este principio y con referencia al proceso de reorganización empresarial, se podría decir que el deudor tiene una mayor responsabilidad frente a la obligación de suministrar información, puesto que de entrada existe una asimetría en este aspecto que puede ocasionar un desequilibrio, en el sentido de que es imposible que la contraparte pueda acceder a toda la información de la empresa concursada.

Así que el insolvente debe actuar con la mayor transparencia y dar a conocer la situación real de la empresa, de manera tal, que los acreedores puedan tomar sus decisiones con información veraz y oportuna.

Llegado a este punto se partirá de que la empresa después de un profundo análisis ha tomado la decisión de ingresar al procedimiento de reorganización empresarial y que su actuar está precedido por un comportamiento ético y transparente.

En primer término, deberá cumplir con la entrega de los documentos que exige la norma, artículo 13 de la Ley 1116, entre los cuales se encuentra el flujo de caja para atender el pago de las obligaciones (#5) y el plan de negocios (#6), documentos fundamentales para evaluar la posibilidad de recuperación de la empresa. Así que se hará algunas reflexiones sobre de estos documentos para dar por terminado el presente escenario.

El plan de negocios sin lugar a dudas se convierte en el documento principal con que puede contar la SS como autoridad concursal para evaluar la posibilidad de recuperación que tiene la empresa solicitante y si esta es aceptada al proceso, será este documento fundamental para que los diferentes acreedores entiendan la situación presente y la posible proyección que puede tener la empresa en crisis.

De modo que este producto no puede tramitarse como un requisito más que exige el régimen concursal sino, que debe ser elaborado con la mayor responsabilidad y rigor técnico pues además de lo que les ofrece a las partes procesales se debe convertir en el plan estratégico de la concursada.

Teniendo en cuenta lo anterior, brevemente se presentarán los siguientes planteamientos sobre el plan de negocios:

1. ¿Qué es?

Es un documento de contenido analítico donde se hace una evaluación de cada una de las variables exógenas y endógenas que puedan incidir en la viabilidad de la empresa.

El doctor Álvaro Isaza lo define de la siguiente manera:

Consiste entonces en el documento descriptivo y conciso, por medio del cual se da a entender a todas las áreas de la empresa lo que deben ejecutar, individual y colectivamente para lograr los objetivos, producción, mercadeo, administrativa, financiera, tecnológica e innovación ilegal, puede decirse que dicho plan es la carta de presentación de la empresa.

(Revista, Actualidad concursal, N° 1, agosto-diciembre 2019, el plan de negocios de la empresa en crisis).

2. ¿Qué debe contener?

Teniendo en cuenta que este trabajo se enfoca en el mecanismo recuperatorio, nos referiremos a un plan de negocios de reorganización, así que este estudio se debe concentrar en áreas fundamentales de la empresa y sobre las cuales se deben crear diferentes estrategias dirigidas a obtener la viabilidad de la compañía, normalmente en plan de reorganización deben tenerse en cuenta las siguientes áreas:

A) Área de mercadeo: regularmente un estado de insolvencia proviene de una disminución significativa de ingresos por lo cual en esta área se deben detallar aspectos como: I) Redefinición sobre el comportamiento de los competidores. II) Desarrollo de nuevos mercados y propuestas innovadoras. III) Diseño de campañas publicitarias y de promoción.

B) El área de producción también tiene una relación directa con la situación insolvencia, dado que una empresa que no cuente con un sistema eficiente de producción arrojará que los ingresos provenientes de las ventas son insuficientes para cubrir los altos costos de operación. Problemática muchas veces inesperada por el empresario, puesto que la entrada de nuevos competidores al mercado con una tecnología más moderna deja entrar las ventajas de competitividad a su empresa.

Así que se hace necesario hacer un análisis detallado sobre: I) los costos de producción respecto a la planta y equipo del que se disponga; II) los diferentes métodos y procesos de producción; y III) el clima organizacional y su impacto sobre los indicadores de eficiencia y otros.

C) Área financiera: teniendo claro que la insolvencia se hace evidente cuando el flujo de caja se vuelve deficitario y por tanto empieza a presentarse un incumplimiento de pagos sucesivos, situación que obliga a encontrar una solución inmediata de carácter financiero.

Aunado a la urgencia descrita en el párrafo anterior se deberá tener en cuenta las exigencias de capital que exige el proyecto de reestructuración que se debe hacer la compañía, al menos en la ejecución del plan de mercadeo y el plan de producción.

Como se denota, el problema radica en la escasez de liquidez; y la situación se hace más compleja cuando se trata de encontrar la estrategia o el plan para conseguir los recursos financieros para ejecutar el plan de negocios, y simultáneamente darle equilibrio al flujo de caja para que la empresa pueda seguir desarrollando su objeto comercial sin entrar en nuevos incumplimientos.

De ahí que el empresario en el diseño del plan de negocios debe ser muy objetivo y transparente sobre las posibles fuentes de financiación para llevar a cabo la reestructuración, no pudiendo perder de vista que su situación de insolvencia hará más difícil la consecución de recursos, el crédito institucional o sector bancario, que de diferentes formas publicita ser “ un aliado estratégico para el desarrollo empresarial” es de los primeros en invisibilizarse dado el alto riesgo que representa este tipo de créditos.

De modo que el empresario con su urgencia de que en primera instancia la empresa sea aceptada al régimen de insolvencia y luego sea aprobado el acuerdo propuesto, no debe por ningún motivo diseñar un plan financiero soportado en meras expectativas o un optimismo desbordado, puesto que el hecho de no contar con los recursos suficientes y oportunos con lleva a que pierde todo valor el plan de negocios construido. Lo que finalmente termina en un error concursal, es decir en elegir un mecanismo concursal equivocado, pues en este caso el negocio será inviable dado la imposibilidad de conseguir los recursos suficientes para recuperar su normalidad económica y financiera.

3. ¿Cuál es su finalidad?

Con lo dicho hasta ahora es lógico pensar que el plan de negocios de reorganización puede ser catalogado como el eje central en el cual giran los cambios necesarios para que la entidad empresarial retome su viabilidad, así que el plan de negocios debe perseguir tres aspectos fundamentales:

A) El plan de negocios es el documento soporte donde la SS debe analizar si el insolvente está solicitando el mecanismo adecuado para tratar de superar la crisis y desde el lado de los acreedores este instrumento es la base de análisis donde ellos podrán evaluar o cuestionar las alternativas de solución que presenta el empresario y a partir de ahí tomar la posición que consideren en el momento de votar el acuerdo.

B) El plan de negocios por parte del deudor se debe convertir en su plan de ruta, pues si este se diseñó con un enfoque realista y con el rigor técnico necesario, se podría pensar que ejecutarlo con la disciplina suficiente conllevaría a un mejoramiento en las diferentes áreas críticas.

C) Por último, el plan de negocio será un documento importante para los acreedores que conformarían el comité de seguimiento, regulado en el artículo 34 inciso 3 de la Ley 1116, es decir este documento permitirá hacer un control de cumplimiento a lo plasmado en el plan en cuestión.

4. ¿Cuál es su carácter judicial?

Regularmente el requisito de aportar el plan de negocios se asume desde una perspectiva netamente económica y financiera con impacto en las demás áreas de la empresa, pero pocas veces se tiene conciencia de que cumple el papel de prueba documental, por medio del cual el juez del concurso a partir de la sana crítica podría llegar a la conclusión de que el deudor ha diseñado un plan de negocios coherente y suficiente, cuya ejecución le permitirá devolverle la viabilidad a la empresa insolvente.

En otras palabras, se puede decir que el deudor solicitante del proceso de reorganización tiene la carga procesal de probar que tiene los suficientes elementos y posibilidades para devolverle al ente económico su viabilidad, y esto lo prueba a partir ese documento llamado plan de negocios.

Este aspecto judicial de la prueba fue tenido en cuenta por la SS en el Rad. 2015-03-023021 del 26 de noviembre de 2015:

(...) Por lo tanto, agotada la etapa de negociación y alcanzada la instancia confirmatoria, el plan de negocios de reorganización, constituye el medio de prueba judicial y concursal, de un elemento de la esencia del acuerdo de reorganización (Código Civil, artículo 1501), cual es la reestructuración financiera, junto con la reestructuración organizacional, operativa o de competitividad, componentes estos que integran el plan de negocios y que conducen a solucionar las razones por las cuales el deudor inició el proceso de recuperación (...)

(...) El Despacho en este punto insiste que, el plan de negocios, visto entonces desde la óptica de la prueba judicial (Código General del Proceso, artículos 164, 167, 176, 243, 244, 245, 260 y 262), es una prueba documental enderezada a acreditar, además de la existencia de una reestructuración financiera, la existencia de una reestructuración organizacional, operativa o de competitividad, todo lo cual tendrá la virtud de permitirle al deudor que supere las causas que dieron lugar a la crisis.

El acreedor

Si bien el deudor es el protagonista del derecho concursal y su situación económica es el génesis de la concursabilidad, no podemos por ningún motivo restarle importancia al acreedor como sujeto activo del proceso.

Sería impensable una actividad empresarial sin trabajadores o sin proveedores de materia primas e insumos. Normalmente los empresarios requieren del sector financiero para ajustar la inversión de sus proyectos, como también del ejercicio económico conlleva a obtener compromisos con instituciones como la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud (EPS), el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), entre otras. Todos estos actores se convierten indefectiblemente en acreedores, de ahí la postura de que el acreedor es un sujeto fundamental en el desarrollo empresarial y de la concursabilidad, que es el tema concreto de la presente investigación.

En vista de la importancia que han tenido los acreedores a través de la historia existen diversas normativas que van dirigidas a su protección, entre ellas, se pueden destacar las siguientes del Código Civil:

I) Artículo 2488. Persecución universal de los bienes. Dónde se indica que el acreedor tiene el derecho a perseguir los bienes del deudor sean presentes o futuros.

II) Artículo 2492. Venta de los bienes del deudor. Precepto normativo donde se le ha facultad al acreedor de exigir la venta de los bienes del deudor para la satisfacción de sus créditos (con las excepciones indicadas en el artículo 1677).

Dentro de la esfera de la concursabilidad, que es el objeto de este trabajo, la Ley 1116 del 2006 ofrece una serie de principios y derechos dirigidos a la protección de los acreedores, a continuación, se destacarán los más significativos:

1. Principio de universalidad

La universalidad se define como la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación (Congreso de la República de Colombia, 2006, art. 4)

Es pertinente ampliar esta definición teniendo en cuenta lo expresado por la SS por medio del auto 410-3480 del 4 de julio (1997):

El principio de universalidad puede analizarse desde tres puntos de vista: Un objetivo, otro subjetivo y otro procesal.

El objetivo comprende todo el patrimonio realizable del deudor, sin la individualización que caracteriza los procesos de carácter ejecutivo, en los cuales el acreedor insatisfecho persigue cosas o bienes en concreto.

El subjetivo porque es un proceso en que deben actuar como demandantes o postulantes todos los acreedores del deudor insolvente, titulares de derecho de carácter patrimonial exigibles al deudor al tiempo de abrirse el concordato, y procesal porque atrae y consolida en torno a un solo conductor todos los procesos ejecutivos que se están adelantando contra el deudor para reemplazar a los jueces que venían conociendo de tales asuntos, sino más bien para permitir que reunidos todos los acreedores pueda lograrse un diagnóstico y una fórmula concordataria razonablemente aceptada por la mayoría. (Superintendencia de Sociedades, 1997, P.1)

Este principio es importante para el acreedor porque:

A. Obliga a que todo el patrimonio del deudor haga parte del proceso, pues es la prenda general de los acreedores del deudor.

B. Este principio no tiene en cuenta aspectos como el monto de la deuda, la naturaleza de la obligación, la calificación legal, o si tiene o no garantías. Lo único necesario es que tenga la calidad de acreedor.

C. Hace una diferenciación entre los acreedores internos y los externos, partiendo de que prima el interés general sobre los intereses particulares, por lo que le da un trato preferencial al acreedor externo.

D. En los términos del procedimiento de reorganización empresarial, desde el momento en que el deudor es admitido al proceso de reorganización, la totalidad de los acreedores puede perseguir sus obligaciones únicamente en el escenario concursal, para lo cual el reclamante debe participar proactivamente en las diferentes etapas.

E. Respecto a los acreedores condicionales, este principio los protege en el sentido de que harán parte del concurso, para que en el evento de que se cumpla el hecho futuro e incierto puedan ser reconocidos calificados y graduados respectivamente en la clase que corresponda

Otro aspecto importante a tener en cuenta en este principio es que hay un claro desplazamiento de la jurisdicción ordinaria al derecho concursal para juzgar los derechos de los acreedores, siendo la SS el órgano concursal encargado de dar la debida dirección a la resolución de los conflictos que se generan al intentar garantizar los derechos de cada uno de los acreedores.

La protección del patrimonio del deudor como principal propósito de este principio, se realiza primordialmente mediante las acciones revocatorias, herramienta por medio de la cual los acreedores pueden revocar los actos donde el deudor de mala fe intenta disminuir su masa patrimonial, la práctica de medidas cautelares y la prohibición de la capacidad del deudor respecto a operaciones que corresponden al giro ordinario de su actividad.

2. Principio de igualdad

La igualdad se define como el “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” (Congreso de la República de Colombia, 2006, art. 4)

Este principio busca que todos los acreedores lleguen al concurso y que obtengan la satisfacción igualitaria sobre sus acreencias. Es muy importante resaltar que el trato igualitario se tiene que entender en relación a cada clase de crédito en particular, puesto que no podrá tener igual trato una acreencia laboral que una acreencia quirografaria. En la primera se tiene que garantizar un interés mayor como un derecho constitucional y esto es una de las finalidades de lo plasmado en las reglas de la prelación legal, lo cual por ningún motivo se puede interpretar que va en contravía de la igualdad.

Con respecto al principio de igualdad, la Corte Constitucional se refirió por medio de la Sentencia T-079 de 2010, así:

El principio de igualdad entre acreedores, establece que todos los interesados deben hacerse parte dentro del proceso concursal, Respetando de forma riguroso los procedimientos, recursos y cargas previstas por el legislador para la participación en el concurso. Es evidente que todos los procedimientos legales deben ser respetados, en virtud del carácter general y abstracto de la ley, sin embargo, en el caso de los concursos de acreedores, esta exigencia hace parte de la naturaleza del proceso, pues si se toma en cuenta la limitación patrimonial que se enfrentan al iniciarse una liquidación obligatoria, la posibilidad de que algunos acreedores persigan sus intereses por vías privilegiadas, o la flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los términos procesales, implicaría una afectación del conjunto de acreedores, particularmente de los más vulnerables, es el que suelen ser los trabajadores y pensionados. (Corte Constitucional de Colombia, 2010)

3. Derecho a ser calificado y graduado. (Ley 1116, 2006, art. 13, núm. 7)

El proyecto de calificación y graduación es un documento donde el promotor o el representante legal, asumiendo el papel de promotor, debe relacionar todas las acreencias por las cuales debe responder la empresa en reorganización, dicha calificación y graduación debe realizarse teniendo en cuenta lo previsto en el título XL del libro cuarto del Código Civil.

Así que todo acreedor tiene derecho a ser calificado y graduado en la clase correspondiente de acuerdo a la cualidad de su creencia, respetando obligatoriamente los privilegios y preferencias que otorga la ley para este tipo de concurrencia de créditos.

4. Derecho de voto. (Ley 1116, 2006, art. 24, párr. 2)

Este derecho se debe entender como la “relación de poder” de todos los acreedores dentro del acuerdo. Como lo indica la norma, con el derecho de voto se busca medir la proporcionalidad (%) que el acreedor representa sobre el pasivo total del deudor para la posterior elaboración de las mayorías en la confirmación del acuerdo.

Al respecto se pronuncia la SS, en el Oficio 220-186484 del 23 de septiembre de 2016:

El proyecto de determinación de derechos de voto tiene por objeto establecer la relación de poder de todos y cada uno de los acreedores dentro del acuerdo de reorganización empresarial que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y aquellos, y de otra, que la misma regula los siguientes aspectos: a) que los derechos de voto serán calculados a razón de un voto por cada peso del valor de su acreencia; b) que para tal efecto, no se incluyen intereses, multas, sanciones, salvo aquellas provenientes de un acto administrativo en firme; c) que las obligaciones por concepto de capital deben actualizarse con base en el índice mensual de precios al consumidor certificado por el DANE, desde la fecha de vencimiento de cada una de ellas hasta el día anterior a la iniciación del proceso de reorganización; d) que las acreencias por instalamentos se liquidaran por separado.

Así que este derecho se torna fundamental en la medida que dependiendo del poder con que cuente el acreedor sobre el pasivo del insolvente podrá incidir en el proceso concursal que busca la empresa en crisis, esto en vista de que un acreedor con una participación importante podría no votar a favor del acuerdo y así la empresa se iría al proceso liquidatorio.

5. Derecho a otorgar recursos frescos. (art. 41, Ley 1116)

Este derecho plasmado en el artículo 41 de la Ley 1116 se ha venido complementando en los decretos de emergencia 560 y 772 de 2020, tema del tercer capítulo, donde se le ofrecen distintos incentivos económicos a aquellos acreedores que entreguen recursos a la insolventada, incentivos que se concentran principalmente en ofrecer una mejor prelación para el pago de los créditos en el acuerdo.

También con la normativa de emergencia, se abre la posibilidad de que el acreedor que entreguen nuevos recursos y evite que la reorganizada caiga en liquidación judicial podrá pasar de ser acreedor a ser socio de la compañía.

De manera que este derecho de otorgar recursos frescos le abre al acreedor un importante portafolio de alternativas, donde a partir de un análisis económico podrá diseñar diferentes estrategias que le ayuden a maximizar sus beneficios en el difícil escenario de la insolvencia

6. Derecho de intervenir en la negociación.

Este importante derecho tiene sus bases en el principio de la negociación contenido en el art. 4, numeral 5 de la Ley 1116, donde se exhortan a las partes a lograr una “negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe”.

Teniendo en cuenta que la insolvencia es una cuestión de carácter económico y que su problema radica en la vulneración o el incumplimiento de los derechos de los acreedores, es absolutamente lógico que sean ellos los protagonistas y los facultados para decidir sobre las alternativas que pueda tener la sociedad concursada.

Así que, en el derecho de participar en la negociación, los acreedores cuentan con la facultad de objetar situaciones anómalas que observen en instancias como: I) el proyecto de calificación y graduación de créditos y determinación de votos. II) inventario de los bienes.

En síntesis, es en el espectro de la negociación donde los acreedores bajo su racionalidad económica tendrán la libertad de elegir y definir cuál puede ser el escenario menos costoso y más eficiente para tratar de recuperar sus acreencias.

7. Derecho a participar en el comité de acreedores.

El comité de acreedores tiene la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del acuerdo, es decir que el plan de negocios de reorganización propuesto por el concursado se esté ejecutando de manera adecuada y oportuna.

Este derecho de participar en el comité permite a los acreedores, sin tener atribuciones de administración o coadministración, poder enterarse de aspectos fundamentales sobre la sociedad cursada como: I) conocer sobre los estados financieros y sus proyecciones. II) conocer sobre la ejecución de las diferentes operaciones o actividades. III) conocer sobre la necesidad de nuevos créditos y la destinación de estos. IV) conocer las causas de un posible incumplimiento y comunicarlo oportunamente a los interesados.

8. Derecho a denunciar el incumplimiento del acuerdo. (Ley 1116, 2006, art. 46)

Cuando el concursado logra la votación suficiente para la aprobación del acuerdo es porque la mayoría exigida de los aclaradores están convencidos de que con la reorganización el concursado podrá lograr recuperar la viabilidad de su compañía.

Igualmente, como el acreedor tiene la libertad de darle esa oportunidad al deudor de que pueda superar la crisis económica, también el acreedor tiene el derecho de denunciar el incumplimiento del acuerdo para que no se continúe con la insatisfacción de sus créditos.

De manera que, ante una denuncia de incumplimiento, ya sea por no cumplir con la fórmula de pagos o por incumplir con los gastos de administración, el juez del concurso tendrá que convocar a la audiencia de incumplimiento para escuchar a las partes y posteriormente requerir al deudor para que normalice sus obligaciones y de persistir el incumplimiento el director del concurso dará por terminado el acuerdo de reorganización y dará apertura a la liquidación judicial.

Teniendo en cuenta que la protección de los acreedores está claramente determinada en la finalidad del régimen de insolvencia (Ley 1116, 2006, art. 1) y habiendo explicado una serie de importantes derechos que les ofrece el régimen concursal, se dará paso al análisis de los diferentes escenarios donde los acreedores deben tomar decisiones en el ámbito de la insolvencia empresarial.

El acreedor frente a la toma de decisiones

Teniendo en cuenta que la lógica racional de los acreedores es la maximización de sus propios intereses, sin lugar a dudas se enfrentarán en su toma de decisiones a evaluar qué tanto las reglas jurídicas en materia de insolvencia protegen sus intereses y qué tan eficiente es la normativa a la hora de hacer respetar o exigir sus derechos.

En síntesis, si la normativa jurídica estimula o reprime ciertas conductas, es decir, según lo plasmado en la legislación vigente que regula la protección de los acreedores, estos

determinarán cómo ofrecerán sus créditos tratando de obtener los mayores beneficios con el menor riesgo posible.

Los acreedores se enfrentarán a diferentes escenarios a la hora de tomar sus decisiones, observemos tres de ellos:

Escenario 1

En esta instancia, ex ante, lo que normalmente hacen los acreedores es analizar e interpretar la normativa y las circunstancias del entorno para decidir si es conveniente asumir el rol de acreedor teniendo en cuenta los diferentes riesgos que pueden existir.

Partiendo de la premisa de que el acreedor como agente económico racional buscará siempre la maximización de sus beneficios tratando de asumir los menores riesgos, lo más seguro es que trate de minimizar estos por dos vías: la primera es que la normativa en materia de insolvencia empresarial le ofrezca la seguridad suficiente de que en la eventualidad de fracaso de la empresa deudora, sus acreencias tienen un respaldo institucional suficiente para ser recuperado de una manera segura y oportuna, y como segunda medida, tratar de obtener de la empresa las mejores garantías reales o personales que respalden en mayor medida al capital comprometido en el crédito otorgado.

Desde esta perspectiva se puede decir que la política legislativa en materia de insolvencia empresarial es determinante para la dinámica general de la economía, puesto que, si los diferentes acreedores sienten un importante respaldo legislativo, seguramente el costo de crédito será menor, lo que directamente repercute en el fomento empresarial.

Escenario 2

En esta etapa ya el agente económico en cuestión le ha otorgado el crédito a la empresa, lo cual normalmente empieza con un buen comportamiento de pago, pero con el transcurso del tiempo el empresario empieza a manifestar retrasos en el cumplimiento de la obligación.

Es muy importante que el acreedor le haga un buen seguimiento al comportamiento de la empresa para tratar de ser muy asertivo con sus decisiones. Claro está, no es fácil, puesto que la información principalmente financiera es asimétrica a favor del deudor, así que al acreedor le toca recurrir a fuentes secundarias para interpretar la verdadera situación de la empresa deudora y qué futuro le puede esperar. Esta clase de información normalmente se tiene que buscar por medio de los clientes del deudor, sus proveedores o la misma competencia.

En el mundo de los negocios se presentan múltiples situaciones de abuso del derecho por parte de empresarios y sus representantes, donde estos, escasas veces son abiertos y transparentes con lo que les está sucediendo y de esta manera suministran una información poco confiable; por lo que a los acreedores, teniendo una cartera que aumenta los días de morosidad, les tocará dar inicio a una tutela individual donde prevalece un principio del derecho: *prior tempore prior iure* (primero en el tiempo primero en el derecho).

En este escenario los acreedores piensan o actúan de una manera individual en las estrategias de cómo proteger sus créditos insatisfechos, y normalmente proceden de la siguiente manera: primero, tratan de hacer un arreglo con el deudor de manera que le satisfagan la mayor parte de su deuda antes de que se decrete en un estado de insolvencia;

segundo, le exigen al deudor reforzar sus garantías; y tercero, empiezan a hacer las respectivas demandas ejecutivas.

La situación es que este comportamiento se va haciendo extensivo a los demás acreedores hasta que el empresario llega a una instancia de una inevitable insolvencia, que muchas veces por no enfrentar el problema de iliquidez de una forma ordenada, oportuna y responsable, el mecanismo recuperatorio que ofrece la ley de insolvencia ya no va hacer posible por el mismo deterioro de la empresa en crisis.

Escenario 3

En esta etapa la empresa deudora ya se encuentra inmersa en el foro concursal y les corresponde a los acreedores someterse a las reglas del concurso dejando de operar la tutela individual, y por ende perdiéndose la autonomía de la voluntad privada, quedando la tutela colectiva como la única opción de defender los derechos crediticios.

En este escenario el acreedor también hace un análisis económico del derecho, de modo que evalúa cuál mecanismo concursal le genera más posibilidades de recuperar el crédito de la manera más eficiente, es decir si determina que con el procedimiento de reorganización empresarial tienen mejores posibilidades recuperar sus acreencias, seguro que votara el acuerdo positivamente, pero si determina lo contrario su decisión será votar negativamente el acuerdo para que la concursada vaya a liquidación judicial.

El promotor

Habiendo realizado un recorrido y análisis por los primeros tres actores relevantes en el proceso concursal: el juez del concurso (la SS), el deudor y el acreedor. Corresponde en este momento hablar sobre el promotor que indudablemente también cumple un rol de alta significancia en el desarrollo del proceso de reorganización empresarial.

Se parte de lo que prescribe el segundo inciso del artículo 1 de la Ley 1116: “El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos” (Congreso de la República de Colombia, 2006)

Desde esta perspectiva al promotor le corresponde liderar junto con el empresario insolvente, el proceso mediante el cual se logrará la permanencia de la compañía en el mercado; para esto se debe partir de un análisis profundo sobre la posible viabilidad de la empresa, situación que exige de parte del promotor contar con amplios conocimientos en cuanto a reconversión de empresas, quien sin duda se apoyará de su área técnica, puesto que una evaluación sin el requerimiento técnico suficiente podría llegar a una equivocada decisión.

De manera que, concluir que la empresa insolvente debe entrar en un proceso de reorganización sin tener una mínima viabilidad económica y financiera para alcanzar el equilibrio nuevamente, pondría en alto riesgo el patrimonio del deudor el cual se haría más deficitario y con menor alcance para responder por las acreencias insolutas. Por eso se dice que de no ser viable la recuperación de las empresas es más eficiente optar por la liquidación judicial.

De igual modo el promotor es fundamental en cuanto a la protección de los derechos de los acreedores, no sólo desde un adecuado análisis de la viabilidad de la compañía en

concurso, sino desde la elaboración de un preciso y correcto proyecto de calificación y graduación de créditos y derecho de voto, en la medida de que este documento se convierte en la columna vertebral del acuerdo recuperatorio, puesto que depende de la posición o la categoría que se encuentra el acreedor, quien finalmente tomará la decisión de votar a favor o en contra de dicho acuerdo.

Vale decir que el promotor en la revisión del proyecto de calificación y graduación de créditos y derecho de voto que debe presentar en el plazo establecido por el juez del concurso, tiene que ser muy cuidadoso, pues un error en esta etapa procesal podría generar principalmente dos grandes inconvenientes: primero, ubicar un acreedor en una categoría que no corresponde, o asignarle un monto equivocado, lo cual seguramente sería motivo para posibles objeciones que podrían generar mayores dilaciones al proceso, o segundo, no incluir a un acreedor en el proyecto, lo cual conllevaría a este a la categoría de un crédito postergado, vulnerando así drásticamente los intereses económicos del acreedor y además viéndose el promotor expuesto a sanciones de diferente orden.

En el momento en que surjan objeciones producto del proyecto de calificación y graduación de créditos le corresponde al promotor actuar como un verdadero mediador de manera que se puedan solucionar cada una de las objeciones y así poder darle la debida celeridad que se merecen este tipo de procesos concursales.

Teniendo en cuenta que el promotor dentro de sus funciones unas veces actúa en dirección de los intereses de los acreedores y otras en dirección del insolventado, es supremamente necesario que su actuar sea de manera independiente e imparcial.

Así como el promotor en el desempeño sus variadas funciones actúan en una especie de sustitución procesal ya sea a nombre del deudor o de los acreedores (ejemplo, alegando una nulidad de lo actuado en un proceso ejecutivo), también se convierte en auxiliar de justicia como pieza fundamental para el juez del concurso, dado que lo apoya en una gran parte de las actividades procesales, dándole de este modo una mayor agilidad y eficiencia al proceso. Adicional a esto el juez del concurso debe aprovechar el conocimiento especializado del promotor en temas empresariales para que en sus diferentes juicios cuente con mayores elementos para tomar la decisión más acertada y justa.

En definitiva, se puede observar que el promotor es una figura fundamental en todo el trámite del proceso de reorganización empresarial, desde la protección y aprovechamiento del patrimonio del deudor, la graduación de créditos y reconocimiento derecho de votos de los acreedores, la conciliación de las objeciones, hasta el liderazgo en la constitución del acuerdo.

De ahí que se ha discutido sí en su actuación se le debería otorgar más facultades administrativas y de gestión para así lograr una mayor eficiencia en la finalidad del proceso de reorganización.

El promotor tiene las siguientes funciones principales que se sustraen de lo contemplado en la Ley 1116 (2006):

1. Proyecto de calificación y graduación de créditos y derecho de voto:

Si bien en esta tarea fundamental el promotor no actúa como negociador o analista de la empresa, si cumple una labor de una importancia relevante puesto que es a partir de este proyecto donde el juez concursal decidirá quienes tienen la calidad de acreedores, de manera tal que dependiendo de lo plasmado en el proyecto de calificación y graduación de crédito y derecho de voto, los acreedores podrán defender sus derechos y conocer con toda seguridad cuál es el monto reconocido, la clase en la cual está categorizado su crédito y el derecho político que tiene para participar en la decisión del acuerdo.

2. Provocar la conciliación de las objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos y derecho de voto:

En este estadio del trámite sucursal el promotor sí debe cumplir un papel activo y sacar a relucir su capacidad como conciliador, y afianzando su condición de independencia y transparencia con el mayor conocimiento de la situación del empresario-deudor y de los diferentes acreedores, tratar por todos los medios de lograr conciliar sus objeciones para darle celeridad al proceso y así generar un mejor ambiente para lograr llegar al acuerdo de reorganización en el menor tiempo posible.

3. Presentar un acuerdo de reorganización debidamente aprobado (2006):

Teniendo en cuenta que la actual legislación no estipula la función que el promotor debe tener durante la negociación del acuerdo como si lo hizo la Ley 550 en sus numerales 5, 6 y 7, es fundamental que el auxiliar de justicia aproveche los cuatro meses que ofrece el actual estatuto para estar cerca de las partes procesales y disponerse para ellos en calidad de un verdadero negociador y mediador.

Asimismo, he podido evidenciar durante mi ejercicio profesional que en ese lapso para lograr el acuerdo será muy importante que el promotor esté enterado del plan de negocios y el flujo de caja elaborado por el empresario para que pueda hacer las precisiones que considere pertinentes, y al momento de presentarlo a los diferentes acreedores pueda tener un dominio total de la propuesta. Sin duda esto ayudará a una fluida deliberación entre las partes y los llamados a votar el acuerdo sentirán que el auxiliar de justicia sin ser el administrador de la concursada, ni de representar algún grupo de acreedores, actúa de una manera neutral e independiente, buscando en todo momento lograr la aprobación del acuerdo y la satisfacción de todas las partes inmersas en el concurso.

Con estas exigencias se está buscando que el promotor tenga un conocimiento más profundo de cómo el empresario insolvente pretende lograr mediante el acuerdo de reorganización que la compañía deudora finalmente retome la viabilidad financiera.

Estos son entonces los comportamientos, principios y bases que rodean a los actores involucrados en el proceso de reorganización empresarial, se dio un recorrido por el rol que ocupa la Superintendencia de Sociedades en el proceso; también se analizó la posición tanto del empresario deudor como del acreedor que también puede ser empresario; y finalmente se detalló lo concerniente al promotor, sus funciones e importancia ya que brinda imparcialidad, especialidad y auxilio a la justicia en este tipo de decisiones tan trascendentales para las empresas e iniciativas privadas, que son las que generan mayor empleo en las economías capitalistas.

En el siguiente capítulo se establecerán los principales cambios legislativos que se han presentado para el proceso de reorganización empresarial, partiendo del análisis económico del derecho del que se viene hablando aplicado específicamente a decretos de emergencia emitidos por el Gobierno Nacional que tienen incidencia en estos procesos.

Capítulo 3. Análisis de los Decretos legislativos 560 y 772 de 2020 que versan sobre sobre la insolvencia empresarial

Debido a la rápida propagación del COVID-19 el gobierno se vio obligado a implementar medidas restrictivas como el confinamiento, el distanciamiento social y la bioseguridad. Estas medidas anticiparon una crisis económica de gran magnitud, considerada por muchos analistas como más grave que las crisis de 1929 y 2008. En consecuencia, el presidente de la república utilizó las facultades establecidas en el artículo 215 de la Constitución Política, la Ley 137 de 1994 y el Decreto 637 de mayo de 2020 para declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el país, y emitió una serie de decretos legislativos para hacer frente a esta dramática situación global.

Las cifras proyectadas ante los efectos que podía provocar la pandemia covid-19 eran alarmantes. La Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo, Fedesarrollo, en el documento sobre el choque dual y posibles efectos sobre la economía colombiana menciona: “Estimamos que en un escenario medio la tasa de desempleo podría alcanzar el 15,4 % a causa de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, lo cual implica un aumento de 4.9 % frente al promedio observado durante el 2019 (10.5 %)”. (Fedesarrollo, 2020, p.9)

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades, según el Decreto 560 de 2020, exponía según el informe "Atlas de Insolvencia - Insolvencia en Colombia: Datos y Cifras" del 14 de abril de 2020, que, a fecha del 31 de diciembre de 2019, esta organización tenía en curso 2.700 casos de insolvencia en todo el país, equivalentes a un valor estimado de activos de 49 billones de pesos y 120.930 empleos. Dentro de estos casos, había 1.190 procesos de reorganización en proceso, que sumaban un total aproximado de 16 billones de pesos en activos y 55.697 empleos. Además, se encontraban en trámite 975 procesos de reorganización, que representaban un total aproximado de 28,6 billones de pesos en activos y 48.128 empleos.

Asimismo, en este decreto, se menciona otro informe de la Superintendencia de Sociedades: "Impacto económico COVID-19", donde se considera que, si el producto interno bruto cae un 1,9 %, alrededor de 2.676 empresas, en su mayoría pequeñas y medianas, se enfrentarán al riesgo de insolvencia y tendrán que recurrir a procesos concursales. En consecuencia, se estima que el número total de procesos aumentaría entre 4.280 y 5.376, dependiendo del escenario optimista, pesimista y moderado. Sin embargo, debido al impacto macroeconómico del COVID-19 y dado que estos números se basan en una muestra, es posible que varíen.

El legislador entendió claramente que el régimen concursal vigente, Ley 1116 de 2006, estaba diseñado para tiempos en los que no exista un estado de emergencia económica, social y ecológico, por ende, no había una preparación frente al impacto negativo que generó el coronavirus COVID-19, es por esto que la economía necesita un régimen más flexible y eficiente, con el objetivo de mejorar diversos aspectos, se han introducido estos decretos legislativos transitorios como el Decreto 400, Decreto 417, Decreto 444, Decreto 473, Decreto 482, entre otros, que buscaron mejorar aspectos como el acceso expedito a los diferentes trámites; agilidad y desjudicialización de algunos trámites; disminuir la litigiosidad, mermar los costos del proceso y darle mayor capacidad de negociación a las partes procesales; implementar diferentes incentivos tributarios.

Sin duda, si un sistema concursal busca ser más eficiente en la reorganización empresarial, debe estar constantemente mejorando aspectos como, acortar los tiempos necesarios en los trámites requeridos; brindar a los involucrados más opciones y

oportunidades para negociar, lo que implica una menor intervención del juez del concurso y ampliar las opciones de financiamiento para las empresas en Reorganización.

Teniendo en cuenta que lo que versa en los procesos concursales son principalmente problemas económicos que indudablemente conllevan impactos sociales y que su solución eficiente está íntimamente en correlación con el tiempo de duración que requiere cada proceso para su terminación, se pretende en este capítulo hacer un análisis concreto sobre qué artículos de los Decretos 560 y 772 de 2020 deberían continuar o hacer parte del régimen ordinario de insolvencia empresarial para darle mayor eficiencia a los procesos de reorganización en Colombia.

Análisis del Decreto legislativo 560 de 2020

El Decreto 560 de 2020 establece en Colombia medidas especiales para hacer frente a la emergencia sanitaria causada por el virus COVID-19, dentro de éstas, fue necesario esclarecer el panorama sobre los procesos de insolvencia que, entre otras cosas, aumentaron considerablemente para el año 2020, y cómo se mencionó antes, el proceso de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006), carece de herramientas específicas que permitan a los acreedores evitar la liquidación de las empresas a través de la inyección de capital nuevo, lo cual deriva en el cierre de muchas, a pesar de tener una proyección futura sólida, no logran superar una crisis de liquidez, especialmente en la crisis económica derivada de la reciente pandemia.

Así, el Decreto 560 de 2020, establece varios artículos diseñados especialmente para acompañar las sociedades y empresas que están en riesgo de reorganización y/o liquidación o que ya han iniciado el proceso y que deberían permanecer vigentes. Algunos de estos son el artículo 2, 3, 5, 6 y 8.

ARTÍCULO 2. Acceso expedito a los mecanismos reorganización

Este artículo es relevante dado que es fundamental implementar medidas temporales para la recuperación de las empresas, sin involucrar procesos judiciales, que permitan a los deudores afectados por la crisis del COVID-19 renegociar las condiciones de sus deudas con sus acreedores y mantener sus operaciones comerciales, como una manera de proteger la empleabilidad.

En este artículo se establece una restricción para el juez del concurso, quien no tendrá la responsabilidad de realizar una auditoría sobre la veracidad o la precisión de los documentos presentados ni sobre la información financiera. Y, por otro lado, se le otorga una mayor responsabilidad al deudor, ya que será su responsabilidad exclusiva, junto con su contador o revisor fiscal, si corresponde. Además, para darle un equilibrio a la norma se le da la competencia al juez para “ordenar la ampliación, ajuste o actualización que fuere pertinente de la información o documentos radicados con la solicitud” (Decreto 560, 2020, art 2)

Es probable que esta medida haya activado de manera significativa el trámite del proceso de reorganización, puesto que, en el régimen ordinario, según el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, la revisión que el juez del concurso hace respecto a la información suministrada, se encuentra a discreción de cada director del proceso, sin embargo, el artículo 14 de la misma Ley, deja claro el procedimiento y términos para admitir o rechazar la solicitud de reorganización.

Adicional al tiempo para ser admitido el deudor al proceso, se tiene que someter a las restricciones que se siguen en el artículo 17 del régimen vigente:

“A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo(...)”

ARTÍCULO 3. Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa.

En este precepto encontramos dos autorizaciones importantes que versan sobre dos actividades ordinarias y necesarias para las actividades empresariales como es pagar y vender:

1. Sin autorización previa del Juez del Concurso, el deudor podrá pagar anticipadamente a los acreedores laborales no vinculados y a los proveedores no vinculados, titulares de pequeñas acreencias sujetas al proceso de reorganización, que en su total no superen el cinco por ciento (5%) del total del pasivo externo.
2. Sin autorización previa del Juez del Concurso, Para el pago de los referidos acreedores, el deudor podrá vender, en condiciones comerciales de mercado, activos fijos no afectos a la operación o giro ordinario del negocio, que no superen el valor de las acreencias objeto de pago.
3. En el evento en el que sobre el activo pese una medida cautelar deberá solicitar su levantamiento al Juez del Concurso. (Decreto 560, 2020, art 3)

Esta medida tiene una importancia que se evidencia en 4 aspectos:

- a. El no tener que contar con la autorización del juez, va en dirección a un proceso concursal más desjudicializado, donde sobresale la capacidad de negociación de las partes y seguramente redundarán en reducir los tiempos procesales.
- b. El poder realizar los pagos que no superen el 5 % del pasivo, a los acreedores laborales y proveedores, podrá ayudar a evitar crisis sistemáticas en un grupo importante de pequeños acreedores que no tienen un músculo financiero fuerte o suficiente como para aguantar la mora en los pagos debido a la situación de iliquidez del insolvente.
- c. Con la venta de activos no afectos a la operación, el empresario en concurso seguro que tendrá un alivio en su restringida caja, por lo cual le permitirá oxigenar su capital de trabajo y atender pequeños pasivos principalmente de aquellos proveedores que se vuelve fundamentales para la operación del día a día.
- d. Respecto al levantamiento de las medidas cautelares sobre los bienes en comento, se puede concluir que el hecho de que el juez si lo considera ajustado la ley podría librar oficio de desembargo sin necesidad de auto, es claro que ofrecería mayor agilidad al proceso, puesto que se puede disponer más rápido de ese bien para dar cumplimiento a las obligaciones del deudor, lo que se tendría que revisar con más detenimiento es no ir en detrimento de los acreedores, en el sentido que al no requerir auto, surge el interrogante, de cómo se daría la publicidad de la actuación judicial, para que así el derecho de los acreedores a interponer los recursos respectivos no se vea vulnerado.

ARTÍCULO 4. Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.

Este artículo reúne el alivio financiero y la reactivación empresarial en los procesos de reorganización, a través de la implementación de ciertos mecanismos. Éstos, son cruciales debido a las dificultades que enfrentan las empresas insolventes para obtener financiamiento, ya que por su condición tienen indicadores financieros desfavorables y una reputación

negativa por estar en proceso de reorganización, el rótulo que tiene que cargar de ser catalogada abiertamente como empresa en reorganización sin duda causa una animadversión en el ámbito económico en el cual se desempeña la empresa concursada; en este sentido, el artículo plantea la necesidad de implementar disposiciones que flexibilicen los plazos de pago de las obligaciones, permitiendo a la empresa tener un mayor margen de tiempo para cumplir con sus compromisos financieros. Además, se sugiere la posibilidad de realizar pagos a los acreedores de manera simultánea o sucesiva, de acuerdo a la capacidad económica de la empresa. (Decreto 560, 2020, art 4)

De modo que lo que se expone en el primer párrafo del artículo en comento, es que los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial desempeñan un papel clave en la recuperación de las empresas insolventes. Estas medidas permiten la continuidad de la actividad económica y social de la empresa, y brindan una oportunidad para que la empresa se recupere y vuelva a tener una posición sólida en el mercado. En vista de lo relevante del contenido de este artículo se analizará cada uno de los tres instrumentos; capitalización de pasivos, descarga de pasivos y pactos de deuda sostenible, de manera separada teniendo en cuenta los efectos que puede producir sobre la empresa insolvente y respecto a los diferentes acreedores.

Capitalización de pasivos

Aspectos generales dispuestos en el artículo:

El instrumento de capitalización de pasivos, también llamado capitalización de acreencias se utiliza para extinguir las deudas de una empresa por medio del otorgamiento a los acreedores de una participación en esta, es decir pasan de ser acreedores a ser socios de la deudora.

Con la capitalización de pasivos, el deudor puede lograr la solución de la crisis o parte de ella, acercándose a un grupo de acreedores para que, en medio de la autonomía de las voluntades, destacándose en ellos su capacidad de negociación, logre llegar a un acuerdo que le permita a la empresa seguir su funcionamiento y así lograr satisfacer los derechos de cada sujeto inmerso en el proceso.

Este instrumento es aplicable a todos los tipos societarios.

Es importante resaltar que esta es una figura que fue utilizada desde los acuerdos de reestructuración regulados por la Ley 550 de 1999.

Impactos sobre la empresa deudora:

A pesar de que con este instrumento la empresa no logra una inyección de efectivo, si puede conseguir una disminución del pasivo exigible que le permite mermar la presión por atender la deuda y así los recursos líquidos que obtenga podrán alcanzar a satisfacer un mayor número de créditos.

No puede desconocerse que este mecanismo abre una gran puerta a la posibilidad de que la empresa insolvente, pueda continuar su operación pues se centra en tres aspectos financieros vitales para superar la crisis: a) disminución del endeudamiento, b) incremento de la cuenta del patrimonio, c) mejoramiento del índice de liquidez.

Impacto a los acreedores:

Este instrumento permite a los acreedores decidir si se convierten en socios de una empresa deudora en lugar de mantenerse como acreedores. Esto implica confiar en que la empresa pueda recuperar su viabilidad y proporcionar dividendos en el futuro. Si el proceso

de reorganización falla y la empresa se liquida, estos acreedores solo podrán recibir pagos después de que se hayan cubierto todos los pasivos externos.

Si la capitalización se hace vía emisión de bonos de riesgo se tiene que estos instrumentos:

“Son títulos por los que el emisor contrae una obligación con los tenedores y, según las condiciones del bono, queda obligado a cubrir el interés (el cupón) y reembolsar el principal en una fecha futura, denominada vencimiento. Es un contrato formal que insta a reembolsar el dinero que se tomó prestado con intereses (cupones), en intervalos de tiempo fijos.” (Guía de Orientación referida a los Procesos, Procedimientos y Trámites de insolvencia, 2021, p. 27)

Es importante resaltar que este artículo permite que los acreedores de las entidades financieras reciban un tratamiento especial. Las acciones o bonos correspondientes a las deudas capitalizadas por los establecimientos de crédito serán consideradas como inversiones negociables y deberán ser vendidas dentro del plazo acordado. Esta disposición sin duda será un incentivo para estos acreedores, ya que no estarán obligados a vender estos activos en un plazo de dos años, como se les exigía anteriormente. En cambio, podrán venderlos dentro del plazo acordado, lo que les permite mejorar sus indicadores de utilidad al no tener que hacer provisiones sobre estas deudas de la entidad insolvente.

Teniendo en cuenta el riesgo que asumen los acreedores que optan por este tipo de instrumentos, claro está que su decisión y análisis racional vendría de creer en la recuperación de la empresa y por ende así optimizar sus beneficios, es justo, en todo caso, que el organismo máximo social, ofrezca importante privilegios y derechos con el fin de hacer más atractivo o por decirlo de alguna manera más equitativo ese tipo de negociaciones. Como se menciona el cuarto párrafo del Decreto 560 de 2020.

Las acciones y bonos de riesgo provenientes de la capitalización de pasivos podrán conferir a sus titulares toda clase de privilegios económicos e, incluso, derechos de voto especiales en determinadas materias del ente societario, así como el derecho a un dividendo o remuneración mínima y preferencial, siempre y cuando tales prerrogativas sean aprobadas por el máximo órgano social del deudor conforme a la ley y los estatutos. (Decreto 560, 2020, Art 4).

Descarga de pasivos

Finalidad y condiciones:

Este instrumento si bien persigue un fin altamente loable, cómo se menciona en el artículo 1 del decreto 560 de 2020, la “recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo”. Desafortunadamente en su desarrollo afecta principalmente el derecho de un grupo de acreedores, llamados en esta disposición, acreedores sin vocación de pagos

Entonces, se tiene que la finalidad de la descarga de pasivos es disminuir el endeudamiento de la empresa insolvente para que pueda continuar su operación, para esto la empresa en reorganización debe demostrar que su pasivo calificado y graduado es superior a su valoración como empresa en marcha y además debe cumplir con las siguientes condiciones:

2.1. Estar acompañado de una valoración elaborada mediante una metodología generalmente aceptada y que cumpla con todos los requisitos señalados en el artículo 226 del Código General del Proceso.

2.2. Ser aprobada por una mayoría de acreedores externos que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de aquellos con vocación de pago. La mayoría se calculará excluyendo votos de acreedores internos y vinculados.

2.3. No afectar los derechos de acreedores laborales, pensionados, alimentos de menores o acreedores garantizados, en los términos de la Ley 1676 de 2013.

2.4. Disponer la cancelación, sin contraprestación, de los derechos de accionistas o socios.

2.5. Señalar la nueva estructura del capital social del deudor, indicando qué acreedores hacen parte del pasivo interno, el valor nominal y número de sus participaciones. (Decreto 560, 2020, art 4, numeral 2)

Impactos sobre la empresa deudora

Lo primero que se debe destacar de este instrumento es la prioridad que le da al salvamento o recuperación de la empresa por encima de la protección a los intereses de los socios, por ello el artículo en comento así lo determina.

2.4 Disponer la cancelación, sin contraprestación, de los derechos de accionistas o socios

Con este mecanismo verdaderamente se puede cumplir una verdadera función social, en el sentido de que evita que la empresa en reorganización con un endeudamiento que imposibilita seguir en operación, no llegue al escenario liquidatario, donde pierde su objeto social y el deficitario patrimonio de este tipo de empresas normalmente solo alcanza para satisfacer un mínimo de acreencias conllevando esto a un alto costo social.

Así las cosas, indudablemente la empresa en crisis de liquidez, una vez logre extinguir parte del pasivo, por medio del mecanismo en cuestión, a costa de los acreedores sin vocación de pagos, podrá acercarse al equilibrio en sus estados financieros, así no haya un ingreso de efectivo en su cuenta contable, y será de este modo más factible la recuperación de su viabilidad económica y su importante función social.

Se espera entonces, que con ese instrumento realmente se puedan mejorar los indicadores referentes a las empresas que logran obtener su viabilidad vía cumplimiento acuerdo de reorganización.

Impacto a los acreedores

Lamentablemente con la ejecución de este mecanismo de alivio financiero y reactivación empresarial, se lastima financieramente el derecho de un grupo acreedores catalogados como: sin vocación de pago; en primera instancia se podría pensar que para este grupo de acreedores afectados no se cumpla finalidad del sistema concursal que reza. El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito (Ley 1116, 2006, art1)

Al respecto la Corte Constitucional C-237 de 2020 se pronuncia de la siguiente manera:

...En efecto, si la sociedad no tiene la capacidad económica para enfrentar el pago de sus deudas, parece admisible que encontrándose en funcionamiento y con el propósito de continuar sus actividades conservando así el empleo y la producción de riqueza, se libere de pasivos a efectos de promover la regularización de sus actividades.

... Por ello la descarga de pasivos supone que -aunque la empresa no se encuentra todavía en liquidación- su realidad patrimonial aniquila la capacidad actual de atender todo el

pasivo. Tal situación, sin embargo, no podría justificar la afectación de aquellos créditos especialmente protegidos por la Constitución. (Corte Constitucional, 2020, c-237)

En la otra cara de la moneda se encuentran los acreedores catalogados como: con vocación de pago; de los cuales unos tendrán la posibilidad de ver satisfechas sus creencias dentro de los plazos acordados en el acuerdo reorganización y otros asumirán el papel de titulares del capital societario.

Respecto al grupo de accionistas y socios que se les cancela sin contraprestaciones sus derechos (# 2.4), es decir, directamente la descarga los afecta patrimonialmente, se podría argumentar que su afectación es sustentada desde el punto de vista que al ser constituyente de la compañía ya eran conscientes del riesgo que asumían.

Referente a la exclusión que sufren los acreedores internos y vinculados en razón a la decisión de la descarga, la corte constitucional en la C-237 de 2020 se pronunció así:

...establecer si es compatible con el derecho a la igualdad de los acreedores la regla en virtud de la cual la decisión relativa a la descarga de pasivos puede tomarse con el sesenta por ciento de los acreedores con vocación de pago y sin considerar los votos de los acreedores internos y vinculados. Podría advertirse que la regla bajo examen se apoya en el hecho de que la participación de esa clase de acreedores estaría motivada por un interés contrario a la descarga de deudas, teniendo en cuenta la afectación que ello les supondría. En ese sentido si lo que pretende el decreto es conservar la empresa como fuente de empleo, puede no considerar tales votos a fin de facilitar el acuerdo. (Corte Constitucional, 2020, c-237)

Pactos de deuda sostenible

Finalidad y condiciones dispuestos en el artículo:

Se tiene como finalidad de este importante instrumento, reducir el plazo de los acuerdos de reorganización, ya que las entidades financieras pueden postergar el cumplimiento de sus acreencias por medio de un pacto de deuda sostenible, de manera que la concursada podrá atender el pago de los acreedores conforme a lo estipulado en el acuerdo de reorganización y después atender las acreencias sujetas al pacto de deuda, en dicho pacto se podrán estipular tasas de interés diferentes a las concertadas en el acuerdo de reorganización.

Para lo anterior se debe tener en cuenta que, deberá ser aprobada por el 60 % de la categoría de acreedores financieros y los términos del acuerdo de reorganización se entenderán cumplidos cuando el deudor emita y entregue a esos acreedores los títulos que contengan los términos de las obligaciones respectivas.

Impactos sobre la empresa deudora

Este novedoso instrumento claramente va en dirección de mejorar el flujo de caja de la concursada, puesto que no tiene que acogerse a la rigurosidad que demanda el artículo 34 de la Ley 1116, la cual exige que la estipulación del acuerdo deberá tener carácter general, aquí por el contrario, partiendo de una manifestación de la voluntad de las partes, en este caso las entidades financieras; la empresa insolvente puede postergar el pago de algunas acreencias financieras y concentrarse en el pago de los demás acreedores.

Esta posición de las entidades financieras de aceptar un acuerdo de pacto de deuda sostenible, se podría calificar con una conducta ejemplarizante, en el sentido de que partiendo de su posición como acreedor "fuerte" permite que la empresa insolvente atienda el compromiso que tiene con acreedores que tienen menor capacidad de resistir los largos plazos que se generan en los acuerdos de reorganización, por tanto este importante pacto de

deuda sostenible, seguramente tendrá un impacto sobresaliente en la finalidad del mecanismo de reorganización que es devolverle la viabilidad a la empresa para que siga cumpliendo su función económica y social.

Impacto a los acreedores

La influencia de este instrumento respecto a los acreedores resulta evidente. Al lograr un acuerdo de pacto de deuda sostenible, se generan dos impactos positivos para los extremos del proceso. Por un lado, se brinda ayuda al deudor en relación a su obligación financiera y, por otro lado, los acreedores reciben un beneficio significativo al ver satisfechas sus deudas en un periodo más corto.

Es común que el pasivo del deudor esté conformado por distintos tipos de acreedores, algunos de los cuales tienen una capacidad financiera limitada y no pueden hacer frente a la insolvencia empresarial del cliente. Existe, además, el riesgo de que también se vean afectados por la insolvencia, generando una especie de "efecto dominó" en el ámbito económico en el que operan.

Por lo tanto, los pactos de deuda sostenible no solo representan un mecanismo para aliviar la carga financiera y reactivar la empresa, sino que también se convierten en una forma de permitir a los pequeños acreedores recuperar sus créditos en menos tiempo y evitar caer en situaciones de falta de liquidez.

Artículo 5. Estímulos a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización.

Para las autoridades colombianas no es nueva la inquietud sobre la imperiosa necesidad de ofrecer alternativas de financiación a las empresas en concurso para ayudar así a superar la crisis de insolvencia, esta crítica situación ha sido tratada en legislaturas anteriores: Ley 222 de 1995, Ley 550 de 1999 y la Ley 1116 de 2006.

Estas medidas legislativas están diseñadas para fomentar la inversión y el acceso a crédito en situaciones de insolvencia o reestructuración de deudas, buscan promover la oferta de créditos y brindar beneficios a los acreedores en situaciones de concurso de deudores.

Algunos de estos incentivos incluyen la opción de pagar primero las deudas generadas después de que se haya iniciado el concurso, la posibilidad de cambiar el orden de prioridad para los acreedores que aportan recursos durante el concurso y la capacidad de ejecutar al deudor en concurso por incumplimiento de sus obligaciones sin que el fuero de atracción lo proteja.

Haciendo la salvedad de que los estímulos a la financiación del deudor no es una novedad del Decreto 560 de 2020, no se puede desconocer que en el artículo en cuestión se plantean importantes medidas que seguramente ayudarán a que el sistema concursal sea más dinámico, independiente y con mayores alternativas entre las partes para sacar adelante el proceso de reorganización empresarial.

Aspectos más relevantes

Impactos sobre la empresa deudora:

- En primer lugar, es importante hacer énfasis en la estigmatización que padece todo empresario que inicia un proceso concursal de insolvencia, ya que se convierte en un sujeto no óptimo o inadecuado para ofrecerle algún tipo de financiación. Entonces es pertinente este

articulado en crear estímulos para incentivar a los agentes económicos que se desenvuelven en el ámbito de negocios del concursado para que le ofrezcan alternativas de financiación.

- Se deben reflejar dos aspectos positivos respecto a no requerir una autorización del juez para obtener crédito destinado al giro ordinario del negocio. Primero, se evita el desgaste jurisdiccional, como los trámites de sustanciación y secretaría, que afectan la rapidez del proceso. Segundo, se le otorga un verdadero protagonismo a las partes o intervinientes, permitiéndoles establecer los términos de negociación respectivos. Esto le da al sistema concursal un enfoque económico más amplio.

- El segundo párrafo ofrece una alternativa adicional de financiación para el deudor concursado y esta se da en el caso de que:

“(…) No logró obtener nueva financiación para el desarrollo del giro ordinario de sus negocios en las condiciones anteriores (…)”. (Decreto 560, 2020, Art. 5)

Para esto la disposición otorga 3 posibilidades:

“1. Respaldo el crédito con garantías sobre sus propios activos que no se encuentren gravados a favor de otros acreedores o sobre nuevos activos adquiridos.

2. Otorgar un gravamen de segundo grado sobre los activos previamente gravados con garantía.

3. Otorgar una garantía de primer grado sobre bienes previamente gravados, con el consentimiento previo del acreedor garantizado que será subordinado (…)”.

Se nota así el afán o interés del legislador de que el insolvente cuente con diversas alternativas para la financiación y pueda tener más posibilidades de recuperar la viabilidad económica de la empresa.

En el tercer párrafo establece que, con el propósito de proteger la empresa y el empleo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y otras entidades estatales tendrán la facultad de reducir sanciones, intereses y capital. Esta iniciativa evidencia una intervención favorable por parte del gobierno a través de sus políticas económicas y fiscales, las cuales buscan contribuir a la perseverancia de las empresas como generadoras de empleo y riqueza.

Impacto a los acreedores:

A los acreedores como grupo fundamental del proceso de reorganización empresarial, este artículo les ofrece aspectos importantes, algunos ya existentes en la normativa colombiana y otros con unos cambios que realmente van dirigidos a otorgarles más beneficios o privilegios a quienes brinden financiación al concursado. Se continúa con las preferencias del artículo 71 de la Ley 1116 de 2006.

En relación a los eventos en que el deudor tiene que solicitar autorización al juez del concurso para conseguir financiación que requiere el respaldo de garantías sobre bienes ya grabados, como: conceder gravamen de segundo grado u otorgar una garantía de primer grado sobre bienes previamente grabados, Cómo se indica en los numerales 2 y 3 respectivamente. Se tiene que, el juez del concurso por ningún motivo podría desmejorar al acreedor garantizado original, así que le corresponderá a la autoridad concursal hacer un responsable análisis no solo en lo jurídico sino también en lo económico y lo financiero.

En el párrafo 3 se establece una importante medida que se convierte en un incentivo de peso dirigido a aquellos acreedores que deseen financiar las empresas en reorganización, puesto que permite que las entidades del estado se subordinen en la prelación respecto a aquellos acreedores que otorguen un nuevo crédito, quedando estos en primera clase por encima de la DIAN y no comprometiendo la prelación conforme preceptúa el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006.

Artículo 6. Salvamento de empresas en estado de liquidación inminente.

Tiene como finalidad principal el salvamento de empresas que se encuentran en estado de liquidación inminente, es decir, que están próximas a ser liquidadas judicialmente debido a su patrimonio negativo. Para lograr esto, se establece un mecanismo a través del cual los acreedores interesados podrían convertirse en los nuevos dueños de la empresa, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos; el objetivo de esta medida es evitar la liquidación de la empresa y permitir su continuidad, lo cual supone beneficios tanto para los acreedores, que podrían recuperar al menos parte de sus créditos, como para la economía en general, al mantener empleos y actividad económica.

Impactos sobre la empresa deudora:

Esta medida es de gran importancia considerando que se enfoca directamente en evitar la desaparición de la empresa debido a la falta de confirmación del acuerdo de reorganización. Con lo dispuesto en el Decreto 560 se está dando la gran posibilidad de declarar la terminación del proceso de reorganización y ordenar el inicio del proceso de liquidación, pero con la alternativa de poder conservar la continuidad de la unidad productiva, si algún acreedor manifiesta el interés de aportar nuevo capital que sea suficiente para atender las obligaciones descritas en el artículo en cuestión.

El magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas de la Corte Constitucional, propuso la revisión constitucional del Decreto 560 de 2020, y sobre el salvamento de las empresas, quedó claro en la sentencia C-237 de 2020, que:

El salvamento de empresas en estado de liquidación inminente constituye una medida de indudable idoneidad para la protección de la unidad económica como base del desarrollo. El riesgo de liquidación y la consecuente desaparición de la unidad de explotación económica pretende ser evitado y, en consecuencia, se dirige a evitar la extensión de los efectos de la crisis. Estas medidas no se encuentran así establecidas en el actual ordenamiento jurídico de insolvencia y, por su naturaleza, debían ser adoptadas mediante normas con fuerza de ley. Se satisface así el juicio de necesidad en su doble variante, fáctica y jurídica. (Corte Constitucional, 2020, C-237)

En este artículo se nota la intención del legislador de dirigir las políticas a la protección de la empresa más que al empresario, accionista o propietario, ya que estos desaparecerían una vez el nuevo acreedor inversionista cumpla con el aporte de capital necesario. Si bien los acreedores vinculados están legitimados para hacer la oferta económica, la norma indica que: “Si se presentan ofertas iguales, se preferirá la del acreedor no vinculado sobre la del acreedor vinculado. (Decreto 560, 2020, art. 6)

Impacto a los acreedores:

Respecto a los intereses de los acreedores es importante tener en cuenta que todos, sin importar su monto, siempre y cuando se encuentren en el proceso de reorganización y estén debidamente calificados y graduados, están legitimados para hacer este tipo de ofertas. Hay efectos sobre los socios teniendo en cuenta que el acreedor inversionista se convierte en único accionista, dado la capitalización a valor nominal de las creencias pagadas, a los accionistas anteriores se le cancelarán sus acciones.

- **Riesgo:** Quién está dispuesto a aportar el capital necesario para quedar dueño de la empresa en crisis, haciendo uso de la figura del salvamento, es lógico pensar que es un actor que conoce claramente las debilidades y fortalezas de la organización, puesto que el solo hecho de cumplir con la condición de tener un patrimonio negativo es una clara señal de que es una empresa con un alto deterioro financiero y una escasa viabilidad económica.

De modo que, a pesar de que el nuevo dueño empieza su desempeño liberado de la carga de pasivos, le corresponde asumir grandes retos hacia adelante, (operativos,

comerciales, tecnológicos, etc.) y además con la carga de asumir el control de una empresa con el rótulo de haber estado inmersa en un proceso concursal.

- Oportunidad: Desde un punto de vista positivo y debe ser lo que el legislador espera, que la institución del salvamento, se convierta en una oportunidad para: a) que el acreedor inversionista además de recuperar sus acreencias, adquiera una unidad de negocios con posibilidades de generar riqueza, b) los acreedores insatisfechos pero con vocación de pago logren por medio esta herramienta recuperar sus créditos, los cuales ante un escenario liquidatorio hubiera sido poco probable de recuperar y, c) la sociedad, que puede contar con la continuidad de una empresa que cumple una de las más importantes funciones sociales, que es la generación de empleo.

Otros aspectos importantes a considerar son; ampliar el alcance el espectro del salvamento de empresas en crisis. Esto implica permitir la participación de un grupo más amplio de oferentes, como, compañías de la misma industria, firmas especializadas en invertir en empresas en dificultades o entidades con experiencia en el mismo tipo de negocio.

Además, es necesario reconsiderar la condición de tener un patrimonio negativo como requisito para acudir al salvamento de la empresa, ya que muchas empresas podrían estar destinadas a la liquidación judicial, aunque no presenten esta situación. La ley actual permite a una empresa en liquidación judicial proponer un acuerdo de reorganización, por lo que se sugiere que empresas en estado de liquidación inminente o en proceso de liquidación también deberían tener acceso a este mecanismo de solución. (Ley 1116, 2006)

Artículo 8. Negociación de emergencia de acuerdos de reorganización.

Este artículo trata tres aspectos fundamentales para que el sistema concursal logre mayores indicadores de eficiencia, esto es: A) mayor desjudicialización, B) incremento en la autonomía negocial de las partes y, C) menores tiempos en el proceso. (Decreto 560, 2020)

A. Mayor desjudicialización.

Este precepto legislativo busca un punto medio entre la no intervención del juez en muchas situaciones y su necesaria presencia en otros asuntos clave. Durante la primera etapa del proceso concursal, que va desde la admisión de la solicitud hasta los tres meses de negociación, se prioriza la capacidad de negociación de las partes, basada en su autonomía de la voluntad. El objetivo es lograr que los conflictos contractuales se resuelvan a través de la conciliación, sin necesidad de intervención judicial, lo que resulta en un concurso más eficiente, con menos litigios y menores costos procesales.

Este enfoque concuerda con la posición del economista Ronald Coase, quién promulgó "Si las partes cooperan y logran llegar a un acuerdo se reducirán al mínimo los costos de transacción y se podría llegar a la solución económica racional". (Coase Ronald H, The problem of social cost, 1960)

Entonces, lo ideal es que en el sistema concursal cada que sea posible es preferible que las partes puedan negociar evitando así costos y demoras adicionales.

Ahora, desde el punto de vista de la necesaria intervención del juez, teniendo en cuenta la diversidad y complejidad de asuntos que se discuten en los procesos de insolvencia y los derechos fundamentales que se pueden afectar, esto sin duda hace que la intervención del juez sea necesaria, pero ya, desde la perspectiva de la custodia de los derechos de los diferentes intervinientes del proceso concursal.

De modo, que la injerencia del juez del concurso se hace necesaria en aspectos tales como:

1. Resolver las objeciones que surjan entre el deudor y los acreedores.

2. Analizar la legalidad del documento contractual que nace de la negociación. Evitando en todo momento vicios que puedan conllevar a nulidades
3. Vigilar que se respete la prelación legal.
4. No permitir que se vulnere el principio de igualdad.
5. Constatar que en el documento de negociación exista claramente el plan de negocios y el flujo de caja, sin entrar a ponderar sobre la conveniencia para una u otra parte.
6. Revisar que el contrato cuente con los requisitos esenciales como son; la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.
7. Finalmente definir sobre la posible homologación del acuerdo reorganización empresarial. (Decreto 560, 2020, art 8)

B. Incremento en la autonomía negocial de las partes.

Los problemas de insolvencia en empresas generalmente se relacionan con aspectos económicos. Los empresarios suelen realizar muchas transacciones a través de acuerdos privados sin intervención judicial. Proporcionar un entorno adecuado para que las partes involucradas en problemas de insolvencia puedan llegar a un acuerdo de recuperación aumenta la eficiencia del proceso y reduce los costos asociados a las transacciones.

Este aspecto ha sido tenido en cuenta las recomendaciones de la Comisión Europea en marzo 2014, manifestando lo siguiente:

“La eliminación de los obstáculos a la reestructuración efectiva de empresas viables con dificultades financieras contribuye a preservar puestos de trabajo y beneficia también a la economía en general. (...) Para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los Marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario proporcionando para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas”.

(Recomendación de la comisión europea, 2014, p.2).

De manera que, si el régimen de insolvencia colombiano les atribuye a las partes mayor autonomía de la voluntad en las fórmulas de solución, con lógica razón se podría pensar en llegar a un acuerdo recuperatorio de una manera más ágil y, por ende, con un mayor beneficio económico social.

C. Menores tiempos en el proceso

Conviene enfatizar que la variable tiempo es directamente proporcional a cualquier crisis empresarial y a todo proceso concursal, puesto que, si el gerente es lento o inseguro en tomar decisiones que impidan el deterioro de las variables críticas, seguro que la dinámica del negocio cada día hará que se empeore la situación de la organización.

Sobre este tema se refirió el catedrático Álvaro Marín Hoyos.

La crisis es un proceso dinámico que crece minuto a minuto, carcome toda la riqueza que encuentra su paso, empezando con el patrimonio de la empresa y siguiendo con los patrimonios adyacentes, si no se enfrenta a tiempo y con medidas de fondo, continúa su insaciable camino destructor (2002, p. 70).

Con respecto al proceso concursal, particularmente al proceso de reorganización empresarial, se debe partir de que al proceso llega una empresa con problemas críticos de insolvencia y de otras índoles, lo que directamente indica que hay un número de agentes económicos afectados por la concursada, de manera que, si el proceso tiene una excesiva duración, el llamado mecanismo recuperatorio pierde toda su razón de ser.

Así que respecto a la reducción de tiempos se destacan aspectos como:

- Una vez se verifica la completitud de la información, el Juez del Concurso admite la solicitud y comienza la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización.

- No se realizan traslados relacionados con la calificación y graduación de créditos, asignación de derechos de voto, ni inventario de bienes.

- Los acuerdos por categorías también contribuyen a reducir los tiempos del proceso. Si un deudor logra llegar a un acuerdo con una categoría específica, puede continuar operando su negocio y superando la crisis, sin necesidad de someterse al procedimiento exigido por la Ley 1116. Esto evita que algunos acreedores dificulten la negociación y prolonguen el proceso. (Decreto 560, 2020, art 8)

Esta figura será importante para el proceso de recuperación, ya que permite un enfoque más económico del régimen de insolvencia, en el que se priorizan los criterios de optimización y los beneficios económicos socialmente deseados.

En resumen, es importante ajustar jurídicamente la posibilidad de acuerdos por categorías en el concurso para evitar desventajas para algunos acreedores y mantener el principio de universalidad.

Surgen sin embargo algunos interrogantes donde el legislador debe decidir cómo proceder en el caso de incumplimiento del acuerdo, o cómo afecta a los demás acreedores cuando, por ejemplo, la negociación se da en diferentes categorías y sólo se cumple una de ellas. Igual pasa si un acreedor fuera del acuerdo demanda al concursado, afectando la negociación o en el caso en el que se incumplen los acuerdos con los acreedores que están por categorías, cómo afecta esta situación a los acreedores que no hacen parte del acuerdo.

En vista a que pueden surgir diferentes tipos de interrogantes, el legislador debe seguir buscando alternativas económicas sin dejar de proteger los derechos de todas las partes, ya que en el régimen concursal hay una conexión entre la economía y el derecho.

El artículo 8 del Decreto 560 de 2020, abarca, además, otras consideraciones importantes, como:

Aplazamiento de los gastos de administración

El aplazamiento de los gastos de administración le permite al deudor aplazar los gastos de administración que razonada y justificadamente estime necesarios. El pago deberá realizarse una vez confirmado el acuerdo o fracasadas las negociaciones, dentro del mes siguiente, salvo que el acreedor acepte otorgar un plazo superior. Durante este término no se podrá suspender el pago de salarios, ni aportes parafiscales, ni obligaciones con el sistema de seguridad social.

Esto le concede una liquidez transitoria al insolvente y le impide al acreedor el cobro de interés de mora o la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria para el cobro de esos créditos no cumplidos.

Los efectos del nuevo enfoque de aplazamiento de los gastos de administración resultan en que, aunque no se traten de créditos del concurso, estarán sujetos a negociación de emergencia y deben ser pagados dentro del mes siguiente a la confirmación del acuerdo. En caso de no lograrse un acuerdo, el pago deberá hacerse de forma inmediata.

Teniendo en cuenta que los procesos de insolvencia se han visto contagiados por actos que atentan contra el principio de la buena fe y del abuso del derecho, de una manera acertada el legislador dispone en el artículo 8 del Decreto 772 que el aplazamiento de los gastos de

administración debe ser razonables y justificados además su incumplimiento generalizado puede impedir la confirmación del acuerdo.

Es importante resaltar que mientras más alternativas tenga el concursado para devolverle la viabilidad a su empresa y, por ende, que esta siga cumpliendo con su importante función social, más atractivo será el sistema concursal para la solución de empresas en crisis.

De ahí que el deudor haga uso honesto y estratégico de esta posibilidad de aplazamiento que le brinda la ley, puesto que una de las mejores formas de dar credibilidad a los acreedores del concurso y a los agentes económicos que apoyan su operación es reflejando el cumplimiento de sus compromisos especialmente los que tiene que ver con los gastos de administración.

Efectos del fracaso del acuerdo

Otro aspecto importante que ofrece esta nueva legislación es lo relacionado con los efectos del fracaso del acuerdo, teniendo en cuenta que no lo sanciona con la liquidación por adjudicación cómo acontece bajo la Ley 1116 de 2006, aquí se presentan dos situaciones.

a) No podrá iniciar un nuevo procedimiento de negociación de emergencia o de recuperación empresarial dentro de un año siguiente a la terminación del mismo, pero sí podrá iniciar un nuevo procedimiento en términos de la Ley 1116.

b) Como el acuerdo no nace a la vida jurídica simplemente termina el proceso de negociación, pero si puede tener efectos Inter partes si estos así lo desean.

Aspectos tributarios en los procesos de insolvencia

La carga tributaria tiene un impacto significativo en la competitividad y rentabilidad de las empresas. Los empresarios deben considerar cuidadosamente los altos costos tributarios al buscar alternativas para aumentar su utilidad. Además, deben realizar un análisis constante de los indicadores de rentabilidad y liquidez de su negocio para poder cumplir con sus obligaciones fiscales.

En la ley 1116 de 2006 no se logra visualizar normas que realmente estén direccionadas a que el insolvente cuente con un tratamiento fiscal diferente que le ayude a superar la crisis de liquidez, solo en el artículo 40 parágrafos 1 y 2 trata de cómo se debe proceder en los procesos de reorganización empresarial, respecto a la renta presuntiva, que ya no tiene existencia, y el derecho a solicitar la devolución de la retención en la fuente, aspecto poco técnico para ayudarlo a mejorar el flujo de caja al insolvente. Por esto, el Decreto 560 de 2020, menciona aspectos relevantes en los procesos de insolvencia.

El Decreto 560 de 2020 en su título III trata sobre los aspectos tributarios en los procesos de insolvencia, donde se puede hacer el siguiente análisis:

1. El artículo 12 establece que las empresas en procesos de reorganización no tienen que retener impuesto sobre la renta. Esto representa un avance respecto al artículo 40 de la ley 1116, que obligaba a las empresas insolventes a realizar la retención para luego solicitar su devolución, lo cual generaba trámites burocráticos y dificultades en su flujo de caja deficitario.

El artículo 40 del régimen ordinario muestra que el legislador no comprende la difícil situación de los deudores en reorganización, quienes tienen dificultad para generar ganancias y cumplir con sus compromisos financieros en el acuerdo de reorganización. Durante este periodo de recuperación es casi imposible aumentar su patrimonio.

Así que el artículo 12 al establecer que las empresas en procesos de reorganización no tienen que retener impuesto sobre la renta, se torna más acorde con la realidad de los deudores en procesos de reorganización empresarial.

Es de esperar entonces que lo estipulado en el artículo 12 de este decreto transitorio sea muy tenido en cuenta, para que las directrices del régimen de insolvencia en el componente tributario, puedan estar más en sintonía con la realidad de los deudores en procesos de reorganización empresarial.

2. El artículo 13 expresa que “Las empresas admitidas a un proceso de reorganización empresarial o que hayan celebrado un acuerdo de reorganización y se encuentren ejecutándolo, ..., estarán sometidas a retención en la fuente a título del impuesto sobre las ventas IVA del cincuenta por ciento (50%)”. (Decreto 560, 2020, art 13)

El artículo destaca la obligación de los empresarios de declarar y pagar el IVA, al respecto se debe tener en cuenta que algunos que tienen problemas económicos desvían los fondos destinados a pagar el IVA para financiar sus negocios. Esta práctica empeora su situación económica y los expone a posibles sanciones tributarias y altas tasas de interés.

Así que, este artículo busca disminuir el riesgo de que los empresarios en crisis utilicen recursos del fisco para compensar su falta de flujo de efectivo, pero se considera insuficiente para enfrentar los desafíos de devolver la viabilidad a la empresa en crisis.

Teniendo en cuenta lo anterior sería importante considerar los siguientes aspectos:

A. Puesto que el Estado tiene como responsabilidad constitucional proteger e incentivar el desarrollo empresarial (Constitución política, 1991, art. 333), debería desde su política tributaria ser compatible este mandato constitucional con la finalidad del régimen de insolvencia empresarial, que claramente busca evitar el fracaso económico de las empresas para que éstas puedan seguir asumiendo su responsabilidad social y perseguir sus fines económicos privados.

Desde este punto de vista debería existir un régimen tributario especial para empresas en procesos de insolvencia, principalmente para aquellas que se encuentran en procesos de reorganización, puesto que estas empresas tienen unas características económicas y financieras especiales que difícilmente soportan el tratamiento tributario de una empresa que se encuentra en normalidad.

B. Cuándo la DIAN entra a tomar el papel de acreedor, debería asumir una condición similar a la de cualquier reclamante, en el aspecto de que tengan la posibilidad de llegar a entablar negociaciones con el empresario en reorganización donde sea posible establecer parámetros más flexibles en cuanto al pago de su obligación principal y las relacionadas con las sanciones, como podría ser que sobre la primera, que se le dé un tiempo suficientemente amplio para responder por esta obligación y sobre lo segundo, que los funcionarios tengan la potestad de hacer descuentos o anular las sanciones tributarias.

Si se tiene en cuenta que en diferentes momentos se han ofrecido amnistías tributarias, en donde se le abre la puerta hasta aquellas empresas que han presentado actuaciones reprochables como la omisión de ingresos o la simulación de pasivos, para que obtengan ciertos beneficios, por qué no crear unas condiciones normativas donde las empresas en reestructuración tengan beneficios especiales que les permiten disminuir su carga tributaria en el periodo de la ejecución del acuerdo de reorganización.

Análisis del Decreto legislativo 772 de 2020

Es importante tener en cuenta que aunque el Decreto 772 de 2020 también es uno de los decretos reglamentarios que nacieron producto de las medidas especiales en materia de procesos de insolvencia con el fin de mitigar los efectos del COVID-19, la legislación de insolvencia referente al tema de las pymes es un tema que se venía trabajando hace varios años en el grupo de trabajo reunión 56, celebrado en Viena en diciembre de 2019, donde se concluye la necesidad de apoyar a las pequeñas empresas teniendo en cuenta la importancia del peso que tienen en las economías de todos los países del mundo y su alta vulnerabilidad

Se puede decir que las normas expresadas en el Decreto 772 sigue los lineamientos o directrices que ha expedido CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) donde se destacan las principales características de las microempresas y pequeñas empresas (MYPE), como son: la dificultad de acceso al crédito, altos costos financieros, patrimonio económico débil, tratamiento inadecuado de los registros contables, problemas de flujo de caja, frecuentes retrasos en los pagos, base limitada de acreedores, confusión de las obligaciones de los socios y administradores de la sociedad. (CNUDMI, Guía legislativa sobre las empresas de responsabilidad limitada, 2021)

De tal manera que se ha evidenciado la necesidad de encontrar soluciones que se acomoden a las características especiales de las pequeñas empresas, es así como el Decreto 772 busca ofrecer un proceso de reorganización abreviado, donde la duración sea menor y sobresalga las conciliaciones para la resolución de los conflictos, logrando de esta manera el rescate de las empresas en situación de insolvencia y la conservación del empleo.

Dentro de este contexto, la CNUDMI, en su proyecto incluyó entre sus propósitos, I) reducir obstáculos de acceso al proceso concursal; II) alentar, facilitar e incentivar el acceso; III) configurar procedimientos, sencillos y baratos, ajustados a las necesidades de los pequeños deudores, y IV) promover la actividad empresarial. (CNUDMI, proyecto de ley sobre la insolvencia de pequeñas y medianas empresas, 2023)

A continuación, se tratará los artículos relevantes del Decreto 772 y que no hayan sido tratados en el Decreto 560, puesto que ambos Decretos transitorios comparten directrices semejantes, estos artículos son: Artículo 3 y artículo 4.

Artículo 3. Uso de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial.

El artículo en comento establece que la Superintendencia de Sociedades o la entidad competente podrán solicitar el uso de formatos electrónicos y la radicación electrónica de solicitudes e información en los procesos de insolvencia regulados por la Ley 1116 de 2006, el Decreto 560 de 2020 y este decreto legislativo.

Además, podrán utilizar herramientas tecnológicas e inteligencia artificial en todas las etapas de dichos procesos. Estas herramientas podrán ser utilizadas de forma permanente, sin desconocer la importancia de que el régimen concursal colombiano vaya en sintonía con los adelantos tecnológicos.

Es importante tener en cuenta que el empresario en crisis no puede prescindir del talento humano, así que las herramientas tecnológicas serán muy útiles siempre y cuando haya un equipo de profesionales dispuestos a asumir los retos que exige una empresa en procesos de reorganización.

Artículo 4. Mecanismos de protección de la empresa y el empleo.

“(…) con el objetivo de preservar la empresa y el empleo, las medidas cautelares practicadas en procesos ejecutivos o de cobro coactivo que recaen sobre bienes distintos a los sujetos a registro (...). (...) se levantarán por ministerio de la ley, con la expedición del auto

de inicio del proceso, por lo tanto, el juez que conoce de la ejecución deberá entregar los dineros o bienes al deudor, incluso si el proceso ejecutivo no se hubiere remitido para su incorporación en el proceso concursal (...) (Decreto 560, 2020, art 4)

Es importante tener en cuenta que las medidas cautelares son una institución jurídica que tiene la finalidad de salvaguardar los intereses de las partes sobre acontecimientos que puedan sobrevivir, al respecto se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-054 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell:

Las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una sanción de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sus sesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta o concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. (Corte Constitucional, 1997, c-054)

El artículo en cuestión aborda el tema de las medidas cautelares en el derecho concursal, señalando que estas deben favorecer el equilibrio entre los sujetos del concurso. Por un lado, no deben ser excesivas y restringir el funcionamiento normal de la empresa en crisis y, por otro lado, deben proteger los derechos de los acreedores, considerando que el patrimonio del deudor es garantía para sus créditos. Teniendo en cuenta lo anterior se tratará de hacer un análisis de las ventajas que trae este precepto normativo para el concursado y las desventajas o efectos negativos que pueden causar en el grupo de acreedores.

Ventajas

1. Mayor facilidad para que el deudor cuente con un mayor flujo de caja (entrega de títulos, desembargo de cuentas bancarias, etc.) y pueda contar con activos productivos, que de otra forma pudieran ser sujetos de secuestro. Este aspecto va en dirección al principio de eficiencia económica (Ley 1116, 2006, art 4 núm. 2).
2. Se simplifican los trámites procesales, dándole a la concursalidad mayor economía procesal.
3. Se suprimen algunas actuaciones del juez, buscando darle mayor celeridad al proceso.
4. El hecho de darse un levantamiento automático de las medidas cautelares será un incentivo importante para que las empresas en crisis elijan la concursalidad, vía procedimiento abreviado para tratar de solucionar su situación de insolvencia.

Desventajas

1. Al decir la norma que las medidas cautelares se levantan por ministerio de la ley, se puede colegir entonces que con la existencia del auto de admisión se levanta automáticamente estas medidas, por tanto, no habrá publicidad de esta actuación procesal y por ende no habrá notificaciones por estados, no correrán términos de ejecutoria y mucho menos, habrá posibilidad de interponer recursos, situación compleja que puede afectar el debido proceso para algunos de los sujetos concursales, dado la simplificación de los tramites en comparación con el régimen ordinario, claro está que la publicidad sobre el proceso concursal se garantiza, puesto que el expediente es público y es deber de las partes consultarlo.

Sobre este aspecto la sentencia C-378 de 2020 considero los siguiente:

Adicionalmente, la publicidad también se garantiza porque en todos los procesos de reorganización el acceso al expediente es público, todas las actuaciones deben constar en el mismo, y debe estar a disposición de los intervinientes de manera completa, transparente y oportuna. En particular, en los procesos de reorganización abreviada, el decreto legislativo objeto de estudio determina que la información que presente el deudor y las actuaciones adelantadas deben quedar registradas en el expediente del concurso, el cual estará disponible para todos los acreedores en todo momento, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 11. Aunado a ello, la Corte resalta que, tal como lo dispone el referido Artículo 11, las partes tienen la carga de revisar el expediente, asistir a las reuniones y audiencias e informarse completa y debidamente sobre el proceso y sus consecuencias. (Corte Constitucional, 2020, c-378)

Además, la revocación de las medidas cautelares por mandato de la ley podría estar vulnerando el principio de igualdad y no discriminación, dispuesto en el artículo 13 de la Constitución política de Colombia, y en el caso de los acreedores con garantía sujetos a registro, como los vehículos automotores, y los demandantes en procesos de carácter declarativo (Código General del Proceso, 2012, art 590).

2. En relación a los activos garantizados sobre bienes muebles grabados con embargos, secuestros u otro tipo de cautelas, qué pertenecen a la segunda clase de prelación legal se les está desconociendo los privilegios consagrados en el artículo 50 de la ley 1076 de 2013.

Respecto a este asunto se pronunció el doctor José Alberto Gaitán Martínez, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, manifestando:

“El Decreto 772 de 2020, a la hora de establecer el levantamiento automático de este tipo de gravámenes omitió por completo compensar las pérdidas y restricciones de derechos de este tipo de acreedores perjudicados con el levantamiento de las medidas que respaldaban sus créditos, que incluso podrían estar inscritas en el registro de garantías mobiliarias, con la prevalencia del artículo 48 de la Ley 1676 de 2013, y que se ven degradados dentro del concurso por ministerio de la ley”. (Gaitán Martínez y Pájaro Moreno, Expediente RE 000318, 2020)

3. La norma tampoco hace referencia a la obligación del deudor de sustentar la necesidad de para el desarrollo de su actividad económica, respecto a los bienes sujetos a secuestro, embargos o grabados, exigencia que le daría más sustento al precepto normativo sobre el verdadero interés de preservar la empresa y el empleo, y así no involucrar innecesariamente a acreedores que tienen medidas cautelares sobre otro tipo de bienes necesarios para el ejercicio económico del concursado.

Conclusiones

Se destaca la importancia de la empresa como un componente fundamental en la economía colombiana. La empresa no solo facilita el movimiento de bienes, servicios, capital y trabajo, sino que también desempeña un papel crucial en la generación de empleo, la competitividad y el crecimiento económico.

Así que sobresale la protección constitucional de la empresa como un motor de desarrollo económico, respaldada por sentencias de la Corte Constitucional. Lo que refuerza la importancia de preservar las empresas en crisis y promover su reorganización como un objetivo valioso desde una perspectiva social y económica.

La reorganización empresarial se expone como un proceso legal que permite a las empresas insolventes llegar a acuerdos con sus acreedores para pagar sus deudas y llevar a cabo una reestructuración que les permita recuperar su viabilidad financiera y operativa.

De lo anterior que sea fundamental que los empresarios identifiquen a tiempo las dificultades financieras y tomen medidas para implementar adecuadamente el proceso de reorganización empresarial. Esto requiere un enfoque estructural que involucre a todas las áreas de la empresa.

En definitiva, el régimen concursal, principalmente el mecanismo de reorganización empresarial, debe ser un instrumento relevante para la estabilidad económica del país; en el sentido de que a través de este instrumento se pueden evitar que empresas con problemas de insolvencia, pero con viabilidad económica no tengan que llegar a la instancia de liquidación, la cual tiene costos privados y sociales de alta magnitud.

Para lograr un sistema concursal eficiente es fundamental el compromiso del Estado, tanto desde la instancia legislativa como desde las políticas estatales, de manera que los agentes económicos perciban que la institucionalidad ofrece importantes alternativas de solución al complejo e incierto mundo de los negocios.

Al mismo tiempo, en busca de la eficiencia concursal el análisis económico del derecho (AED), se debe convertir en una herramienta importante para analizar las conductas empresariales bajo las limitaciones o exigencias de la norma y así evaluar qué tanto las reglas jurídicas están alcanzando sus pretensiones.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que se resuelve en los procesos concursales son conflictos de orden patrimonial, se hace sumamente necesario lograr que la legislatura en insolvencia se adecúe a las vivencias o realidades que se presentan en la dinámica económica; de tal manera que las leyes interpreten de manera correcta el comportamiento racional de los agentes económicos para así lograr que el sistema concursal, sea una verdadera institución que garantiza la protección de los derechos de cada uno de los actores, sea eficiente en la resolución de los conflictos, y así sea una gran protagonista en el desarrollo empresarial y el crecimiento económico del país.

Todo régimen concursal debe estar atento a los cambios que se vayan presentando en las condiciones del mercado, de modo que sus preceptos normativos no se vuelvan anacrónicos y pierdan efectividad en el cumplimiento de su finalidad.

La experiencia que han dejado los procesos ejecutados bajo las órdenes de los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 deben ser muy bien analizadas por las autoridades concursales con miras a verificar si aspectos como la reducción de tiempo en los tramites, dar mayor autonomía a las partes, disminuir la intervención del juez del concurso y ampliar las opciones de financiamiento para las empresas insolventes, pueden contribuir a lograr un sistema concursal más eficiente.

Referencias

- Alarcón Lora. (2011). Los procesos concursales como mecanismo para conjurar la crisis empresarial. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.
- Barrero, A. (2019). *Manual de procedimientos concursales*. Cuarta edición. Colombia: librería educaciones del profesional LIDA.
- Buitrago, A. B. (2019). *Manual de Procedimientos Concuriales*. Bogotá D.C.: Ediciones del Profesional Ltda.
- Cardona, Mariano. (6 de marzo de 2019). Antecedentes y contexto del régimen de insolvencia en Colombia. <https://marinocardona.com/antecedentes-y-contexto-del-regimen-de-insolvencia-en-colombia/>
- Cardona Osorio, D. (2018). La eficiencia dentro del proceso de reorganización empresarial dentro del régimen de insolvencia colombiano. (Monografía, Universidad EAFIT). chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcgclefindmkaj/https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/13357/DanielAlfredo_CardonaOsorio_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Carnelutti, F. (1994). *Derecho procesal civil y penal*. Harla: Urbe.
- Carvajal Ramírez, Carlos. (2020). La crisis del proceso de reorganización empresarial colombiano. (Tesis de Maestría en Derecho Privado, Universidad Santo Tomás). [file:///C:/Users/Usuario/Desktop/FLOR/EDWIN/trabajo%20de%20grado/Para%20cambiar/2023/LA%20CRISIS%20DEL%20PRCESO%20DE%20REORGANIZACION%20\(pag%201-17\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Desktop/FLOR/EDWIN/trabajo%20de%20grado/Para%20cambiar/2023/LA%20CRISIS%20DEL%20PRCESO%20DE%20REORGANIZACION%20(pag%201-17).pdf)
- Coase Ronald, H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of law And Economics*. 1960.
- Comisión Europea (2014). Recomendaciones sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial Bruselas. 12 de marzo de 2014, p 2. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2014/074/L0006500070.pdf#:~:text=El%20procedimiento%20de%20reestructuraci%C3%B3n%20no%20deber%C3%ADa%20ser%20largo,flexible%20para%20permitir%20la%20adopci%C3%B3n%20de%20medidas%20extrajudiciales>
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 de 1873. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). Ley 222 de 1995. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1116 de 2006. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-544 de 1994. Bogotá D.C.: Corte Constitucional de Colombia. 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-054 de 1997. Corte Constitucional de Colombia. 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia de Tutela T-079 de 2010. Bogotá D.C.: Corte Constitucional de Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia de Tutela T-280 de 2017. Bogotá D.C.: Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia de Unificación SU-631 de 2017. Bogotá D.C.: Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia C-237 de 2020. Corte Constitucional de Colombia. 1994. 2020.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia C-378 de 2020. Corte Constitucional de Colombia. 1994. 2020.
- Cuccia, S. Á. (2019). Análisis de la relevancia de la diversificación financiera. Catalunya. 2019.
- CNUDMI. (2023). Proyecto de ley sobre la insolvencia de pequeñas y medianas empresas. 2023.
- Dabat, A.; Hernández, J.; y Vegas, C. (2015). Capitalismo actual, crisis y cambio geopolítico global. En *Economía UNAM*. 12 (36).
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext_plus&pid=S1665-952X2015000300062&lng=es&tlng=es&nrm=iso
- Decreto 560 de 2020 (Ministerio de Comercio Industria y Turismo). Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. Abril 15 de 2020.
- Decreto 772 de 2020 (Ministerio de Comercio Industria y Turismo). Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial. Junio 3 de 2020.
- Economipedia. (2019). Insolvencia. 22 de junio de 2019. Recuperado de:
<https://economipedia.com/definiciones/insolvencia.html>
- Economipedia. (2020). Iliquidez. 7 de julio de 2020. Recuperado de:
<https://economipedia.com/definiciones/iliquidez.html>
- Espitia, J. J. (2019). Nuevo régimen de insolvencia. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2019.
- Fedesarrollo. (2020). Choque dual y posibles efectos sobre la economía colombiana. 26 de marzo de 2020, p.9. Recuperado de: 2020-03-26_choque_dual_y_posibles_efectos_sobre_la_economia_colombiana.pdf (fedesarrollo.org.co)
- García, G; y Zavala. (2017). ¿Qué es el análisis económico del derecho?. Recuperado de: <https://derechoenaccion.cide.edu/que-es-el-analisis-economico-del-derecho/>
- Garrigues (2020). Guía de herramientas de reestructuración y procedimientos de insolvencia. España. Portugal y Latinoamérica. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/guia_de_herramientas_de_reestructuracion_y_procedimientos_de_insolvencia_en_espana_portugal_y_latinoamerica.pdf
- Gutiérrez, J.D. (2013). El derecho a la libre competencia económica según la Corte Constitucional de Colombia. <https://lalibrecompetencia.com/2013/07/29/el-derecho-a-la-libre-competencia-economica-segun-la-constitucional-de-colombia/>
- Isaza, A. (2019). El plan de negocios de la empresa en crisis. *Revista Actualidad Concursal*, N° 1, agosto-diciembre. 2019.

Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO: 46494.

Marín Hoyos, A. (2002). *Cómo recuperar su empresa*. Bogotá D.C. 2022.

Montoya, A.M. (2015). *Creatividad, innovación y emprendimiento dentro de las empresas. Análisis y diagnóstico de los factores internos*. (Trabajo de grado, Universidad Pontificia Comillas- ICAI-ICADE Madrid). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/5833/retrieve

Nacional Financiera. (2004). *Fundamentos de negocio Finanzas, la mejor alternativa de inversión*. 2004.

Pájaro, N. (2020). *Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso*. Bogotá: Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

Pollack, M.; y García, Álvaro. (2004). *Crecimiento, competitividad y equidad: rol del sector financiero*. Santiago de Chile: CEPAL.

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto Legislativo 560 de 2020. *Medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia en el marco del estado de emergencia social y ecológica*. 15 de abril de 2020.

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto Legislativo 772 de 2020. *Medidas especiales en materia de procesos de insolvencia con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial*. Diario Oficial No. 51.334 de 3 de junio de 2020.

Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Obtenido de DPEJ: <https://dpej.rae.es/lema/mala-fe>

Superintendencia de Sociedades. (1997). Auto 410-3480 del 4 de julio de 1997. Bogotá D.C.: Superintendencia de Sociedades.

Superintendencia de Sociedades. (2021). *Guía de orientación referida a los procesos, procedimientos y trámites de insolvencia. Delegatura de Asuntos Económicos y Societarios; Delegatura de Procedimientos de Insolvencia*. Agosto de 2021.

Upegui, Á. I. (2019). *El plan de negocios de la empresa en crisis*. Actualidad Concursal, 15-17.