

Evolución y análisis de los supuestos de admisión al proceso concursal recuperatorio en la legislación colombiana

Evolution and analysis of the recovery insolvency proceeding's assumptions of admission in Colombian legislation

Germán Monroy Alarcón

Resumen

Este artículo se enfoca en identificar las normas que en la legislación colombiana se han ocupado de regular el fenómeno de la insolvencia del deudor, en especial aquellas relacionadas con los procesos concursales recuperatorios; para ello, se identifica el tratamiento que, a lo largo de la historia legislativa y hasta la fecha, les han dado a los requisitos o presupuestos de admisión, y se revisa tan solo la legislación vigente en este sentido de la jurisdicción de España, Argentina, Perú, Chile, Uruguay y México.

Palabras clave: Concordato, insolvencia, proceso concursal, reestructuración empresarial, reorganización.

Abstract

This article focuses on identifying the norms that in Colombian legislation have dealt with regulating the debtor's insolvency phenomenon, especially those related to recovery insolvency proceedings; for this, we identify the treatment that has been given throughout legislative history and to date to the admission's requirements or prerequisites, and legislation in this sense of jurisdictions such as Spain, Argentina, Peru, Chile Uruguay and Mexico are reviewed.

Keywords: Composition, insolvency, insolvency proceeding, corporate restructuring, reorganization.

1. Introducción

Este artículo de investigación estudia y analiza los requisitos o presupuestos sustanciales y formales que debe cumplir un deudor en situación de crisis financiera, en clave de poder acogerse a la protección legal establecida en las normas concursales o de insolvencia en Colombia, particularmente los requisitos exigidos por la Ley 1116 de 2006, para el caso de las personas jurídicas y naturales comerciantes, y por la Ley 1564 de 2012, para el caso de las personas naturales no comerciantes.

Luego de su análisis y del análisis de otros sistemas legales concursales, se busca determinar si los supuestos o requisitos objetivos y subjetivos de admisión exigidos a un deudor en situación de crisis económica para acudir a un proceso concursal recuperatorio constituyen requisitos mínimos adecuados que facilitan la admisión al procedimiento o, por el contrario, si son un obstáculo, por ser anacrónicos y alejados de la realidad económica actual. Por ello, corresponde proponer alguna reforma legal en el sentido de flexibilizarlos y homologarlos en general a todo tipo de deudores. Se excluyen de esta investigación el análisis de los supuestos de los procesos concursales liquidatorios y de los procedimientos especiales de intervención.

En desarrollo del objetivo, se propone el presente trabajo adelantar el análisis de la norma concursal colombiana a lo largo de las últimas décadas, con el fin de examinar el tratamiento que el legislador le ha venido dando a los supuestos de admisión en los procesos concursales, específicamente a los concursales recuperatorios, tanto de la persona jurídica como de la persona natural cuando ello ha ocurrido, bien sea que esta última ostente la calidad de comerciante o no.

El estudio deberá trascender el análisis de la norma concursal colombiana y propone, entonces, un examen del tratamiento de los supuestos de admisión en las normas concursales vigentes de otras jurisdicciones, las cuales constituyen un referente importante en cuanto al tratamiento contemporáneo del fenómeno de la insolvencia en el sistema del derecho continental o neorromanistas (*civil law*). En particular, se analizan los presupuestos de admisibilidad en los sistemas legales concursales de la jurisdicción española, argentina,

peruana, uruguaya, chilena y mexicana, precisando que no se trata de un trabajo de derecho comparado, sino del análisis de la normatividad vigente de las jurisdicciones anunciadas en materia de derecho de la insolvencia.

2. Los supuestos de admisión al proceso concursal recuperatorio en la legislación colombiana

2.1. Antecedentes en la norma concursal colombiana

Resulta importante —y, por tanto, constituye el punto de partida de esta investigación— analizar críticamente el recorrido, el tratamiento y la evolución que el legislador colombiano les ha venido otorgando a los procesos concursales, en particular a los requisitos o supuestos de admisión tanto sustanciales como formales que deben cumplir los deudores, personas jurídicas o personas naturales comerciantes, pero en situación de crisis económica, para poder acceder a los diferentes mecanismos legales de protección concursal.

En otras palabras, se busca conocer y comprender de dónde proviene la institución y cómo ha evolucionado, con el fin de establecer hacia dónde se orienta, pues como bien lo expresó Pinzón (1982), “la historia de las instituciones jurídicas es muchas veces más útil para juzgar de ellas que las exposiciones de quienes las analizan posteriormente”, o como también sostiene Reyes Villamizar en su obra *Reforma al régimen de sociedades y concursos* (1999), “el conocimiento de estos antecedentes permite, ciertamente, una mayor claridad respecto del sentido y del alcance de la reciente normatividad, así como de la filosofía que subyace en la ley”. Ello, naturalmente, para proponer, dados los resultados del análisis, la conservación de los requisitos en una u otra norma, o bien, para plantear alguna propuesta regulatoria en defensa de los intereses de los deudores en situación de crisis económica y, de contera, en defensa de los intereses de los acreedores, dado el contexto económico actual y los resultados del análisis macroeconómico que se adelantó para este propósito.

Esta primera parte de la investigación se ocupa de determinar los supuestos de admisión a los procesos concursales recuperatorios, tanto para la persona jurídica como para la persona

natural comerciante o no, en los regímenes expedidos por el legislador colombiano en las últimas cuatro décadas. Se parte del estudio de la primera norma que en Colombia se ocupó de regular los procesos concursales (Decreto 2264 de 1969), pasando por el análisis del Código de Comercio colombiano de 1971, que constituye un precedente relevante en materia de derecho mercantil y, desde luego, en materia concursal, hasta el estudio de las normas vigentes en esta materia, como la Ley 1116 de 2006 y la Ley 1564 de 2012. Cabe resaltar que el estudio se aparta de los supuestos de admisión de los procesos quebrarios o liquidatorios y de los procesos especiales de intervención y liquidación, cuyo análisis serán objeto de un estudio independiente.

En este punto vale señalar que el *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Osorio, 1981) define *quiebra*, en línea con Malagarriga, de este modo:

El estado a que son llevados, mediante declaración judicial, determinados deudores que han cesado en sus pagos y que no han logrado o no han estado en condiciones de lograr una solución preventiva, estado que, si no se resuelve en un avenimiento o en un concordato, determina una realización forzada de los bienes para con el producto de dicha realización satisfacer, en lo posible, primero los gastos originados y luego las deudas del quebrado.

Ahora bien, como antecedentes remotos en materia de derecho mercantil tan solo resulta pertinente mencionar que el primer Código de Comercio colombiano de 1853 — inspirado en el Código de Comercio español de 1829— no incorporó ningún procedimiento de naturaleza concursal; la Ley 57 de 1887¹ permitió la celebración de acuerdos entre el deudor incumplido y sus acreedores. Por otra parte, el Ejecutivo, en ejercicio de las facultades que en su momento le otorgaba la Ley 54 de 1939, expidió el Decreto extraordinario 750 del 16 de abril de 1940, que reguló la institución de la quiebra y buscaba la protección del crédito evitando el fraude. Este decreto fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de mayo de 1969, por no estar este tema comprendido dentro de los asuntos establecidos en la Ley 54 de 1939.

¹ Norma mediante la cual se adoptó, luego de la abolición del sistema federal colombiano, el Código del extinguido estado de Panamá, del 12 de octubre de 1869.

En materia de derecho civil, constituye un referente importante para el derecho concursal o de insolvencia lo que establece el artículo 2492² del Código Civil colombiano (Ley 84, 1873), norma que establecía la posibilidad de que los acreedores del deudor incumplido exigieran la venta de todos los bienes de este, y con el producto de la venta, pagar lo adeudado, respetando en todo caso las reglas de prelación de créditos, lo cual constituye la génesis de los procesos liquidatorios.

Otra aproximación del legislador colombiano a la institución del proceso concursal quedó consagrada en el hoy derogado Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400, 1970), artículos 569 y 570; se trata de la figura del “concurso de acreedores”, procedimiento al cual podía acudir el deudor no comerciante en estado de insolvencia; concurso que bien podía ser calificado como espontáneo; en la medida en que este fuera solicitado por el deudor mediante la cesión de todos sus bienes, o forzoso; en la medida en que este fuera solicitado por uno de sus acreedores, y en la medida que se lograba establecer que en contra del deudor cursaban, cuando mínimo, dos procesos de ejecución singular, además que los bienes embargados no eran suficientes para lograr el pago.

2.1.1. Decreto 2264 de 1969, el concordato preventivo y la quiebra (proyecto de Código de Comercio)

Mediante Decreto 2264 de 1969, el Ejecutivo pone en vigencia el título del concordato preventivo y de la quiebra; en ese momento del proyecto del Código de Comercio, elaborado por la comisión designada mediante Acto Legislativo 1813 de 1952³. En lo que al concordato preventivo hace referencia, es importante indicar que a este solo podía concurrir el comerciante; se tramitaba como un proceso judicial ante el juez civil del circuito competente

² Venta de los bienes del deudor: “Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue”.

³ Comisión de expertos integrada por William Villa Vélez, Emilio Robledo Uribe, Carlos Mario Londoño, Jesús Antonio Guzmán y Jorge Gabino Pinzón.

para conocer de la quiebra, y tenía como propósito que los acreedores otorgaran al deudor fallido las quitas y esperas necesarias para el pago total o parcial de sus obligaciones.

El *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, define el concordato de esta manera:

Cuando un comerciante, sociedad mercantil o quienes realicen sus negocios en forma comercial, tiene que cesar en sus pagos por no poder hacer frente a sus obligaciones, pueden prevenir la declaratoria de quiebra pidiendo al juez de comercio la convocatoria de sus acreedores, para informarles de su situación y proponerles un acuerdo respecto a la cantidad y plazos de pago. El arreglo a que se llegue con ellos se llama concordato. (Osorio, 1984)

Por su parte, Cuberos (1993), en su obra *Comentarios al régimen de concordatos comerciales*, lo define de este modo:

Procedimiento a través del cual se busca un acuerdo entre el deudor en estado de crisis patrimonial y sus acreedores de todo orden, en procura de prevenir la quiebra (concordato preventivo) o de recuperarse de ella (concordato resolutorio), de la manera que resulte menos lesivo para la empresa, como unidad económica vital, para los acreedores y para el crédito mismo como institución.

En cuanto a los presupuestos objetivos de admisión al concordato preventivo, el comerciante debía acreditar que “temía cesar en el pago corriente de sus obligaciones”, pero no se establecía un término en el cual podría incurrir en cesación de pagos; por ello, la calificación de concordato “preventivo”. No se consideraba la posibilidad de que el comerciante pudiera acudir al concordato estando en situación de “cesación de pagos”, pues ello era causal suficiente para que se declarara de quiebra⁴, el comerciante no podía acudir al mecanismo concursal recuperatorio estando en situación de “cesación de pagos” situación que por fortuna hoy ha quedado superada.

Además del presupuesto objetivo, el comerciante debía acreditar que estaba inscrito en el registro público de comercio, que su contabilidad estaba al día y llevada con arreglo a la ley; debía acreditar que no había sido declarado en quiebra o que, en su defecto, se

⁴ Artículo 21: “Se considerará en estado de quiebra el comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales”.

encontraba rehabilitado y que no había solicitado un concordato preventivo con anterioridad al que estaba solicitando, o que este había sido cumplido.

Para efectos de la elaboración del inventario de activos y pasivos del deudor en concordato, tal y como se ha establecido a lo largo del recorrido legislativo colombiano en esta materia, y como ocurre en el derecho de insolvencia moderno, en desarrollo del principio de la universalidad del derecho concursal en su especie objetiva y subjetiva, correspondía al deudor presentar ante el juez del concurso junto con la solicitud: a) un balance de su patrimonio; b) un estado de pérdidas y ganancias; c) el inventario con un corte no mayor a treinta días anteriores a la presentación de la solicitud, de sus activos y de sus pasivos; esta última, con la identificación de cada acreedor, su domicilio, clase de crédito y garantías con que contaban.

La solicitud de apertura del concordato preventivo podía ser solicitado tan solo por el deudor, a diferencia de lo que ocurría con la quiebra, que bien podría ser pedida por el deudor o por acreedores que cumplieran ciertas condiciones (Decreto 2264 de 1969, artículo 24), sobre la figura de la legitimación para solicitar la admisión de un deudor al proceso concursal recuperatorio, se debe resaltar la evolución en el derecho de insolvencia moderno, hoy los acreedores, ciertamente pueden solicitar la admisión de su deudor a un proceso concursal recuperatoria, bajo el criterio que la recuperación del deudor compete no solo a éste, sino además a sus acreedores sea cual sea la naturaleza de sus créditos.

2.1.2. Código de Comercio colombiano

El Decreto extraordinario 410 de 1971, o Código de Comercio, hoy vigente y entrado en vigor el 1 de enero de 1972⁵, es el tercer Código de Comercio expedido en Colombia desde que ésta se organizó como nación independiente. Constituye una importante norma armónica y coherente en materia de derecho mercantil colombiano, allí se delimita la naturaleza jurídica de la actividad comercial, de los actos y asuntos de comercio, las condiciones para

⁵ Dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República por la Ley 16 de 1968.

adquirir la calidad de comerciante, la calidad de empresa mercantil, los derechos y obligaciones del comerciante. Regula también todo lo relacionado con las diferentes clases de sociedades comerciales, establecimientos de comercio y lo concerniente con el registro mercantil, los libros y papeles del comerciante. Por otro lado, se regulan los asuntos relacionados con la competencia y la propiedad industrial, todo lo relacionado con los títulos valores, los diferentes contratos mercantiles y, por supuesto, los procesos concursales o de insolvencia.

En materia de procesos concursales o de insolvencia, esta norma estableció, en su libro sexto, de los procedimientos, primer título, el “concordato preventivo” (artículo 1910 y siguientes del Código de Comercio de 1971) y el “concordato preventivo obligatorio” (proceso previo a la quiebra para cierta clase de sociedades) como procesos de naturaleza recuperatoria. La “quiebra” (artículo 1937 y siguientes del Código de Comercio de 1971) y el proceso de “liquidación forzosa administrativa” fueron concebidos como procesos de naturaleza liquidatoria. El concordato preventivo y la quiebra fueron recogidas de la anterior legislación; son instituciones establecidas como procesos judiciales, cuyo trámite se surtía ante la jurisdicción civil y, excepcionalmente, ante la Superintendencia de Sociedades⁶, al cual podían concurrir justamente aquellas personas naturales o sociedades de carácter comercial o mercantil, dejando nuevamente de lado a las personas físicas o naturales no comerciantes.

En lo que al proceso concursal recuperatorio hace referencia, esto es, respecto al “concordato preventivo”, la norma establecía diferentes supuestos de admisión para la celebración de un concordato con sus acreedores. En términos amplios, el Código de Comercio no establece con meridiana claridad los presupuestos sustanciales u objetivos para la solicitud y admisión de un proceso concordatario preventivo. Esta es, precisamente, una

⁶ La Superintendencia de Sociedades Anónimas fue creada mediante la Ley 58 de 1931; cambió su denominación a Superintendencia de Sociedades mediante el Decreto 3163 de 1968; en virtud del Decreto 410 de 1971 se desarrollan las funciones jurisdiccionales que le fueran otorgadas, básicamente en cuanto a la competencia que le fuera asignada para el conocimiento judicial de los procesos concursales. La asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades forma parte del desarrollo de la orientación del país de contar, paralelamente a la jurisdicción civil o común, con una especial para asuntos de comercio, con miras a resolver los asuntos entre comerciantes

de las grandes fallas de la norma: tan solo se ocupa de reglamentar las obligaciones a cargo del comerciante, la necesidad de acreditar que este “haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles” (artículo 1910 del Código de Comercio de 1971, “Condiciones para solicitar concordato”).

Tal presupuesto mezcla el concepto de “cesación de pago” y el de “incapacidad inminente de pago”; sin embargo, en cuanto al supuesto objetivo de “cesación de pagos”, no definió ni un porcentaje mínimo de las obligaciones vencidas frente al total del pasivo del deudor, ni un número mínimo de acreedores con obligaciones vencidas a cargo del deudor. Es relevante advertir que del análisis integral de la norma se debe entender que las obligaciones vencidas deben ser en favor de más de un acreedor, pues de lo contrario se estaría ante el escenario de una ejecución singular de una obligación mercantil, circunstancia que escapa al interés del derecho concursal.

En cuanto a los otros supuestos, la norma establecía la obligación, para el deudor comerciante, de estar cumpliendo con sus obligaciones mercantiles en cuanto al registro mercantil y a llevar la contabilidad regular de sus negocios. Asimismo, debía anexar el balance y el inventario de activos y pasivos, incluyendo la relación de procesos judiciales por activa y por pasiva; contar con la autorización del órgano correspondiente para solicitar el proceso concursal, según lo establecido en los estatutos; no estar en concordato o en quiebra; y en caso de haber estado en cualquiera de estas situaciones, o bien haber cumplido el concordato, o para el caso del deudor en quiebra, haber logrado legalmente su rehabilitación.

La solicitud de admisión a concordato podía ser presentada por el deudor o su apoderado ante el juez civil del circuito (en este caso, no podría ser solicitado por el acreedor), y por este, su apoderado o cualquier acreedor ante la Superintendencia de Sociedades en los casos establecidos en la norma⁷. Debía ser presentada antes de quedar en cesación de pago o

⁷ La Superintendencia de Sociedades conocía de los concordatos preventivos en los casos de las sociedades que no podían ser declaradas en quiebra (establecimiento de crédito, compañías de seguros, sociedades administradoras de inversiones, sociedades de capitalización y ahorro, y las que tengan un régimen especial de liquidación administrativa), las sociedades sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades, o las sociedades con un pasivo a cargo superior a \$ 5.000.000 y con más de 100 trabajadores.

dentro de los quince días siguientes⁸; se debía acreditar la condición de comerciante con el correspondiente certificado expedido por la Cámara de Comercio y anexar el balance de su patrimonio, el inventario de activos, el inventario de pasivos debidamente identificados por clase de obligación (calificación de créditos) y la relación de procesos judiciales iniciados por el deudor o en su contra.

2.1.3 Decreto 350 de 1989, nuevo régimen de los concordatos preventivos

Luego de dieciocho años de vigencia del primer título, libro sexto, del Código de Comercio de 1971, entra a regir el Decreto 350 de 1989, codificación integrada por 62 artículos que derogó el procedimiento establecido para el concordato preventivo y para la quiebra, y que reglamentó la institución del “concordato preventivo” bajo la modalidad del concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio.

En cuanto al supuesto subjetivo, la norma salta del concepto de “comerciante”⁹ al concepto de “empresario”¹⁰ como sujeto concursable y, en todo caso, sujeto a las normas y leyes comerciales. Este, a su vez, debía acreditar el cumplimiento de uno de los siguientes supuestos subjetivos, a saber: a) “que el empresario se encontraba imposibilitado para cumplir con sus obligaciones mercantiles”; b) “que el empresario temía razonablemente llegar a incumplir con sus obligaciones mercantiles”. Nótese cómo se relevaba al deudor de cualquier examen económico o financiero respecto a su viabilidad y cómo nuevamente se dejó de lado a las personas naturales no comerciantes.

⁸ El artículo 1915 del Código de Comercio estipulaba que, si la solicitud de concordato preventivo era presentada luego de entrar el deudor en cesación de pago, pero esta era rechazada, el juez debería declarar la quiebra del deudor.

⁹ Artículo 10 del Código de Comercio: “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”.

¹⁰ Según la Cámara de Comercio de Bogotá (2001), un empresario es “quien se dedica a una actividad económica organizada para la producción, transformación, comercialización, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, actividad que puede desarrollar a través de uno o más establecimientos de comercio”.

Como requisitos adicionales a los presupuestos objetivos, se exigía al empresario lo siguiente:

- a) Estar cumpliendo con las obligaciones relativas al registro mercantil y contabilidad de sus negocios, esto es, tener vigente la inscripción de la matrícula mercantil, la inscripción de los actos y documentos que la ley exige, estar inscritos para efectos de la publicidad y estar cumpliendo con la contabilidad de sus negocios de conformidad con la ley.
- b) No estar inhabilitado para ejercer el comercio, lo cual hace clara referencia a lo establecido en el artículo 14 del Código de Comercio¹¹.
- c) Haber cumplido los concordatos anteriores.
- d) No estar sujeto a un concordato preventivo obligatorio (artículo 48, Decreto 350 de 1989) o a una liquidación forzosa administrativa.
- e) Contar con la autorización del máximo órgano social para el caso de las personas jurídicas.

En cuanto a los otros requisitos de carácter formal, establecía el Decreto 350 de 1989 —como también lo establecía la derogada norma del Código de Comercio— que la solicitud de admisión solo podía ser presentada por la deudora a través de su representante legal o por su apoderado, sin expresar ninguna formalidad en cuanto a la solicitud. Del proceso concursal conocía como juez competente, el juez civil del circuito del domicilio principal del empresario o los juzgados civiles del circuito especializados¹².

Respecto a la oportunidad para solicitar la admisión al concordato, estando el deudor en situación de cesación de pagos, esta norma fue más amplia: estableció que la solicitud podría ser presentada antes de la ocurrencia de la cesación de pagos o dentro de los 60 días

¹¹ Artículo 14, personas inhábiles para ejercer el comercio: “Son inhábiles para ejercer el comercio, directamente o por interpuesta persona: 1) los comerciantes declarados en quiebra, mientras no obtengan su rehabilitación; 2) los funcionarios de entidades oficiales y semioficiales respecto de actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones, y 3) las demás personas a quienes por ley o sentencia judicial se prohíba el ejercicio de actividades mercantiles”.

¹² El Decreto 2273 de 1989 creó los Juzgados Civiles del Circuito Especializados; los numerales 1 y 2 del artículo 3 les asignó la competencia para conocer de los concordatos y de los procesos de quiebra.

siguientes al incumplimiento; es decir, amplió este último término en 45 días respecto del término establecido por el decreto 410 de 1971

Como anexos de la solicitud, se mantuvo la obligación de presentar una fórmula o propuesta de arreglo para los acreedores, una memoria detallada de las causas de la insolvencia del solicitante, la certificación de la Cámara de Comercio que acredite que el deudor está cumpliendo con sus obligaciones relativas al registro mercantil, el balance y el estado de pérdidas y ganancias, el inventario detallado y valorado de activos y pasivos con plena identificación de los acreedores, la relación de obligaciones tributarias insolutas de los últimos cinco años, la relación de procesos judiciales de contenido patrimonial que involucren al deudor como demandante o demandado, la relación de trabajadores y pensionados a su cargo y la información respecto a los procesos de quiebra o concordato que haya adelantado con anterioridad.

En cuanto al concordato “preventivo obligatorio” (artículo 48, Decreto 350 de 1989), habrá que indicar que este fue establecido con el propósito de brindarles una protección concursal especial a ciertas sociedades a las que, por sus características o por el objeto social que desarrollan, no les era posible tramitar un proceso de quiebra, y cuya decisión de acudir al proceso concursal no correspondía ni a la administración ni a la dirección social, sino a un imperativo legal.

Significa lo anterior que las sociedades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades¹³, que cuenten con un pasivo superior al 75% del activo o que cuenten con más de 100 trabajadores; las sociedades de economía mixta¹⁴ donde el aporte del Estado es superior al 50% del total del capital social, y las empresas industriales y comerciales del Estado,¹⁵ estarán sujetas a este trámite, del cual conocía como juez del concurso la Superintendencia de Sociedades, y no el juez civil del circuito o especializado, como ocurría en el concordato preventivo potestativo. El proceso podía iniciar de oficio, por

¹³ Competencia establecida antes en el artículo 267 del Código de Comercio, hoy artículo 84 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y Decreto 4350 de 2006

¹⁴ Definida en su momento por el artículo 8 del Decreto 1050 de 1968, hoy artículo 461 del Código de Comercio.

¹⁵ Definida en su momento por el artículo 6 del Decreto 1050 de 1968, hoy artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

petición del representante legal de empresa, o por solicitud de cualquier acreedor, solo cuando el deudor se encontraba en los supuestos del concordato preventivo potestativo.

Dado que estaban legitimados para solicitar el concordato preventivo obligatorio; el deudor, el superintendente de sociedades o cualquiera de sus acreedores, en cuanto al cumplimiento de los requisitos, cuando era la sociedad deudora la que lo solicitaba, era necesario acreditar el cumplimiento de todos los requisitos indicados para la admisión del concordato preventivo potestativo, bien fuera que la sociedad estuviera en situación de “cesación de pagos” o en una situación de “incapacidad inminente de pagos”. Por otro lado, si esta era llamada —como bien podía ocurrir en los casos en que el concordato era abierto de oficio o por petición de un acreedor—, el supuesto que se debía acreditar era el de la “cesación de pagos”. Ahora bien, en cuanto a los otros requisitos, lo mismo habría de indicarse: si la solicitud era presentada por el deudor, debía cumplir con todos los requisitos y presentar todos los anexos, mientras que, si el deudor era llamado, se le requería para que allegara toda la información establecida en la norma.

2.1.4. Ley 222 de 1995, nuevo régimen de procesos concursales

Luego de casi seis años de entrar en vigor del Decreto 350 de 1989 y de más de dos décadas de expedido el Código de Comercio colombiano, en 1996 entra en vigencia la Ley 222 de 1995, que, entre otros asuntos relacionados con el derecho mercantil, creó la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, flexibilizó las deliberaciones de los órganos societarios, estableció el mecanismo de capitalización mediante la emisión de acciones preferenciales, estableció los sistemas de publicidad de los estados financieros de las sociedades y los sistemas de publicidad de situaciones de control o de subordinación, y fortaleció los mecanismos de protección a los accionistas minoritarios. Además, en materia de derecho concursal, derogó íntegramente aquel estatuto concursal de 1989 y el anacrónico sistema normativo de la quiebra del segundo título, libro sexto, del Código de Comercio, al tiempo que incorporó en su segundo título (artículos 89 y ss. de la Ley 222 de 1995) el nuevo

régimen de procesos concursales, el cual, a diferencia de otros temas de la reforma, mantuvo su estructura inicial hasta su aprobación por parte del Congreso.

En lo que a los procesos concursales hace referencia, un importante aporte de la Ley 222 de 1995 fue la integración, en un solo estatuto, del procedimiento concursal recuperatorio (el concordato) y del procedimiento concursal liquidatorio (la “liquidación obligatoria”)¹⁶. Además, tiene lugar el reemplazo de la institución de la quiebra como máxima sanción que se podía imponer al comerciante por la institución de la liquidación obligatoria, con lo cual claramente se superó el inconveniente que implicaba contar con una norma que regulaba el concordato de 1989 y otra que lo hacía con la quiebra de 1971. Asimismo, se establece un tratamiento igualitario para todas las personas jurídicas, al eliminar la distinción entre concordato potestativo y concordato obligatorio, del cual conocía la Superintendencia de Sociedades¹⁷. De los procesos concursales de las personas naturales, la competencia quedó asignada a los jueces civiles del circuito.

Respecto a los presupuestos objetivos de admisión al concordato, la norma estableció que el deudor debía demostrar que se encontraba en graves dificultades para el cumplimiento oportuno de las obligaciones a su cargo, o bien, que temiera razonablemente llegar a incumplir en el pago de sus obligaciones (artículo 91, Ley 222 de 1995). Estableció entonces la norma, frente al presupuesto objetivo de admisión, un concepto genérico de imposibilidad para el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza patrimonial a cargo del deudor. Cabe mencionar que, en el trámite de la objeción presidencial de la Ley 222 de 1995, se suprimió el presupuesto relativo al “incumplimiento en el pago de las obligaciones de contenido patrimonial por 180 días”; es decir, se eliminó el elemento esencial para la definición precisa del concepto de cesación de pagos.

¹⁶El artículo 89 de la Ley 222 de 1995 estableció las modalidades del trámite concursal, el cual podría consistir en: “1. Un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, o 2. Un concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor”.

¹⁷ Artículo 90 de la Ley 222 de 1995: “Competencia. La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116, inciso 3.º de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales”.

En relación con la legitimación para solicitar la admisión del concordato, estipulaba la norma que este podía ser solicitado por el deudor, por el acreedor (parágrafo del artículo 97¹⁸) y, podía ser convocado de oficio por la Superintendencia de Sociedades (numeral 7 del artículo 85). En cuanto al concordato de la persona natural y de las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales, cuyo trámite se surtía ante el juez civil del circuito o especializado, este tan solo podía ser solicitado por el deudor (artículo 215, Ley 222 de 1995).

Como requisitos más de orden y de publicidad que sustanciales, indicaba la norma que el deudor debía acreditar que no estaba sujeto a un trámite especial de intervención, lo que significaba que el procedimiento concursal de la Ley 222 de 1995 tenía el carácter de residual, debía además acreditar que había obtenido autorización del máximo órgano social y que estaba cumpliendo con los deberes de contabilidad y registro mercantil.

Frente a los requisitos de forma, estos eran muy similares a los que exigía el Decreto 350 de 1989; buscaban esencialmente conocer el estado de los negocios del deudor. De este modo, se exigía la presentación de los estados financieros certificados de los tres últimos años, el inventario de los activos y pasivos al corte del mes inmediatamente anterior a la fecha de la presentación de la solicitud, una memoria de las causas que llevaron al deudor a la situación de crisis, los documentos que acreditaran su existencia y representación legal, la relación de los procesos judiciales por activa y por pasiva y la fórmula de arreglo que pretendía someter a consideración de los acreedores; se mantiene la posibilidad de que la solicitud fuera presentada por el representante legal del deudor o por su apoderado¹⁹.

2.1.5. Ley 550 de 1999, régimen de reactivación empresarial y reestructuración de los entes territoriales

¹⁸“Parágrafo 1, artículo 97 de la Ley 222 de 1995: “Cuando la solicitud no reúna los documentos o informaciones indicados en este artículo o el concordato hubiere sido abierto de oficio o a petición de un acreedor, se señalará un plazo no mayor de diez días para que se presenten dichos documentos o informaciones”.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

Como consecuencia de la crisis económica que afrontaron los mercados emergentes a finales de los años noventa —de los cuales formaba parte Colombia—, se evidenció que los instrumentos ordinarios concursales existentes resultaron insuficientes para afrontar un problema de tal magnitud; por esta razón, se hizo necesaria la intervención del Estado con miras a establecer un marco especial de reactivación empresarial en el que deudores y acreedores se vieran motivados a salvar y a viabilizar las empresas en situación de crisis económica, reactivando la actividad empresarial, generando empleo y estableciendo condiciones de pago de sus obligaciones financieras. Ello implicaría una mejora en la calidad de la cartera de las entidades financieras, la liberación de provisiones y los recursos disponibles para créditos nuevos.

Por lo anterior, con fundamento en lo establecido en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia²⁰, el gobierno nacional, a través de los ministros de Hacienda y Crédito Público y Desarrollo Económico y Social, ponen a consideración del congreso el proyecto de ley de Reactivación Empresarial y Reestructuración de Entes Territoriales, convertido en la Ley 550 del 30 de diciembre de 1999.

Esta última fue una norma de carácter temporal que buscaba la reactivación de la economía y la protección del empleo; por lo tanto, no derogó el régimen concursal recuperatorio establecido en la Ley 222 de 1995, sino que solo lo suspendió inicialmente por el término de su vigencia de cinco años, prorrogada luego por dos años más mediante la Ley 922 de 2004. En cuanto al régimen concursal liquidatorio, habrá que indicar que este no se vio afectado con la expedición de la norma y, en consecuencia, siguió vigente.

²⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

Se resalta de la norma el carácter contractual y extrajudicial que se impone al manejo de los procesos concursales recuperatorios de las empresas en crisis, acogiendo el criterio de descongestión de los despachos judiciales y la eficiencia que estos trámites reclaman por parte de la administración para lograr los acuerdos entre deudores y acreedores²¹. Lo anterior significó la ruptura del paradigma de que el proceso concursal debe ser de naturaleza procesal, para acoger los criterios de la doctrina jurídica comparada en cuanto a la concepción contractualista del proceso concursal y bajo el entendido de que priman los criterios económicos sobre los legales o jurídicos en esta clase de acuerdos. Además, tales acuerdos, por mandato legal, producen efectos vinculantes frente a los acreedores ausentes y a los disidentes; claro está, bajo un marco adecuado de publicidad y legalidad del procedimiento.

Frente al manejo político de los acuerdos de reestructuración²², es decir, frente al tema de la votación de los acuerdos, se superó el poder de veto que tenían las minorías y la misma sociedad deudora. Según esta norma, los acuerdos eran votados por la concursada y por lo menos el 75% de los acreedores externos. La Ley 550 de 1999 despojó del poder de voto a la sociedad deudora como tal y lo trasladó a los socios, asociados o accionistas, que, en últimas, son los interesados en la preservación de la empresa como unidad de explotación económica; es decir, trasladó la toma de la decisión frente al acuerdo. Se establece entonces una votación a favor equivalente a la mayoría absoluta de los acreedores para la celebración de los acuerdos; una mayoría absoluta conformada por acreedores externos e internos o accionistas en la cual se vea reflejada la participación de varias de las cinco clases de acreedores.

Novedosa resulta la posibilidad de que las regiones o los entes territoriales del orden departamental o municipal tengan la posibilidad de lograr acuerdos de reestructuración con

²¹ Artículo 6, Ley 550 de 1999: “Conocen de los acuerdos de reestructuración la Superintendencia de Valores, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Transporte, Nacional de Salud, de Subsidio Familiar, de Economía Solidaria, de Sociedades, las Cámaras de Comercio y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

²² Artículo 5, Ley 550 de 1999: “Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo”.

sus acreedores bajo una norma concursal²³. Ello evidentemente ocurrió con la expedición de la Ley 550 de 1999, hoy vigente para la reestructuración de las obligaciones a cargo de esta clase de deudores; sin embargo, ha de advertirse el vacío que se presenta frente a las situaciones de incumplimiento en los acuerdos de reestructuración de los entes territoriales, pues para estos no existe un régimen liquidatorio, como sí ocurre para los otros acreedores.

La promoción del acuerdo de reestructuración podía ser solicitada por la sociedad deudora, por uno o varios acreedores, o podía ser promovida de oficio por las entidades nominadoras según el objeto social o la actividad que desarrollaba la sociedad deudora. La intervención del deudor y de los acreedores en los procedimientos de acuerdos de reestructuración podían hacerla directamente a través de sus representantes legales o a través de apoderado, que no debía tener necesariamente la calidad de abogado, justamente por tratarse de un procedimiento, y no de un proceso judicial.

Sobre los supuestos de admisión, y en lo que hace referencia al presupuesto objetivo, la norma solo acogió el supuesto de cesación de pagos. El inciso 2, artículo 6, de la Ley 550 de 1999 establecía como exigencia sustancial, para solicitar la promoción de un acuerdo de reestructuración por parte de la deudora o de los acreedores, que la sociedad deudora estuviese incumpliendo el pago, por más de noventa días, de dos o más obligaciones mercantiles, o que en su contra existiesen por lo menos dos demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles; obligaciones que en todo caso debían representar no menos del 5% del total del pasivo corriente a cargo del deudor. Nótese cómo las dos obligaciones pueden ser en favor de un solo acreedor, a diferencia de lo hoy se exige en cuanto a la pluralidad de acreedores con obligaciones vencidas para acudir al proceso concursal recuperatorio.

Ahora bien, tratándose de promociones de oficio, el supuesto de admisión debería fundamentarse en los mismos requisitos exigidos al deudor o a sus acreedores. El supuesto de incapacidad inminente de pago no fue acogido por la norma y, por tanto, el deudor no

²³ Artículo 58, Ley 550 de 1999: “Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de estas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades”.

podía anticiparse a enfrentar eventuales situaciones de crisis, sino que tan solo podía acudir a la protección concursal, estando ya en situación de incumplimiento frente al pago de sus obligaciones, con las consecuencias que ello implicaba: embargos, calificaciones adversas en centrales de información financiera, bloqueo de cupos de créditos en entidades financieras y con proveedores, necesidad de pago anticipado a proveedores para suministro de materia prima, etc.

En cuanto a los otros requisitos formales, de orden y de publicidad, la norma indicaba la obligación de presentar, junto con la solicitud de promoción, las constancias de que el deudor estaba cumpliendo sus obligaciones de comerciante; tener debidamente actualizado el registro mercantil; presentar los libros y los papeles de comercio; presentar los estados financieros; presentar la autorización del máximo órgano social para solicitar la promoción del acuerdo de reestructuración²⁴; presentar las bases de la propuesta del acuerdo que se someterá a consideración de los acreedores; presentar el inventario de pasivos al corte del mes inmediatamente anterior al día de la presentación de la solicitud; mostrar la relación de las demandas promovidas por la sociedad deudora o presentadas en su contra; presentar la relación de los socios de la sociedad deudora y la información sobre acreedores especialmente vinculados al deudor.

Las bases de las propuestas y el inventario de pasivos deberán ser entregados por el representante legal de la sociedad admitida a la promoción del acuerdo de reestructuración al promotor designado (Decreto 90 de 2000), dentro del mes siguiente a la inscripción del aviso de admisión en el registro mercantil de la parte concursada. Frente a los estados financieros, la norma no establecía con precisión a qué estados financieros se refería; tampoco estableció al corte de qué fechas se debían presentar tales estados financieros. Considera la doctrina y así lo comparte el autor que justo por haber sido concebido este mecanismo concursal como un acuerdo de reestructuración y un procedimiento

²⁴ De acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, Oficio 100-20386 del 13 de marzo de 2000, esta autorización se requiere tan solo en los casos en que exista estipulación estatutaria en tal sentido; de lo contrario, el representante legal no requerirá tal autorización, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 196 del Código de Comercio, las personas que representan a la sociedad, salvo que se estipule lo contrario, podrán celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social.

desjudicializado de naturaleza contractual, y por actuar los nominadores más como unos facilitadores de las negociaciones, los requisitos exigidos fueron bastante laxos, despojando a los acreedores de poder contar con información actualizada que les permita asumir una posición estructurada frente a la propuesta de acuerdo,

2.1.6. Ley 1116 de 2006, régimen de insolvencia empresarial

Luego de doce años de vigencia de la Ley 222 de 1995, siete de los cuales estuvo suspendida en lo que a la institución del concordato o proceso concursal recuperatorio hace referencia, y luego de siete años de vigencia de la Ley 550 de 1999²⁵, se expide la Ley 1116 de 2006, por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial de la Republica de Colombia. Esta norma establece un régimen concursal unificado aplicable a las personas jurídicas, las personas naturales comerciantes, los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales y sucursales de sociedades extranjeras (artículo 2, Ley 1116), nuevamente la norma excluye como sujeto concursable a la persona natural no comerciante.

Tal norma fue concebida con vocación de permanencia, al punto de que hoy, más de una década después de su promulgación, continúa vigente; además, ha demostrado ser un instrumento útil y aplicable tanto en momentos de normalidad como en tiempos de inestabilidad o crisis económica. Por otro lado, incorpora en la legislación local la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional²⁶.

Los procedimientos de insolvencia incorporados en la Ley 1116 de 2006, a saber: el proceso de reorganización, el proceso de liquidación judicial, el acuerdo de adjudicación, el proceso de validación judicial de acuerdo extrajudicial de reorganización y el reconocimiento

²⁵ La norma de carácter permanente, Ley 222 de 1995, estuvo en vigencia algo menos de cinco años en lo que al concordato hace referencia, mientras que la norma de carácter temporal, Ley 550 de 1.999, estuvo vigente siete años en lo que a los procesos concursales recuperatorios hace referencia. Esta es una norma hoy vigente y aplicable a los entes territoriales y a las universidades estatales del orden nacional o territorial.

²⁶ Para profundizar en este tema, recomendamos la obra “*Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*”, Sotomonte Mujica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. Julio de 2009.

de proceso extranjero, retoman el carácter de *jurisdiccionales*, de los cuales conocen la Superintendencia de Sociedades o los jueces civiles del circuito, según la condición jurídica de la concursada, de los procesos de las sociedades, de las sucursales de sociedades extranjeras y de las personas naturales comerciantes que conoce la Superintendencia de Sociedades (de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Nacional) en su condición de juez del concurso en única instancia, y de los procesos de las personas naturales comerciantes a prevención y de los procesos de los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales (Decreto 1038 de 2009; Oficio 220-024926 de 2009), conocen los jueces civiles del circuito del domicilio del deudor (artículo 6, Ley 1116 de 2006).

Asimismo, la norma establece como supuestos objetivos de admisión al proceso de reorganización —tema objeto del presente análisis— que el deudor se encuentre, o bien; en una situación de cesación de pagos, o bien; en situación de incapacidad de pago inminente (artículo 9, Ley 1116 de 2006).

La norma define el supuesto de la cesación de pagos como el incumplimiento en el pago, por más de noventa días, de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, o que tenga por lo menos dos o más demandas ejecutivas en su contra presentadas por dos o más acreedores. Tales obligaciones deberán representar no menos del 10% del pasivo a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud; supuesto que ha estado presente en los diferentes ordenamientos concursales analizados.

En cuanto al elemento cuantitativo del supuesto de la cesación de pagos, resulta importante el avance de la Ley 1116 de 2006 frente a lo establecido en la Ley 550 de 1999 en este sentido, habría que recordar que en esta tan solo exigía la existencia de dos o más obligaciones vencidas, aun cuando estas fueran en favor de un solo acreedor como ya se indicó; avance que consiste, entonces, en exigir pluralidad de obligaciones vencidas, pero también de acreedores titulares de las obligaciones vencidas.

En relación con el monto del pasivo vencido exigido por el supuesto de cesación de pagos, esta norma es más exigente: no solo eleva el porcentaje del pasivo vencido del 5%

exigido en la Ley 550 de 1999 al 10%, sino que además, para el primer caso, el punto de referencia es el pasivo corriente, mientras que para el segundo el punto de referencia es el pasivo total. En los procesos de reorganización de las personas naturales comerciantes no podrán ser consideradas, para el cómputo del porcentaje del pasivo vencido, ni las obligaciones alimentarias ni los procesos ejecutivos iniciados por el no pago de estas obligaciones.

Por otra parte, el proyecto de ley presentado a consideración del Congreso contenía un requisito adicional en lo que a la cesación de pagos hace referencia: la generación neta de efectivo del deudor debía ser inferior al valor de las obligaciones vencidas por más de 90 días, evitando de esta forma que deudores con capacidad de pago y de atención de las obligaciones vencidas ingresaran al proceso de reorganización tan solo en perjuicio de los acreedores; requisito que finalmente fue eliminado en el trámite legislativo.

A propósito del supuesto de cesación de pago, resulta pertinente indicar cómo la Ley 1116 de 2006, en una clara transgresión al principio clásico del derecho concursal de la universalidad subjetiva²⁷, estableció que algunas obligaciones a cargo del deudor aspirante a ser admitido a la protección concursal del proceso de reorganización no formaban parte del proceso de insolvencia, lo que implica que el deudor no puede tener obligaciones exigibles con tales acreedores y, por lo tanto, estas no podrían ser consideradas para el cumplimiento del supuesto, a saber: obligaciones pensionales²⁸, obligaciones derivadas de retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, obligaciones derivadas de descuentos a trabajadores u obligaciones derivadas de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral²⁹.

²⁷ Rodríguez Espitia (2007) describe el principio de la universalidad subjetiva de este modo: “este principio es conocido también como *colectividad o plenitud*. De conformidad con él, todos los acreedores del deudor están llamados a formar parte del concurso, intervenir en él como el único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias y enfrentar consecuencias legales verdaderas por el incumplimiento de su carga. El llamamiento se predica de todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de sus obligaciones, el monto, la clasificación legal que le corresponde y si cuenta o no con garantías” (p. 68).

²⁸ Artículo 10-3 de la Ley 1116 (2006), subrogado por el artículo 30 de la Ley 1429 de 2010, por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

²⁹ El artículo 49, numeral 7, establece que procederá la apertura del proceso de liquidación judicial inmediata en los siguientes casos: “Tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el Juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses”.

El numeral 4, artículo 10, de la Ley 1116 de 2006 establecía textualmente que el deudor no podía “tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”. Esta norma fue eliminada por el artículo 30 de la Ley 1429 de 2010.

Podrán invocar el supuesto de casación de pagos, cuando soliciten la admisión del deudor al proceso de reorganización, el deudor, uno o varios acreedores titulares de obligaciones vencidas por más de noventa días o por la superintendencia que ejerza la vigilancia sobre la actividad del deudor.

En cuanto al supuesto de incapacidad de pago inminente o ese temor razonable del deudor de no poder atender el pago de sus obligaciones futuras, vale resaltar que se retoma el supuesto establecido en la Ley 222 de 1995 para la admisión del concordato, el cual no fue considerado en la Ley 550 de 1999 para la admisión del procedimiento del acuerdo de reestructuración.

El numeral 2, artículo 9, de la Ley 1116 de 2006 define la incapacidad de pago inminente como “la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año”. Lo anterior implica para el deudor la carga de demostrar las circunstancias de mercado o comparativas que hacía futuro afectarán su capacidad de pago, es decir, la posibilidad de incumplir en el pago de sus obligaciones en un plazo nunca superior a un año. Se trata entonces de la posibilidad legal de acudir a la protección concursal como mecanismo para enfrentar de manera anticipada una situación de crisis, de insolvencia o de iliquidez.

En los concursos recuperatorios de las personas naturales comerciantes no se podrá invocar la causal subjetiva descrita en el numeral anterior, pese a estar obligados a cumplir con todos los requisitos del comerciante; supuesto que sí puede ser alegado en los otros procesos que se adelantan ante los jueces civiles del circuito, por ejemplo, para el caso de los patrimonios autónomos.

Podrán invocar la causal de incapacidad de pago inminente el deudor en su solicitud o un número plural de acreedores que no tengan la condición de vinculados con el deudor o con sus socios; en consecuencia, esta causal no podrá ser invocada cuando la admisión al proceso de reorganización es decretada de oficio por la Superintendencia de Sociedades.

En cuanto a los otros requisitos exigidos por la ley, se establece que no puede estar vencido el plazo para enervar la causal de disolución de la sociedad sin que se hayan adoptado las medidas tendientes a hacerlo, requisito también estipulado para el concordato de la Ley 222 de 1995 y para el acuerdo de reestructuración de la Ley 550 de 1999. Lo anterior tiene sentido en la medida en que el proceso concursal de reorganización pretende la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica (artículo 1, Ley 1116 de 2006), y como tal, no es de esperarse que la concursada esté en inminente disolución por causal diferente a la situación de insolvencia.

Para el deudor en proceso de admisión al proceso de reorganización se conserva la obligación de estar cumpliendo con las obligaciones derivadas de su condición de comerciante, las cuales, como ya se indicó, a la luz del Código de Comercio son básicamente tener al día el registro mercantil, llevar la contabilidad regular de sus negocios y conservar todos los papeles y documentos relacionados con el desarrollo del objeto social.

Los otros requisitos recogidos de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999 que debe acreditar el deudor, cuando sea este quien presente la solicitud solo o en conjunto con algunos acreedores, y en desarrollo del principio de información del artículo 4.4 de la Ley 1116 de 2006, son los cinco estados financieros básicos³⁰ de los tres últimos ejercicios y del mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud, junto con los dictámenes si hay lugar a ello. Al respecto, es importante precisar que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1429 de 2010, si la sociedad está obligada a reportar los estados financieros a la Superintendencia de Sociedades, y si es ante esta entidad ante quien se presenta la solicitud de admisión al proceso

³⁰ De acuerdo con el Decreto 2649 de 1993, artículo 22, los estados financieros básicos son: el balance general, el estado de resultado, el estado de cambio en el patrimonio, el estado de cambio en la situación financiera y el estado de flujo de caja.

de reorganización, no se hace necesario allegar los estados financieros de los tres últimos ejercicios.

En desarrollo al principio de la universalidad ya abordado, se debe además presentar un inventario de los pasivos a cargo del deudor y de los activos que posee este al corte del mes inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud, con el propósito de conocer los acreedores que quedan atrapados en el concurso. A propósito de este requisito, ilustra el Veiga Copo (2013)³¹.

La declaración de insolvencia provoca o hace surgir la masa pasiva de acreedores que, junto con la masa activa de bienes del insolvente deudor, son dos agrupaciones, dos colectividades o agregaciones, una de personas —acreedores concursales—, otra de patrimonio, conjunto de bienes y derechos, que conforman dos de las operaciones trascendentales del procedimiento de insolvencia.

En cuanto al inventario de activos, el Decreto 1835 de 2015 determina que, una vez admitido el proceso concursal, el deudor deberá remitir al promotor designado la descripción de los bienes dados en garantía junto con la información de los acreedores beneficiarios, clasificados en bienes necesarios y bienes no necesarios para el desarrollo de su actividad económica, con la correspondiente valoración reflejada en los estados financieros, acompañada del avalúo que soporta el registro.

Además del inventario de la masa pasiva y activa del concursado, como bien lo denomina Veiga Copo (2013), y como requisito novedoso en la Ley 1116 de 2006, debe el deudor presentar un flujo de caja, que no es otra cosa que la estimación financiera de los ingresos y de los egresos de efectivo con que aspira contar la sociedad deudora en el lapso establecido en el acuerdo con el plan de negocios, en el cual se establecen las condiciones de plazo y tasa, así como la forma de pago a los acreedores, dependiendo de la calificación y graduación y de los privilegios legales o contractuales con los que cuentan los diferentes acreedores.

³¹ Abel B. Veiga Copo. Par condicio ómnium creditorum e insolvencia ENTRE EL MITO Y LA REALIDAD UTIOPICA. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá. D.C. 2013.

La norma además exige presentar una memoria explicativa de las causas que llevaron al deudor a la situación de crisis, la cual debe corresponder con el plan de negocios, que también constituye un requisito de la solicitud de admisión al proceso de reorganización. Este plan de negocio define la fórmula inicial para superar la situación de crisis del deudor o la propuesta para viabilizar³² a la concursada, y que será sometida en la oportunidad procesal a consideración de los acreedores internos y externos. Este plan no se limita a la mera reestructuración financiera, sino que además debe abarcar una reestructuración administrativa, operativa, comercial y de estrategia del negocio.

Como requisitos adicionales, la norma exige la presentación de un proyecto de calificación y graduación de créditos, y de un proyecto de determinación de derechos de votos y acreencias. El primero corresponde al inventario de pasivos a cargo del deudor, elaborado en los términos de los artículos 2495 a 2511 del Código Civil colombiano, con base en la contabilidad de la concursada, lo cual constituye el insumo para establecer la prelación de pagos del acuerdo. El segundo, elaborado en los términos del artículo 22 de la Ley 550 de 1999 —que constituye el universo de los acreedores internos y externos que tiene el derecho a decidir sobre la suerte de la concursada— determina, para efectos de las mayorías requeridas para la aprobación del acuerdo, el poder político de cada uno de los acreedores externos y de cada uno de los socios; inventario que se elabora con base en el balance del deudor, en el pasivo para efectos de los derechos políticos de los acreedores externos y con base en el patrimonio, en función de establecer los derechos políticos de los socios, asociados o acreedores internos.

Si bien es cierto que corresponde al deudor presentar tanto la calificación y graduación de créditos como la determinación de los derechos de votos, es finalmente en el promotor sobre quien recae la obligación de la elaboración y presentación de estos al juez del concurso, incluyendo la información respecto de los procesos ejecutivos incorporados; y de existir acreedores garantizados en los términos de la Ley 1676 de 2013³³ su reconocimiento en

³² En términos empresariales, por *viabilidad* se entiende la posibilidad de que un proyecto o negocio pueda progresar, garantizado a largo plazo su rentabilidad económica.

³³ Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.

cuanto a créditos y votos. (Este tema no se desarrollará, por no ser objeto de la presente investigación, pero se plantea en aras de abrir una futura discusión al respecto)

En conclusión, el análisis que se deberá elaborar al momento de considerarse la posibilidad de que un deudor acuda al mecanismo de protección concursal recuperatorio, en los términos de la Ley 1116 de 2006, es el siguiente: si es sujeto del régimen de insolvencia (art. 2), cuál es el supuesto de admisión se podría plantear (art. 9), revisar si la sociedad está o no en causal de disolución (art. 10-1), verificar si la sociedad lleva contabilidad regular de los negocios (art. 10-2), verificar la existencia de pasivos pensionales (art. 10-3), determinar quién estaría legitimado para presentar la solicitud (art. 11), verificar la existencia de pasivos excluidos del concurso (art. 32 ley 1429/10), contar con los estados financieros (art. 13-1 y 13-2), inventario de activos y pasivos (art. 13-3), memoria explicativa de las causa de la insolvencia (art. 13-4), flujo de caja (art. 13-5), plan de negocios (art. 13-6), proyecto de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de votos (art. 13-7).

2.1.7 Ley 1380 de 2010, régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante

Como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 3-8 (personas excluidas) y 126 parcial (derogatoria del segundo título de la Ley 222 de 1995) de la Ley 1116 de 2006, la Corte Constitucional del Colombia, mediante Sentencia C-699 del 5 de septiembre de 2007, declarar exequibles las normas demandadas, pero exhorta al Congreso de la República para que dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa expida un régimen universal para personas naturales no comerciantes, bajo el siguiente criterio:

La decisión del legislador de establecer un régimen de insolvencia específicamente orientado a las empresas y a las personas jurídicas, sin incluir en él a las personas naturales no comerciantes, no es contraria a la Constitución, en la medida en que, por un lado, existen diferencias entre los dos conjuntos de personas que son significativas en función de la materia que se está regulando, y por otro, la decisión legislativa atiende a fines importantes, que busca resolver de manera especializada sustrayendo del régimen de insolvencia a aquellos sujetos que no se avienen a las condiciones previstas para el mismo. La existencia de un imperativo constitucional en relación con un régimen de

insolvencia aplicable a las personas naturales no comerciantes tampoco puede derivarse del derecho de acceso a la Administración de Justicia, o del derecho al debido proceso, porque se trata de un régimen complejo que atiende a resolver la situación de los deudores y de una diversidad de acreedores, en un contexto de interés público determinado por la necesidad de preservar el crédito y la actividad económica, y para ello es posible encontrar distintas respuestas jurídicas, cuya definición se desenvuelve en un ámbito de configuración legislativa, sin que quepa imponer como obligados conforme a la Constitución determinados remedios procesales.

En línea con lo anterior, se expide la Ley 1380 del 25 de enero de 2010, que incorpora el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante; es un estatuto integrado por 41 artículos que incorporaron un procedimiento recuperatorio denominado “procedimiento de negociación de deudas”, de naturaleza extrajudicial y del cual quedaban excluidas las obligaciones alimentarias. Estaba previsto que su trámite se surtiera ante los centros de conciliación debidamente autorizados por el gobierno nacional y no contemplaba un régimen concursal liquidatorio ante el fracaso de las negociaciones o incumplimiento del acuerdo, en estos casos el deudor simplemente perdía la protección concursal, y los acreedores con obligaciones causadas antes de la admisión del procedimiento quedaban en libertad de continuar o iniciar las acciones singulares de cobro.

En cuanto a los supuestos de admisión al procedimiento de negociación de deudas, la norma establecía que el deudor debía estar en situación de cesación de pagos, entendida de este modo por el artículo 4 de la Ley 1380 de 2010 (supuestos de insolvencia económica):

El incumplimiento en el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de 90 días, o que cursen en su contra una o más demandas de ejecución o de jurisdicción coactiva exigiendo el pago de alguna de sus obligaciones.

Las obligaciones vencidas deberían representar cuando menos el 50% del pasivo a cargo, excluyendo de este cómputo las obligaciones en favor del cónyuge o compañero permanente, o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o créditos en favor de sociedades controladas por estos; supuesto que se acreditaba con una certificación expedida por un contador público independiente.

Otros supuestos de admisión de carácter formal exigidos por la norma al deudor para acceder al mecanismo recuperatorio de protección concursal³⁴ eran los siguientes: a) la memoria de las causas de la insolvencia; b) el acuerdo, la propuesta o la fórmula de pago; c) la relación completa de los acreedores a cargo del deudor; d) la relación completa de los activos de propiedad del deudor; e) la relación de procesos judiciales por activa y por pasiva; f) la certificación de ingresos del deudor; g) la información sobre el monto de los gastos básicos de subsistencia del deudor y de las personas a su cargo, incluidos los gastos de conservación de los activos; h) la información sobre la situación conyugal del deudor.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-685 de 2011, declaró inexecutable, entre otras normas, la Ley 1380 de 2010, básicamente por la ausencia de publicidad del Decreto 4906 de 2009, mediante el cual el Gobierno nacional convocó al Congreso a sesiones extraordinarias y en las cuales se aprobaron las normas demandadas. Ello, en opinión de la Corte, constituye un vicio de inconstitucionalidad insubsanable, como se desprende de la interpretación del artículo 149 de la Constitución Política.

2.1.8. Código General del Proceso: insolvencia de la persona natural no comerciante

Luego de la declaratoria de inexecutable del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante incorporada en la Ley 1380 de 2010, ante la exclusión en la Ley 1116 de 2006 del régimen de insolvencia de las personas naturales no comerciantes y frente al exhorto de la Corte Constitucional de 2007 al Congreso para expedir un régimen concursal para la persona física no comerciante, se expide el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en el cual, en su sección tercera: “De los procesos de liquidación”, título cuarto, artículos 531 a 576, se establece el “régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante”³⁵; norma que entra en vigencia el 1 de octubre de 2012 y que se mantiene vigente a la fecha, estatuto

³⁴ Mediante el Decreto 3274 de 2011, el Gobierno nacional reglamentó la Ley 1380 de 2010 en cuanto a la competencia, requisitos formales de admisión, trámite de la solicitud y tarifas.

³⁵ La incorporación del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante al Proyecto de Ley del Código General del Proceso se verifica para el segundo debate, y luego de ser archivado el Proyecto de Ley 097 de 2011 de la Cámara de representantes, que pretendía aprobación nuevamente de la Ley 1380 de 2010, declarada inexecutable en septiembre de 2011.

considerado pionero en esta materia dentro de las diferentes jurisdicciones de América Latina.

El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante establece dos instituciones concursales recuperatorias cuyo trámite es de naturaleza extrajudicial conciliatoria: el procedimiento de negociación de deudas (artículo 538 y ss. de la Ley 1564 de 2012) y el procedimiento de convalidación de acuerdo privado (artículo 562); y una institución de naturaleza judicial y consecencial: el proceso de liquidación patrimonial (artículo 563 y ss.), institución novedosa en Latinoamérica que consagra la posibilidad de que los saldos insolutos de las obligaciones comprendidas en la liquidación mutaran a obligaciones naturales, permitiéndole así al deudor persona natural no comerciante un nuevo comienzo a la vida económica y financiera; es decir, se permite la descarga (*discharge*) de deudas impagadas en cabeza del consumidor fallido, buscando la rehabilitación completa del ciudadano como agente económico, lo que en términos anglosajones se denomina *fresh start*.

De los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdo privado conocen —tal y como ocurría en el régimen de la Ley 1380 de 2010— los centros de conciliación autorizados por el gobierno nacional, y de la liquidación patrimonial conocen los jueces civiles municipales. En lo que a estos hace referencia, se plantearon muchas críticas por parte de la comunidad concursalista, dada la falta de experiencia en materia de insolvencia de estos jueces; sin embargo, no se puede descartar que, por tratarse de temas íntimamente ligados a la dignidad humana y a la unidad familiar, no se le podía hacer más gravosa la situación al deudor, al someter estos asuntos a los juzgados civiles del circuito, lo cual podría ser considerado como un obstáculo al acceso a la justicia.

Respecto a los presupuestos de admisión al procedimiento recuperatorio de negociación de deudas y validación de acuerdo privado —tema objeto del presente trabajo—, habrá que indicar frente al presupuesto subjetivo, como ya se mencionó, que el régimen solamente aplica a la persona natural no comerciante sin consideración o distinción alguna. Frente al presupuesto objetivo para la admisión al procedimiento de negociación de deudas,

el deudor habrá de acreditar ante el Centro de Conciliación³⁶ que se encuentra en situación de “cesación de pagos”, entendida esta como el incumplimiento por parte del deudor en el pago de dos o más obligaciones en favor de dos o más acreedores, por más de noventa días, o que contra él cursen dos o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva, además de que el valor de estas obligaciones representen no menos del 50% del pasivo a cargo del deudor.

Es importante advertir cómo mientras en el régimen recuperatorio de la Ley 1116 de 2006 se exige dentro del supuesto de insolvencia de cesación de pagos para la persona natural comerciante tener obligaciones vencidas que representan no menos del 10% del pasivo a cargo del deudor y en el régimen de la Ley 550 de 1999 tener obligaciones vencidas de cuando mínimo el 5% del total pasivo, en este se le exige a la persona natural no comerciante tener un pasivo vencido de no menos del 50% del total. Esta norma resulta inexplicablemente más rigurosa para solucionar las situaciones de crisis de las personas naturales no comerciantes, de las familias, del núcleo central de cualquier sociedad. Pareciera entonces que la norma pretende someter al deudor a una profunda crisis antes de que este pueda acudir al mecanismo legal de protección concursal, cuando lo que se esperaría que ocurriera es una protección más temprana; pareciera también que lo que pretendía el legislador fuera evitar el uso masivo e irresponsable del mecanismo, que se podría traducir en una burla para los acreedores, tal y como sucedió a finales de los años noventa.

En relación con el presupuesto subjetivo en lo que hace referencia al procedimiento recuperatorio de convalidación de acuerdo privado previsto en el artículo 562³⁷, habrá que indicar que este fue concebido como un mecanismo anticipado para enfrentar la crisis del deudor persona natural no comerciante, razón por la cual no se exige estar en situación de cesación de pagos, sino tan solo acreditar que por circunstancias personales —como lo puede

³⁶ El Decreto 2677 de 2012 reglamentó lo pertinente a la competencia de los Centros de Conciliación, los conciliadores, el programa de formación en insolvencia, las sanciones, las tarifas, el patrimonio de familia y la afectación a la vivienda familiar.

³⁷ Artículo 562: “Convalidación del acuerdo privado. La persona natural no comerciante que, por la pérdida de su empleo, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal o de otras circunstancias similares, enfrente dificultades para la atención de su pasivo, que se traduzcan en una cesación de pagos dentro de los siguientes 120 días, podrá solicitar que se convalide el acuerdo privado que hubiere celebrado con un número plural de acreedores que representen más del sesenta por ciento (60%) del monto total del capital de sus obligaciones”.

ser la pérdida de su empleo o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal— teme la persona natural no comerciante enfrentar dificultades para atender su pasivo en los próximos cuatro meses, y por ello emerge la necesidad de la celebración del acuerdo con sus acreedores y de su convalidación para efectos de que adquiriera la condición de vinculante. Este es un supuesto que, frente al régimen concursal de las personas jurídicas, se asimila al supuesto de incapacidad de pago inminente ya analizado.

Para solicitar la iniciación del procedimiento de negociación de deudas tan solo está legitimado el deudor (artículo 539 del Código General del Proceso); no es posible, entonces, que los acreedores puedan hacerlo, tal y como ocurre en los otros regímenes analizados. Esta solicitud deberá estar acompañada de los siguientes documentos, en cumplimiento de los requisitos formales:

- a) Una memoria de las causas de le llevaron a la situación de cesación de pago, de manera que los acreedores puedan conocer de primera mano las causas de la insolvencia del deudor.
- b) La propuesta de pago, que será sometida a consideración de los acreedores y que deberá ser coherente con la actual situación económica del deudor; propuesta que en los términos del artículo 540 del CGP puede incluir un mecanismo de extinción de obligaciones mediante la figura de la dación en pago con bienes propios.
- c) La relación completa de acreencias y acreedores en los términos del artículo 2488 del Código Civil.
- d) La relación completa de activos, con la estimación sobre su valor y la información sobre los gravámenes y medidas cautelares que sobre estos recaen.
- e) La relación de los procesos judiciales adelantados por el deudor o en su contra en cualquier jurisdicción.
- f) Certificación sobre los ingresos que al momento de la solicitud devenga el deudor, junto con la indicación de los recursos disponibles para atender el pasivo luego de descontar los gastos necesarios de subsistencia del deudor y de las personas a su cargo, y los gastos necesarios para la conservación de los bienes.

- g) Información sobre la situación de la sociedad conyugal y sobre las obligaciones alimentarias a su cargo.

3. Los supuestos de admisión a un proceso concursal recuperatorio en otras jurisdicciones

Una vez analizados los antecedentes de los supuestos de admisión al proceso concursal recuperatorio a lo largo de la evolución del derecho colombiano, a continuación, se abordará su análisis desde la perspectiva del derecho de insolvencia de otras jurisdicciones, analizando los supuestos o presupuestos de admisión al proceso concursal recuperatorio en la legislación concursal de España, Argentina, Perú, Uruguay, Chile y México. Este análisis contribuirá positivamente a la presente investigación. Si no se conocen los antecedentes de los presupuestos y su tratamiento en el derecho de insolvencia de otros países, difícilmente se comprenderá su relevancia como elemento fundamental para el tratamiento legal de la insolvencia en nuestro entorno.

3.1. España

En el derecho español vigente, la norma que regula los procesos concursales es la Ley 22 de 2003, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2005. Esta ha sido objeto de varias reformas³⁸, dentro de las que se destaca el Real Decreto 3 de 2009, legislación que incorpora en un solo texto los aspectos sustanciales y procesales del concurso, diseñada como un único procedimiento “concurso”³⁹ que unificó y simplificó los diversos procedimientos de insolvencia anteriores y que establece los mecanismos recuperatorios: a) la propuesta anticipada, el convenio anticipado o el concurso voluntario; b) el concurso necesario; c) el

³⁸ Real Decreto 1860 de 2004, Ley 38 de 2008, Real Decreto 892 de 2013, Real Decreto 1 de 2006, Real Decreto 3 de 2009, Real Decreto 1333 de 2012, Real Decreto 980 de 2013, Real Decreto 4 de 2014, Ley 9 de 015 y Ley 25 de 2015.

³⁹ Concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común.

acuerdo preconcursal o acuerdo de refinanciación⁴⁰. Y como mecanismo concursal liquidatorio, la liquidación.

Podrán acudir el mecanismo concursal, en desarrollo del presupuesto subjetivo y en virtud del principio dispositivo o de rogación, el deudor, bien sea persona natural o persona jurídica⁴¹, y la herencia, cuando esta no hubiese sido aceptada de forma pura y simple. Están excluidos, por tener un régimen especial, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades de seguros, las empresas concesionarias de obras y de servicios públicos, las entidades deportivas y los contratistas de administración pública.

Ahora bien, están legitimados para solicitar el concurso; el deudor y cualquiera de sus acreedores⁴². La Ley 14 de 2013 eliminó la obligación, para la persona jurídica, de solicitar autorización del máximo órgano social. También están legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las obligaciones sociales. Es obligación del deudor solicitar la declaración de concurso cuando haya conocido de su situación de insolvencia, lo cual deberá hacerse dentro de los dos meses siguientes. Se presume que el deudor conoció de su situación de insolvencia cuando hubiese acaecido alguno de los hechos reveladores indicados más adelante.

La competencia para conocer de los procesos concursales, en primera instancia, corresponde al juez mercantil del territorio donde el deudor tenga el centro habitual de sus intereses principales⁴³; en segunda instancia corresponde a una sección especializada de la audiencia provincial.

En cuanto al presupuesto objetivo, impone la norma en un sentido amplio la situación de insolvencia del deudor, entendida como el estado patrimonial del deudor que no le permite

⁴⁰ No obstante, este instituto preconcursal estuvo incluido en el proyecto de Ángel Rojo de 1995; no fue finalmente incluido en la Ley 22 del 2003, que, por fortuna, y acogiendo la tendencia del derecho concursal del siglo XXI, fue rescatada como institución en el Real Decreto 3 de 2009, como mecanismo de prevención de la insolvencia del deudor o como mecanismo preventivo desjudicializado.

⁴¹ La norma prescinde de la noción de empresa.

⁴² Ley 22 de 2003, artículo 3, numeral 2: “No está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos intervivos y a título singular, después de su vencimiento”.

⁴³ Creados mediante la Ley Orgánica 8 de 2003.

cumplir regularmente con sus obligaciones; insolvencia que bien puede ser “actual” y se revela cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, o “inminente”, que se revela cuando el deudor prevé que no podrá cumplir en forma puntual y regularmente sus obligaciones. Este estado de insolvencia se deberá acreditar según se trate de un “concurso voluntario” o de un “concurso necesario”, entendido el primero como aquel iniciado a instancias del deudor y el segundo como aquel iniciado a instancias de los acreedores o del deudor.

En cumplimiento del presupuesto objetivo, en el caso del concurso voluntario, corresponde al deudor acreditar su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. En cuanto al concurso necesario, corresponde al acreedor acreditar la insolvencia actual del deudor, a quien, en todo caso, se le deberán respetar todas sus garantías procesales. El acreedor deberá, entonces, acreditar la existencia del título objeto de la ejecución singular en contra del deudor, el hecho de no haber sido exitosa la medida de embargo practicada contra los activos del deudor o la existencia de alguno de los siguientes hechos reveladores: a) el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, incluyendo obligaciones tributarias, de seguridad social y salarios e indemnizaciones; b) la existencia de embargos, que afectan de manera general el patrimonio del deudor; c) el alzamiento de bienes por parte del deudor.

Como requisitos formales adicionales a la declaración de su estado de insolvencia, la solicitud de concurso por parte del deudor deberá estar acompañada de una memoria explicativa de la historia de la deudora de los tres últimos años⁴⁴, una memoria de las causas de la insolvencia, una propuesta sobre la viabilidad patrimonial, el inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores, junto a la información de cada uno de los créditos a su cargo y de las garantías reales o personales otorgadas, la identificación de los trabajadores a su cargo, las cuentas y los informes anuales de los tres últimos ejercicios y los estados financieros intermedios.

⁴⁴ Para el caso de las personas naturales con sociedad conyugal vigente, deberá informar la identidad del cónyuge y el régimen económico del matrimonio, y para el caso de las personas jurídicas, se deberá indicar la identidad de los socios y de los administradores, así como la información del grupo económico a que pertenece.

El artículo 190 de esta ley establece el “procedimiento abreviado”, lo que significa la reducción de los plazos y del número de administradores concursales contemplados en el procedimiento ordinario. Aplica cuando el juez considere que el concurso no reviste especial complejidad, cuando el número de acreedores es menor a cincuenta, cuando el pasivo y los activos no superen los cinco millones de euros o cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio.

La Ley 14 de 2013 incorporó a la ley concursal española el título décimo, del “acuerdo extrajudicial de pagos”, instituido como un mecanismo preconcursal que proporciona un mecanismo de solución a las situaciones de insolvencia del deudor, bien sea persona natural o jurídica al margen del procedimiento ordinario; y como requisito, la norma estipula para los deudores, además de establecer la situación de insolvencia en la que se encuentra (actual o inminente), que el pasivo no supere los cinco millones de euros, que el concurso no revista especial complejidad y que cuente con activos suficientes para atender los gastos propios del acuerdo. Además, este deberá ser votado por la mayoría establecida en el artículo 238 y debe ser elevado a escritura pública, momento en el cual adquiere la condición de vinculante, si es que la impugnación, en caso de presentarse, no prospera.

3.2. Argentina

El ordenamiento concursal argentino está incorporado en la Ley 24.522 de 1995 y sus reformas (Ley 25.522 de 2002 y Ley 26.086 de 2006); incorpora allí el “concurso preventivo” y la “quiebra”, la norma aplica indistintamente para las personas jurídicas de carácter privado o en las que la nación, provincia o municipio tenga participación, y a las personas físicas o naturales.

En cuanto al presupuesto material objetivo para la apertura del concurso preventivo — tema objeto de la presente investigación—, exige la norma que el deudor se encuentre en estado de “cesación de pagos”⁴⁵; sin embargo, la norma no define el estado de cesación de

⁴⁵ Artículo 1, cesación de pagos: “El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecto, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley”.

pagos, tan solo indica que puede ser cualquiera la causa y que las obligaciones afectadas por la cesación pueden ser de cualquier naturaleza. Frente a la prueba de este supuesto, el artículo 78, aunque hace referencia a la quiebra, indica que la cesación de pagos debe ser demostrada por cualquier medio probatorio que acredite que el deudor está imposibilitado para cumplir regularmente con sus obligaciones, y curiosamente no exige que haya pluralidad de acreedores para este propósito.

En cuanto al acuerdo preventivo extrajudicial (APE), que busca la homologación judicial de un acuerdo privado celebrado entre el deudor y sus acreedores, establece el artículo 69 que se podrá invocar como presupuesto objetivo bien sea el estado de “cesación de pagos”, o bien, “las dificultades económicas o financieras de carácter general”, lo que claramente constituye un presupuesto material objetivo de incapacidad de pago inminente.

3.3. Perú

El sistema concursal peruano se encuentra reglamentado en la Ley 27.809 de 2009 y sus normas reglamentarias, cuyo objetivo fundamental es la protección del crédito; incorpora la norma el procedimiento concursal ordinario (plan de reestructuración patrimonial), la quiebra como proceso concursal liquidatorio y el procedimiento concursal preventivo (acuerdo global de refinanciación; artículo 103, Ley 27.809 de 2009).

Están legitimados para solicitar el “concurso ordinario” tanto el deudor como sus acreedores; pero en cuanto al “concurso preventivo”, este solo puede ser solicitado por el deudor. No es posible que el concordato ordinario y el concordato preventivo puedan ser decretados de oficio por la autoridad competente, la Comisión de Procedimientos Concursales (Indecopi), entidad que, además de ser la autoridad que conoce de estos procedimientos, facilita y promueve las negociaciones entre deudores y acreedores.

La norma aplica a todos los deudores personas jurídicas y naturales domiciliados en el Perú, salvo las entidades que integran la estructura del estado, administradores privados de fondos de pensiones, entidades del sistema financiero o de seguros y los patrimonios autónomos.

Cuando la solicitud de admisión al concurso ordinario sea presentada por el deudor persona jurídica, este deberá acreditar como supuesto material objetivo que se encuentra en situación de cesación de pagos, para lo cual deberá demostrar que 1/3 del total de sus obligaciones se encuentran vencidas por un periodo no menor de treinta días calendario, o que tiene pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor a 1/3 del capital social pagado (artículo 24, Ley 27.809 de 2009).

Respecto a la solicitud de concurso ordinario de la persona natural, deberá, además de acreditar los presupuestos anteriores, que más del 50% de sus ingresos proviene de su actividad comercial y que al menos las 2/3 partes de sus obligaciones provienen de la misma actividad comercial.

En cuanto a la cesación de pagos, es importante precisar que la norma no indica si las obligaciones vencidas deben ser en favor de uno o más acreedores, tampoco existe restricción en cuanto a las obligaciones vencidas en favor de los acreedores especialmente vinculados al deudor.

La solicitud deberá estar acompañada de unas proyecciones sobre la viabilidad del deudor, con las proyecciones preliminares y un flujo de caja proyectado a no menos de dos años, autorización del máximo órgano social para acudir al procedimiento concursal ordinario, estados financieros de los últimos dos años y los últimos dos meses, la relación detallada de los acreedores y relación detallada de activos.

3.4. República Oriental del Uruguay

Las normas concursales en la jurisdicción de la República de Uruguay están incorporadas en la Ley 18.387 de 2008, por la cual se reglamenta la declaración judicial del concurso y la reorganización empresarial; norma que establece dos procedimientos recuperatorios: el “concurso” y el “acuerdo privado de reorganización” (APR), y el procedimiento liquidatorio denominado “liquidación de la masa”.

En cuanto al presupuesto subjetivo, establece la ley que a los procedimientos podrá concurrir cualquier deudor persona jurídica civil o comercial o persona natural que realicen actividades empresariales, entendida por estas “toda actividad profesional, económica y organizada con fines de producción o de intercambio de bienes o servicios”, quedando expresamente excluidos los entes públicos y las entidades financieras.

Respecto a la insolvencia de la persona natural que no realiza actividades empresariales, esta se encuentra regulada en los artículos 452 y siguientes del Código General del Proceso.

El deudor está legitimado para solicitar el concurso —lo que la ley denomina “vía voluntaria”—, así como cualquier acreedor con o sin obligaciones vencidas, los socios cuando ostenten la condición de responsables de obligaciones sociales, los codeudores, fiadores o avalistas del deudor —esto es denominado por la ley como por “vía necesaria” — (artículo 11, Ley 18.387 de 2008). En cuanto a la legitimación para solicitar la homologación judicial del acuerdo privado (artículo 221, Ley 18.387 de 2008), ella corresponde al deudor, quien deberá presentar el acuerdo debidamente suscrito por este y cuando mínimo por el 75% del pasivo quirografario del deudor con derecho a voto.

Como presupuesto objetivo, indica la norma que el deudor podrá solicitar la declaración judicial de concurso cuando se encuentre en estado de insolvencia, entendida esta como la imposibilidad del deudor para cumplir con el pago de sus obligaciones al margen de la existencia de un número plural de acreedores. Ahora bien, la norma contempla como presunciones de insolvencia la existencia de un pasivo superior al activo, la existencia de dos o más embargos en contra del deudor provenientes de la ejecución judicial de obligaciones que comprometan más del 50% de sus activos, tener por lo menos una obligación vencida por más de tres meses, haber omitido el pago de sus obligaciones tributarias por más de un año, el cierre del establecimiento donde funciona la deudora, el cierre de las cuentas bancarias, etc.; presunciones que, por ser legales, admiten prueba en contrario.

En cuanto a los requisitos formales, la solicitud de admisión al concurso deberá contener, además de los requisitos de contenido de la demanda indicados en los artículos 117

y 118 del Código General del Proceso, los siguientes: a) una memoria explicativa de la historia y situación actual del deudor persona jurídica o natural comerciante, con indicación de la situación conyugal para este último; b) un inventario valorado de los activos de propiedad del deudor, junto con la información sobre los gravámenes y embargos que sobre estos recaen; c) relación completa y detallada de los acreedores y acreencias; d) copia de los estados financieros de los últimos tres ejercicios; e) para el caso de las personas jurídicas, la autorización del máximo órgano social para solicitar el concurso.

3.5. Chile

El régimen concursal chileno está contenido en la Ley 20.720 de 2014 o Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas; norma que, junto con el régimen de procesos concursales de insolvencia de la República de Panamá (Ley 12 de 2016), constituyen los ordenamientos concursales o de insolvencia más jóvenes de América. Incorpora además procedimientos concursales recuperatorios para la empresa como el “procedimiento concursal de reorganización judicial” y el “acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado”, al igual que procedimientos liquidatorios para la empresa como la “liquidación voluntaria” y la “liquidación forzosa”. Concentra además un procedimiento concursal recuperatorio aplicable a la persona natural deudora: la “renegociación de la persona deudora”, y dos procedimientos liquidatorios: la “liquidación voluntaria de los bienes de la persona deudora” y la “liquidación forzosa de los bienes de la persona deudora”. Incorpora un capítulo dedicado a la insolvencia transfronteriza, tal y como ocurre con la norma concursal colombiana (Título III de la Ley 116 de 2006).

De los procedimientos concursales recuperatorios de las personas jurídicas conocen los juzgados de letras o tribunales que correspondan al domicilio del deudor. Están legitimados para solicitar el inicio del proceso; el deudor, en el caso del “procedimiento concursal de reorganización judicial”, y cuando al menos dos acreedores representen no menos del 75% del total de pasivo a cargo, excluyendo a los acreedores especialmente vinculados al deudor. Para el caso del “acuerdo de reorganización extrajudicial o

simplificado”, nótese cómo el acreedor no puede solicitar la reorganización del deudor y cómo esta tampoco puede ser decretada de oficio.

Resulta interesante el hecho de que la norma no contempla supuestos objetivos de admisión al proceso concursal recuperatorio para la empresa, lo que significa que el deudor no tiene la carga de demostrar, que se encuentra en situación de cesación de pagos o que teme razonablemente incumplir con el pago de sus obligaciones en determinado lapso, lo que la doctrina concursal ha denominado “incapacidad inminente de pagos”.

Sobre los requisitos formales en lo que al proceso de reorganización hace referencia, corresponde al deudor solo adjuntar a la solicitud una relación del pasivo con corte no superior a cuarenta y cinco días anteriores a esta, indicando los tres mayores acreedores; el inventario de pasivos, que a la postre será el insumo para la elaboración de la nómina de acreedores reconocidos en el concurso; una relación de activos valuados, con la indicación sobre cuáles son esenciales para el desarrollo del objeto social y cuáles no; un balance al corte del último ejercicio y un balance con corte no superior a cuarenta y cinco días anteriores a la solicitud; y, finalmente, la propuesta de acuerdo de reorganización judicial.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos formales para la admisión del procedimiento de reorganización extrajudicial, corresponde al deudor presentar el acuerdo que se pretende someter a validación judicial, como ya se indicó, junto con los requisitos descritos en el numeral anterior, más una relación de los juicios o procesos administrativos seguidos en contra del deudor con efectos patrimoniales, más el concepto sobre la viabilidad del acuerdo emitido por el veedor previamente escogido por la deudora y los dos mayores acreedores.

En cuanto al proceso concursal recuperatorio de la persona natural, “procedimiento concursal de renegociación de la persona deudora”, la norma sí establece como requisito objetivo de admisión estar en situación de cesación de pago. Así, el artículo 260 establece que podrá someterse al procedimiento la persona que tenga dos o más obligaciones vencidas por más de noventa días, proveniente de obligaciones diversas, cuyo monto sea superior a 80

unidades de fomento⁴⁶ y respeto de quien no se haya solicitado el inicio de un proceso concursal liquidatorio o de cualquier otro juicio ejecutivo, salvo los de naturaleza laboral.

Está legitimado solo el deudor para solicitar el inicio del proceso, y deberá acreditar, además del supuesto objetivo, la lista total de las obligaciones a su cargo, una declaración jurada respecto de los ingresos que percibe, la relación de sus activos junto con los gravámenes o medidas que lo afectan, y la propuesta de renegociación.

3.6. México

La norma concursal mexicana se encuentra incorporada en la Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo de 2000 y sus reformas del 27 de diciembre de 2007 y 10 de enero de 2014. Tiene como propósito la conservación de las empresas, evitar el incumplimiento generalizado de obligaciones y garantizar una adecuada protección al crédito. Contempla tres procedimientos concursales; dos recuperatorios: “conciliación” y “concurso mercantil con plan de reestructura previo” y el liquidatorio denominado “quiebra”.

Como presupuesto subjetivo, establece la norma que podrán acudir a los procedimientos allí establecidos las sociedades mercantiles, las personas físicas o morales que tengan la condición de comerciante en los términos del Código de Comercio, las empresas de participación estatal constituidas como sociedades mercantiles y el patrimonio fideicomitado afecto a la realización de actividades empresariales. En cuanto a los pequeños comerciantes —entendidos como aquellos cuyo pasivo vencido exigible no supera los 400.000 UDIs⁴⁷, que equivalen a cerca de US \$120.000—, estos solo pueden ser declarados en concurso cuando ellos así lo soliciten. En lo que corresponde a las personas naturales no comerciantes, estas deberán acudir al concurso civil de acreedores establecido en el Código Civil de cada una de las 32 entidades federativas.

⁴⁶ Es la unidad de cuenta usada en Chile, reajutable de acuerdo con la inflación.

⁴⁷ Los UDI son los valores que se aplican en la República Mexicana para la adquisición de créditos hipotecarios publicados por el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación.

Se establece como juez competente para conocer de los concursos mercantiles el juez de distrito del lugar donde el comerciante tenga su domicilio; este, junto con el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (INFECOM)⁴⁸, serán los rectores del procedimiento. Podrán solicitar la declaratoria de concurso mercantil de un comerciante, el deudor, sus acreedores y el Ministerio Público.

El concurso mercantil mexicano fue establecido como un procedimiento único, con una etapa previa de naturaleza informativa o de verificación denominada la “visita” (artículo 29 de la Ley de Concursos Mercantiles), la cual procede cuando el concurso no es solicitado por el deudor, y dos etapas sucesivas: la primera constituida como el procedimiento concursal recuperatorio de “la conciliación” y la segunda, consecencial al fracaso de la primera y de naturaleza liquidataria, denominada “quiebra”.

Como supuesto objetivo se tiene que el comerciante, para acudir a la institución del concurso mercantil, deberá estar en lo que la ley ha denominado “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones”, el cual se presenta cuando el comerciante solicita la declaración de concurso mercantil o cuando cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil. Ahora bien, como elementos constitutivos del incumplimiento generalizado, se considera que este haya incumplido en el pago de dos o más acreedores distintos y que las obligaciones con 30 días de vencidas representen no menos del 35% del total de las obligaciones a su cargo al corte de la fecha de la presentación de la solicitud o de la demanda. Así también, que el comerciante no cuente con activos⁴⁹ suficientes para hacer frente por lo menos al 80% de las obligaciones vencidas al mismo corte.

⁴⁸ IFECOM fue creado por disposición de la Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000. Es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa, cuya principal finalidad es la de autorizar el registro de las personas que acrediten cubrir los requisitos necesarios para realizar las funciones de visitador, conciliador o síndico, quienes apoyarán a la justicia en materia concursal en los aspectos técnicos involucrados en los procedimientos de concurso mercantil.

⁴⁹ Se tienen como activos: efectivo en caja y depósitos a la vista, depósitos e inversiones con vencimiento no superior a 90 días contados a partir de la solicitud o demanda, cuentas por cobrar con vencimiento no superior a 90 días contados a partir de la solicitud o demanda y títulos valores susceptibles de ser vendidos en un plazo no superior a 90 días.

Cuando la solicitud provenga del deudor, este solo deberá probar uno de los dos hechos reveladores de la incapacidad de pago; pero cuando la solicitud provenga de un acreedor o del Ministerio Público, estos deberán probar la existencia de los dos hechos reveladores del incumplimiento. Cabe resaltar que cuando el deudor solicita la declaración de un concurso mercantil, este por defecto se abrirá en la etapa de conciliación, salvo que este expresamente haya indicado su interés de acudir directamente a la quiebra.

Otros requisitos de la solicitud son la presentación de los estados financieros al corte del último año auditados —si hay lugar a ello—, una memoria descriptiva de las causas que llevaron al comerciante al estado de incumplimiento, una relación de acreedores y deudores, el inventario valorado de todos los bienes de propiedad del comerciante, la relación de juicios donde del comerciante sea parte, la autorización del máximo órgano societario para el caso de las personas jurídicas si estatutariamente hubiere lugar a ello, la propuesta de pago que se presentará a los acreedores y la propuesta de conservación de la empresa.

Finalmente, y frente al procedimiento recuperatorio denominado “concurso mercantil con plan de reestructuración previo” (artículo 339 y ss. de la Ley de Concursos Mercantiles), es preciso indicar que el presupuesto material objetivo lo constituye la “inminencia” del incumplimiento, entendida esta como el inevitable acaecimiento, dentro de los noventa días, de alguno de los supuestos objetivos ya indicados. Este procedimiento, como ocurre en la legislación colombiana (artículo 84, Ley 1116 de 2006), busca la homologación judicial de un acuerdo privado de acreedores celebrado extrajudicialmente. Como requisitos de forma, el comerciante, además de la declaración anterior, deberá presentar el acuerdo debidamente suscrito por acreedores que representen, cuando mínimo, la mayoría mínima simple de sus acreedores.

4. Análisis de las variables macroeconómicas frente a la insolvencia en Colombia

Además del análisis sustancial de los presupuestos de admisión a los procesos concursales recuperatorios en Colombia, se propone en este punto presentar el resultado de la

investigación adelantada respecto de los procesos concursales admitidos en los últimos diez años, frente a los principales indicadores macroeconómicos del mismo periodo. Conviene precisar que el análisis se verifica bajo el supuesto comparativo de indicador rezagado, pues el comportamiento del indicador impacta los procesos de insolvencia en un término estimado en un año.

Según cifras de la Superintendencia de Sociedades⁵⁰, respecto al número de procesos admitidos al proceso de reorganización empresarial ley 1116 de 2006 desde su entrada en vigencia en el año 2007 y hasta diciembre de 2017, en total fueron admitidos 2022 procesos de persona jurídica y persona natural comerciante; y en cuanto a los procedimientos de negociación de deudas de la persona natural no comerciante, en los casi seis años de vigencia de la norma se han admitido, según cifras de la Superintendencia Financiera de Colombia⁵¹, un total de 2010 procedimientos; es decir, en los últimos diez años en Colombia se han admitido un total de 4032 procesos concursales recuperatorios, cifra que resulta considerablemente baja y que denota un desconocimiento de la normal concursal entre empresarios y personas naturales no comerciantes.

4.1. Los procesos de reorganización frente al PIB

Al analizar el Producto Interno Bruto (PIB) de Colombia en los últimos diez años frente al número de proceso de reorganización admitidos en el mismo periodo, se puede establecer claramente que, a menor indicador o menor crecimiento, mayor número de procesos admitidos, de lo cual se puede advertir una adecuada utilización del instrumento concursal (figura 1), resulta entonces consecuente que a menor (PIB) se incrementen las solicitudes de admisión al proceso concursal tal como se puede evidenciar para los años 2014, 2015, 2016 y 2017, situación en la cual el supuesto de incapacidad inminente de pagos incorporado en la norma concursal colombiana, cobra especial importancia para los

⁵⁰https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Documents/Informes_Periodicos_Mayo_31_2018/Reorganizacion_Empresarial_Validacion_Judicial_Acumulado_31Mayo2018.htm

⁵¹ <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10097449>

empresarios como mecanismo para enfrentar anticipadamente las situaciones de crisis económicas.

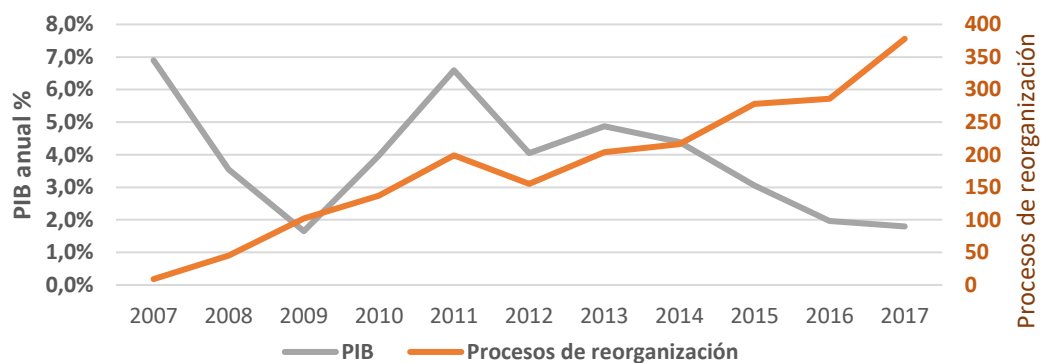


Figura 1. Procesos de reorganización Ley 1116 de 2006 vs. PIB

4.2. Los procesos de reorganización frente al crédito comercial

Un comportamiento similar al anterior se presenta cuando se analiza el crecimiento de la cartera comercial frente el número de procesos de reorganización ley 1116 de 2006 admitidos en este mismo lapso de tiempo (figura 2). Así, claramente se puede advertir que, a mayor número de procesos de reorganización admitidos, menor es la demanda de crédito a las entidades financieras colombianas tal y como lo demuestra las cifras del 2014 al 2017, lo cual denota prudencia financiera por parte de los empresarios colombianos admitidos a un proceso concursal recuperatorio o insuficiencia de incentivos y garantías para los financiadores profesionales que quisieran asumir el riesgo de otorgar financiación post concursal.

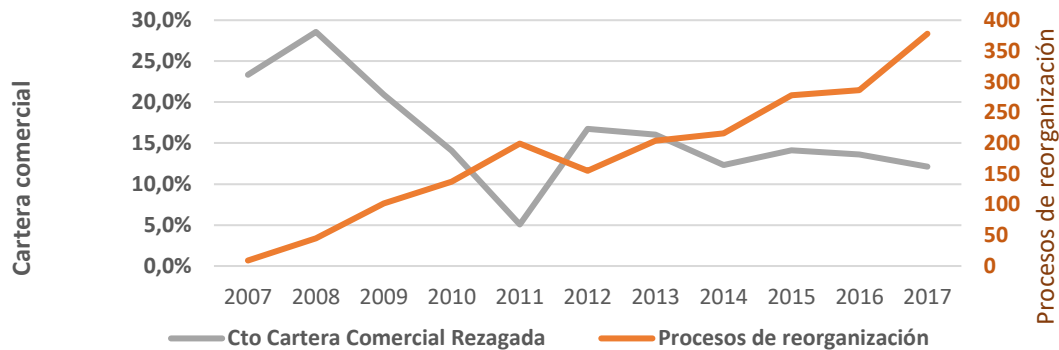


Figura 2. Procesos de reorganización de Ley 1116 de 2006 vs. cartera comercial

4.3. Los procesos de reorganización frente al indicador de confianza del consumidor

El indicador de confianza del consumidor (ICC) (Fedesarrollo, 2018) permite conocer las percepciones actuales y perspectivas de consumo de los hogares a un año vista; además, permite medir la disposición de compra, la capacidad de ahorro y la solicitud de crédito. En la figura 3 se muestra el comportamiento del (ICC) frente al proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006 en los últimos diez años. El indicador refleja que a menor indicador, mayor número de procesos.

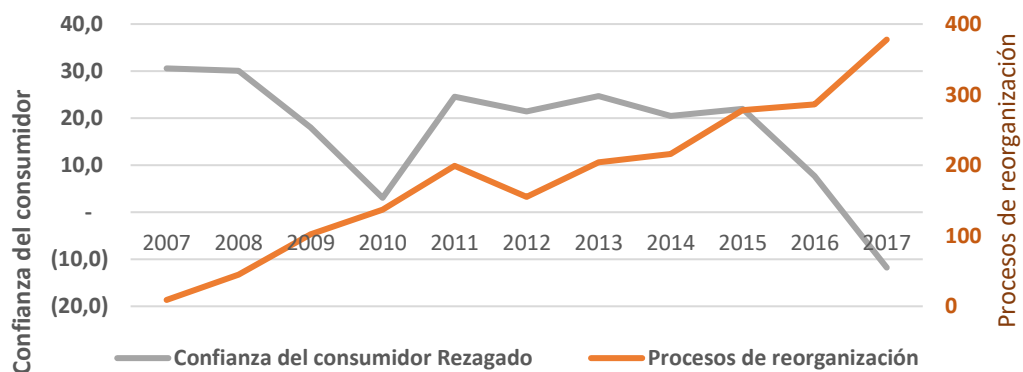
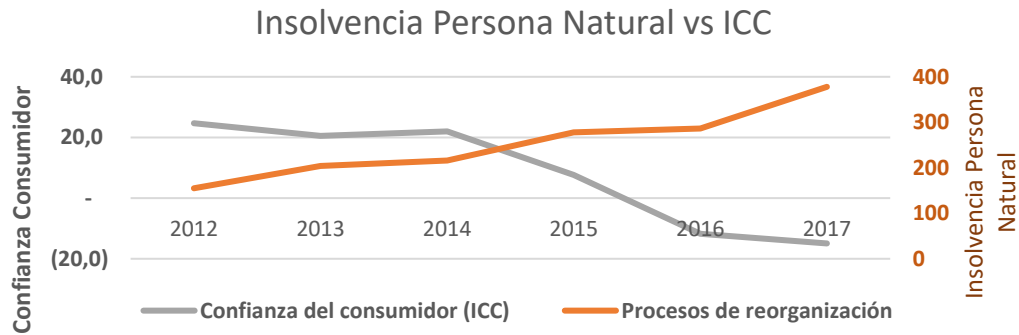


Figura 3. Procesos de reorganización de la Ley 1116 de 2006 vs. ICC

Por su parte, en la figura 4 se muestra el comportamiento del (ICC) frente al proceso de insolvencia de la persona natural no comerciante desde la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 (cinco años). Como queda evidenciado, el indicador refleja que, a menor confianza del consumidor, mayor es el número de procedimientos admitidos.



5. Conclusiones

Analizada la legislación colombiana de las últimas cinco décadas en materia de derecho concursal o derecho de la insolvencia, se identificaron como normas principales expedidas tres decretos: Decreto 2264 de 1969, Decreto 410 de 1971 y Decreto 50 de 1989, al igual que cinco leyes: Ley 222 de 1995, Ley 550 de 1999, Ley 1116 de 2006, Ley 1380 de 2010 y Ley 1564 de 2012. Estas normas han tenido una vigencia de entre dos (Decreto 2264 de 1969) y dieciocho años (Decreto 410 de 1971). La Ley 222 de 1995 tuvo cuatro años de vigencia en lo que tiene que ver con el concordato, en tanto tuvo siete años de vigencia de una norma que tenía la condición de temporal: la Ley 550 de 1989. Hoy está vigente la Ley 1116 de 2006, que reglamentó los procesos recuperatorios de las personas jurídicas y personas naturales comerciantes. Así también, la Ley 1564 de 2012, que reguló el procedimiento concursal recuperatorio de la persona natural no comerciante, lo que significa que hoy Colombia cuenta con un estatuto para el manejo de la insolvencia de la persona jurídica, de la persona natural comerciante y de la persona natural no comerciante, aun cuando no estén compilados en un solo estatuto.

Hasta 1999, los procesos concursales recuperatorios en Colombia (concordato preventivo, concordato preventivo y concordato preventivo obligatorio, concordato preventivo potestativo y obligatorio, y concordato del Código de Comercio) fueron concebidos como procesos judiciales que se tramitaban ante el juez civil del circuito del domicilio del deudor, o bien, ante la Superintendencia de Sociedades en su condición de juez. Con ocasión de la expedición de la Ley 550 de 1999, el procedimiento concursal denominado “acuerdo de reestructuración” asume la condición de procedimiento contractual extrajudicial y, por lo tanto, no hay intervención de un juez de la República.

Desde 2006, y hasta la fecha, el proceso concursal recuperatorio de la persona jurídica y de la persona natural comerciante, en su especie de “reorganización” y de “validación judicial de acuerdo extrajudicial de reorganización”, recupera su condición de proceso judicial de conocimiento de los jueces civiles del circuito o de la Superintendencia de Sociedades en condición de juez. En cuanto a la persona natural no comerciante, desde la norma del 2012 se conserva la condición de procedimiento de conocimiento de los centros de conciliación, en lo que a la “negociación de deudas” y “convalidación de acuerdo privado” hace referencia.

En lo atinente a la legitimación para solicitar la apertura del proceso concursal recuperatorio, la investigación arroja que en todas las normas analizadas se establece como sujeto legitimado al “deudor”, lo cual tiene todo el sentido en la medida en que es justo este el obligado frente a los acreedores. En consecuencia, a él es a quien le corresponde activar la protección concursal, no solo en protección de la empresa como tal, sino además en protección de los intereses de los acreedores, pero en últimas, en defensa del crédito.

Ahora bien, con excepción de concordato preventivo del Decreto 2264 de 1969 y del Código General del Proceso, en lo que a la negociación de deudas de la persona natural hace referencia, en las demás legislaciones estuvo y está legitimado el “acreedor” para solicitar el inicio del proceso concursal recuperatorio. Es posible considerar que en lo que se trata a la insolvencia de la persona natural no comerciante, no obstante tratarse de pequeños concursos, también debería estar legitimado el acreedor, respetando en todo caso el derecho de oposición que le asiste al deudor para desvirtuar el presupuesto objetivo.

Frente a la admisión de oficio al concurso recuperatorio por parte del juez, esta tan solo estuvo prevista para el concordato preventivo potestativo u obligatorio del Decreto 350 de 1989, en el concordato de la Ley 222 de 1995, en el acuerdo de reorganización de la Ley 550 de 1999 y en la reorganización de la Ley 1116 de 2006 (las dos últimas continúan vigentes a la fecha) tan solo para las personas jurídicas, criterio que comparte plenamente el autor.

De acuerdo con los hallazgos del presente estudio, en lo que al presupuesto subjetivo de admisión al concurso recuperatorio se refiere, se identificó que en todos los regímenes analizados —salvo en el procedimiento de negociación de deudas del Código General del Proceso del 2012, donde el sujeto concursable es la persona natural no comerciante—, el sujeto concursable es el comerciante, la sociedad mercantil o comercial, el empresario sujeto a la ley comercial, las personas jurídicas o naturales comerciantes, los entes territoriales, los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales o las sucursales de sociedades extranjeras. En conclusión, la norma concursal colombiana, aun cuando no está recopilada en un solo texto, provee alternativas concursales a las personas jurídica y naturales comerciantes, para anticiparse a la crisis, o bien, para enfrentarla, según sea el caso.

Con referencia al presupuesto objetivo de admisión al concurso recuperatorio, se logró evidenciar que las normas concursales en Colombia establecieron —y establecen— en este sentido dos supuestos materiales objetivos que revelan la situación de insolvencia de un deudor candidato a ser admitido al concurso recuperatorio, a saber: “la cesación de pagos” y “la incapacidad de pago inminente”; instituciones desarrolladas en cada uno de los ordenamientos locales el presente estudio.

En lo que al supuesto de “incapacidad de pago inminente” hace referencia, habría que indicar que hasta la entrada en vigencia de la Ley 550 de 1999, en Colombia este fue definido de manera extremadamente amplia y genérica. Nótese cómo las diferentes normas lo definieron como: “temor a cesar en el pago corriente de sus obligaciones”, “temor a suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles” o “temer razonablemente llegar a incumplir con sus obligaciones mercantiles”; sin embargo, no se estipulaba un criterio en el tiempo que permitiera identificar con mayor precisión este hecho revelador de la

insolvencia del deudor, lo que implicó dejar al arbitrio del juez la decisión respecto de si existía o no la circunstancia.

En la Ley 550 de 1999 no se consideró la posibilidad de solicitar la admisión a un acuerdo de reestructuración bajo el presupuesto de incapacidad inminente o futuro pago, lo que significó para el deudor no poder anticiparse para enfrentar la situación de crisis desde la perspectiva de un proceso concursal. Tan solo en la norma del 2006 —y con buen criterio, en opinión del autor— se define el hecho revelador de forma tal que puede ser susceptible de ser apreciado objetivamente. La Ley 1116 de 2006 define el supuesto objetivo de la siguiente forma: “La existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones con vencimiento igual o inferior a un año” (artículo 9-2 de la Ley 1116 de 2006). De esta manera, la norma resulta suficientemente precisa en el sentido de que impone un límite en el tiempo; finalmente, y en lo que a la insolvencia de la persona natural no comerciante hace referencia, el legislador en buena hora también acogió el criterio, pero con un límite en el tiempo de cuatro meses.

Por otra parte, y en lo que corresponde al supuesto de “cesación de pagos”, la norma de 1969 no lo consideró como supuesto de admisión al concordato; este fue concebido en su momento como causal de quiebra del deudor. El código de Comercio de 1971, por primera vez en la legislación colombiana, establece como hecho revelador de insolvencia la cesación de pagos, concepto acogido en el Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 de 1995, con la salvedad de que no se definieron criterios objetivos que permitieran su identificación, y tampoco se establecieron criterios respecto al número mínimo de obligaciones incumplidas, al número mínimo de acreedores titulares de obligaciones vencidas, respecto de la edad de vencimiento de las obligaciones, del porcentaje que deberían representar las obligaciones vencidas frente al total pasivo a cargo del deudor; u otros criterios como la existencia de procesos de ejecución o de cobro coactivo iniciados por los acreedores en contra del deudor por el no pago de obligaciones.

En este sentido, a partir de la Ley 550 de 1999 se establecen los hechos reveladores de la cesación de pagos. De ese modo, se le impone al deudor acreditar: a) el incumplimiento

de dos o más obligaciones (pluralidad de obligaciones) o la existencia de dos o más demandas ejecutivas o de cobro coactivo; b) que estas obligaciones estén vencidas por más de noventa días; c) que las obligaciones vencidas representen mínimo el 5% del total pasivo a cargo deudor. La norma en opinión del autor se quedó corta en cuanto a que no exigió que las obligaciones vencidas fueran en favor de dos o más acreedores, con lo cual se podrían acreditar los hechos reveladores pero en favor de un solo acreedor. Tal situación quedó superada en la Ley 1116 de 2006, régimen que recogió los hechos reveladores de la anterior norma, pero indicando que las obligaciones vencidas debían ser en favor de dos o más acreedores, cumpliendo así con el criterio de pluralidad de acreedores e incrementando el porcentaje que debían representar tales obligaciones (lo fijó en el 10% del total pasivo a cargo).

Con referencia a la insolvencia de la persona natural no comerciante, el Código General del Proceso acogió el criterio de la Ley 1116 de 2006 en cuanto a los hechos reveladores de la cesación de pagos; sin embargo, fue mucho más exigente en cuanto al porcentaje que el pasivo vencido debe representar frente al total pasivo a cargo (lo estableció en el 50%), situación que, en opinión del autor y como ya se advirtió, hace aún más gravosa la situación del candidato a ser admitido en un procedimiento de negociación de deudas. El criterio debe ser al menos el mismo que se le exige a la persona natural comerciante, esto es, que el pasivo vencido no sea inferior al 10% del total pasivo a cargo. Lo anterior, sin considerar las obligaciones excluidas por la ley para efectos de establecer el porcentaje.

Al examinar los regímenes concursales de otras jurisdicciones (España, Argentina, Perú, Uruguay, Chile y México), en lo que a los supuestos de admisión hace referencia, concluye esta investigación como elementos relevantes, en primer lugar, que todas contemplan mecanismos concursales recuperatorios; y, al igual que ocurre en la legislación colombiana vigente, legislaciones como la española, la peruana, la uruguaya y la chilena contemplan mecanismos preconcursales y extrajudiciales que les permite a los deudores anticiparse a enfrentar situaciones inminentes de insolvencia bajo la protección legal que establecen las normas concursales.

En cuanto al presupuesto subjetivo, conviene indicar que las legislaciones analizadas establecen como sujetos concursables, en primer lugar, las personas jurídicas en general, bien sean civiles, comerciales o sociedades mercantiles. En cuanto a las personas naturales, salvo la legislación uruguaya, estas son consideradas sujetos concursables. La legislación uruguaya, tal y como ocurre con la legislación colombiana, consagra en el Código General del Proceso el procedimiento de insolvencia de la persona natural no comerciante.

Los resultados en cuanto al presupuesto objetivo indican que todas las legislaciones — salvo la chilena— establecen como requisito para la admisión al concurso recuperatorio el estado de cesación de pagos, definido como tal en la legislación argentina y peruana; o concebido como la insolvencia actual o estado de insolvencia del deudor, como ocurre en el caso español y uruguayo; o incumplimiento generalizado de obligaciones, como lo hace la legislación mexicana.

En cuanto al presupuesto de incapacidad inminente de pago como requisito de admisibilidad al concurso recuperatorio, la única legislación que lo contempla es la española, que lo define como insolvencia inminente; sin embargo, es importante indicar que España, Perú y Uruguay contemplan mecanismos preconcursales a los cuales es posible acudir sin tener que acreditar el supuesto de cesación de pagos, tal y como ocurre en la legislación concursal colombiana, en el procedimiento del artículo 84. Asimismo, la legitimación para solicitar la admisión del deudor a un proceso concursal recuperatorio, en todas las legislaciones estudiadas y como ocurre en Colombia, es posible que sea solicitado bien sea por el deudor o por los acreedores.

Finalmente, y en lo concerniente al análisis económico desarrollado en este artículo, vale indicar por una parte cómo el comportamiento de los procesos concursales tanto de la persona jurídica como de la persona natural corresponde a la situación económica del país en un determinado momento: a menor Producto Interno Bruto (PIB), mayor número de procesos de reorganización, y a mayor PBI, menos proceso de reorganización, como se logra evidenciar en la graficas que denotan el resultado de la investigación para el periodo 2007 – 2017. Este comportamiento se refleja de la misma forma en lo que a la insolvencia de la persona natural no comerciante hace referencia, frente al indicador de confianza del

consumidor (ICC). Por último, se resalta el bajo número de procesos admitidos en Colombia: mientras en los últimos diez años se admitieron en total 2009 procesos de reorganización de la Ley 1116 de 2006, en los últimos cinco años fueron admitidos 2015 procesos de negociación de deudas del Código General del Proceso; claro está, con una marcada tendencia creciente.

Referencias

Congreso de la República de Colombia (1931, 5 de mayo). Ley 58 de 1931, por la cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se dictan otras disposiciones. Recuperado de www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1610332

Congreso de la República de Colombia (1939, 15 de diciembre). Ley 54 de 1939, Por la cual se confieren facultades extraordinarias al presidente de la República. Diario oficial 24.244.

Congreso de la República de Colombia ((1968, 28 de marzo). Ley 16 de 1968, Por la cual se restablecen los juzgados de Circuito, se dictan normas sobre competencia en materia penal, civil y laboral, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 32.467.

Congreso de la República de Colombia (1995, 20 de diciembre). Ley 222 de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 42.159.

Congreso de la República de Colombia (1999). Ley 550 de 1999. Intervención económica para la reactivación empresarial y acuerdos de reestructuración. Recuperado de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/La_Ley_550_de_1999.pdf

Congreso de la República de Colombia (1999, 30 de diciembre). Ley 550 de 1999, por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial [...]. *Diario Oficial 43.940.*

Congreso de la República de Colombia (2004, 30 de diciembre). Ley 922 de 2004, por medio de la cual se proroga la vigencia de la Ley 550 de diciembre 30 de 1999. *Diario oficial 45.776.*

Congreso de la República de Colombia (2006, 27 de diciembre). Ley 1116 (2006), por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 46.494.*

Congreso de la República de Colombia (2010, 25 de enero). Ley 1380 de 2010, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante *Diario Oficial 47.603.* www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38742

Congreso de la República de Colombia (2010, 29 de diciembre). Ley 1429 de 2010, por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. *Diario Oficial 47.937.*

Congreso de la República de Colombia (2012, 12 de julio). Ley 1564 (2012), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48.489.*

Congreso de la República de Colombia (2012, 12 de julio). Ley 1564 (2012), Código General del Proceso. *Diario Oficial 48.489.*

Congreso de la República de Colombia (2013, 20 de agosto). Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. *Diario Oficial 48.888.*

Congreso de la República de Colombia. (1873, 26 de mayo). Ley 84 de 1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario oficial 2.867).* Recuperado de www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1#1

Cámara de Comercio de Bogotá (2001). 30 años del Código de Comercio. Bogotá.

- Corte Constitucional de Colombia (1969). Sentencia del 29 de mayo de 1969. Recuperado de Corte Constitucional de Colombia (1969). Sentencia del 29 de mayo de 1969.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-699 de 2007. Insolvencia de la persona natural no comerciante. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-385 de 2011. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-685 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-685 de 2011. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia (1981). Sentencia del 18 de agosto de 1981. M. P. Óscar Salazar Chávez.
- Cuberos Gómez, Gustavo. (1993). *Comentarios al régimen de concordatos comerciales*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Campuzano, A. B. (2018). *Legislación concursal* (24.^a ed.). Valencia: Marcial Pons.
- Asamblea General del Poder Legislativo del Uruguay (1988, 118 de octubre). Ley 15.982 de 1989. Código General del Proceso. Recuperado de www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy045es.pdf
- Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos (2000, 12 de mayo). Ley de Concursos Mercantiles. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/29.pdf
- Carbonell, E. (2009). *El sistema concursal, una mirada a la novísima legislación peruana: Ley 27.809, Ley 28.709 y Decreto Legislativo 1050* (1.^a ed.). Quito: Jurista Editores.
- Veiga Copo, Abel. (2013). *Par conditio omnium creditorum e insolvencia: Entre el mito y la realidad utópica*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

- Dasso, Ariel A. (2009). *Derecho Concursal Comparado – Tomo I y Tomo II*. Buenos Aires: Temis.
- Fedesarrollo (2018). Encuesta de Opinión del Consumidor (EOC). Recuperado de <https://www.fedesarrollo.org.co/encuestas/consumidor-eoc>
- Isaza, Álvaro. y Londoño, Álvaro. (2008). *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial, Ley 1116 (2006) (2.ª ed.)*. Bogotá: Legis.
- Montoya, H. (1979). *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*. Bogotá: Debout.
- Osorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Hijastra.
- Presidencia de la República de Colombia ((1971, 27 de marzo). Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial* 33.339.
- Presidencia de la República de Colombia (1952, 30 de julio). Decreto 1813 de 1952, por el cual se autoriza al Gobierno Nacional para crear comisiones revisoras de códigos. *Diario Oficial* 27.982.
- Presidencia de la República de Colombia (1969, 31 de diciembre). Decreto 2264 de 1969, Por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio. *Diario oficial* 32.985.
- Presidencia de la República de Colombia (1969, 31 de diciembre). Decreto 2264 de 1969, Por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio. *Diario Oficial* 32.985.
- Presidencia de la República de Colombia (1969, 31 de diciembre). Decreto 2264 de 1969, por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio. Recuperado de [www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1427782?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1427782?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Presidencia de la República de Colombia (1971, 27 de marzo). Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario oficial 33.339.*

Presidencia de la República de Colombia (1971, 27 de marzo). Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio. Recuperado de www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co054es.pdf

Presidencia de la República de Colombia (1989, 7 de octubre). Decreto 2273 de 1989, por el cual se crean Juzgados Civiles del Circuito Especializados y se asigna su competencia. *Diario Oficial 39.031.*

Presidencia de la República de Colombia (1993, 29 de diciembre). Decreto 2649 de 1993, Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. *Diario Oficial 41.156.*

Presidencia de la República de Colombia (2011, 7 de septiembre). Decreto 3274 de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1380 de 2010 que establece el Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante. *Diario oficial 48.185.*

Presidencia de la República de Colombia (2012, 21 de diciembre). Decreto 2677 de 2012, por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48.651.*

Presidencia de la República de Colombia (2015). Decreto 1835 de 2015, por el cual se modifican y adicionan normas en materia de Garantías Mobiliarias al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto número 1074 de 2015, y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 49.637.*

Reyes Villamizar, Francisco. (1999). *Reforma al régimen de sociedades y concursos* (2.a ed.). Bogotá: Temis.

Sotomonte Mujica, David Ricardo (2009). *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Espitia, Juan José. (2007). Nuevo régimen de insolvencia (1.^a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Espitia, Juan José. (2015). *Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Superintendencia de Sociedades (2006). Reorganización empresarial. Recuperado de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Documents/Informes_Periodicos_Mayo_31_2018/Reorganizacion_Empresarial_Validacion_Judicial_Acumulado_31Mayo2018.htm

Superintendencia de Sociedades (2014). *Régimen concursal y de insolvencia colombiano*. Bogotá: Autor.

Superintendencia de Sociedades (2015). *Proyecto de reforma al régimen societario*. Bogotá: Autor.

<https://www.ifecom.cjf.gob.mx/index.htm#Inicio>

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51767/203503/04+ley27809.pdf/4f23b875-a030-4ad1-959c-e5a69125fcec>

Ley 18.387 del 23 de octubre de 2008, por la cual se reglamenta la declaración judicial del concurso y reorganización empresarial en la República Oriental del Uruguay.

Ley 1976 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.

Ley 20.720 de 2014 o Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>

Ley 22 del 9 de julio de 2003 por la cual se establece el nuevo régimen concursal español.